Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 85 - 104

LÍMITES JURÍDICOS AL ESTADO DE EXCEPCIÓN[1]

LEGAL LIMITS TO THE STATE OF EXCEPTION

Erland Cristian Salazar Quille[2]

Presentado: 10 de agosto de 2021; Aceptado: 09 de octubre de 2021.

RESUMEN

Describir lo que se entiende por Estado de excepción y cuáles son sus límites jurídicos es una tarea compleja porque el concepto de Estado de excepción es amplio; no en pocas ocasiones la idea de Estado de excepción es vaga y ambigua, y puede ser mal comprendida en la realidad jurídica, además, cabe advertir, que su descripción depende de variables filosóficas, políticas y jurídicas. En este artículo abordaremos la temática a través de la exposición de las ideas más relevantes de los autores que analizaron el tema y las confrontaremos entre sí: Carl Schmitt, con una concepción política y jurídica; Giorgio Agamben, con una concepción crítica e histórica (arqueología del concepto) y; Hans Kelsen, pese a que no escribió sobre el tema en específico, en criterio propio, sus aportes teóricos desde la ciencia jurídica, también, nos permiten comprender con mayor claridad lo que se entiende por Estado de excepción y sus límites jurídicos. Finalmente, desde un análisis propio, se expone el tema para el caso concreto en Bolivia.

Palabras clave: Estado de excepción, dictadura, Constitución, orden jurídico.

ABSTRACT

To describe what is understood by State of Exception and what are its legal limits is a complex task because the concept of State of Exception is broad; not infrequently the idea of State of Exception is vague and ambiguous, and can be misinterpreted in the legal reality, in addition, it must be taken into account that its description depends on philosophical, political and legal variables. In this paper I will approach the subject through the exposition of the most relevant ideas of the authors who analyzed the subject and I will confront them with each other: Carl Schmitt, with a political and legal conception; Giorgio Agamben, with a critical and historical conception (archeology of the concept) and Hans Kelsen, although he did not write on the specific subject, his theoretical contributions from the legal science also allow us to understand more clearly what is understood by the State of exception and its legal limits. Finally, from a personal analysis, the topic is presented for the specific case of Bolivia.

Keywords: State of exception, dictatorship, Constitution, legal system.

1 Artículo redactado dentro del grupo permanente de redacción de artículos académicos de la Asociación Boliviana de Filosofía del Derecho.

2 Abogado, título obtenido en la Universidad Mayor de San Andrés (UMSA).

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

1. INTRODUCCIÓN

Carl Schmitt[3], en *La dictadura*[4]sostiene que existe la tradición de estudiar a la dictadura como una cuestión meramente histórica de la antigüedad, sin identificar en el concepto un significado jurídico estatal general (Schmitt, 1985); el autor de *La dictadura* sostiene que a partir de esa tradición los autores humanistas del renacimiento conceptualizan a la dictadura como una sabia invención romana, entendida como la magistratura de carácter temporal, designada por los cónsules conforme la opinión del Senado y por el plazo de seis meses, el presupuesto para su designación era que exista un grave peligro externo o interno para el Estado, era una investidura extraordinaria dirigida a que el dictador restablezca el orden a través de la eliminación de la situación peligrosa (Schmitt, 1985).

Así, Héctor Fix-Zamudio identifica como antecedente histórico del Estado de excepción a la dictadura romana, sostiene que el establecimiento de disposiciones jurídicas para regular las situaciones de gravedad o de conflicto surgieron en definitiva en el derecho romano (Fix-Zamudio, 2004).

Abraham Siles Vallejos, más o menos en la misma línea, identifica a la dictadura romana como el antecedente del Estado de excepción, explica que: "*el dictador estaba impedido de apartarse de la Constitución o de derribarla para sustituirla por otra, debiendo conducir su actuación dentro de los cauces constitucionales republicanos, en los cuales encontraba, precisamente, su fuente de legitimidad jurídica"* (Siles, 2014, p. 414).

La explicación de estos dos últimos profesores enfatiza el argumento de que el Estado de excepción encuentra su origen en la dictadura romana y su carácter limitado a determinados presupuestos fácticos y temporales como fuente de legitimidad jurídica (Siles, 2014; Fix-Zamudio, 2004). Sin embargo, hay criterios que señalan que el origen histórico no se encuentra en Roma, pues existen otros antecedentes previos a la dictadura romana (Alvarez, 2002) [5]; pese a ello, como señala Schmitt, lo importante es identificar un concepto jurídico estatal general no meramente histórico (Schmitt, 1985).

Si bien Schmitt hace alusiones históricas, él trata de construir un concepto jurídico estatal general de la dictadura, sostiene que el carácter limitado de la dictadura romana no siempre fue así, las últimas dictaduras de la república romana (dictaduras de Lucio Sila y Julio Cesar) no se adecuaron a los presupuestos jurídico-normativos, pues eran dictaduras soberanas (Schmitt, 1985). Schmitt trata de decir que la dictadura no se

3 Schmitt puede ser el autor que más ha estudiado los temas referidos al Estado de excepción, sus principales obras, respecto al tema, son dos: *La dictadura* y *Teología política*; no se puede dejar de lado sus demás obras para contextualizar sus ideas, de ellas resaltan: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* y *El concepto de lo político* que serán citadas a lo largo de este artículo cuando sea pertinente.

4 En la nota preliminar a la cuarta edición (1978), Schmitt explica que el interés científico de estudiar la dictadura radica en que la dictadura es un problema del Estado de excepción en el derecho (Schmitt, 1985).

5 Alvarez señala que ttambién hubo dictadores en Esparta (Harwost), en Salónica (Aesymmet), en Malta (Archus), en Florencia (Balia) y puede decirse que dictadores han habido en todo lugar y tiempo, pero se reconoce que los estudios más acabados sobre la dictadura tienen sustento en la dictadura romana (Alvarez, 2002).

LÍMITES JURÍDICOS AL ESTADO DE EXCEPCIÓN
ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 85 - 104

presenta de una única forma, la dictadura no siempre tiene límites jurídicos, pero eso, según el autor, no significa que no esté conforme al derecho, ya que el derecho no se agota en la norma jurídica (Schmitt, 1985; Schmitt, 2009).

Es por eso que es ambiguo comprender el Estado de excepción y cuáles son sus límites jurídicos, esa ambigüedad existe, también, por la relación del concepto Estado de excepción con otros conceptos similares o precedentes al concepto de Estado de excepción; si bien no se pretende hacer un estudio histórico pormenorizado, existen diferentes concepciones del Estado de excepción que fueron desarrollados según diferentes contextos históricos; el antecedente romano es de utilidad porque a partir de ese antecedente Schmitt estudia la dictadura como problema del Estado de excepción; pero el derecho público en general y el derecho constitucional en particular no habían evolucionado aún dentro los institutos jurídicos del derecho romano, ni se habían conformado los estados nación. Entonces, bajo esa premisa, conviene hacer referencia a algunos antecedentes para fortalecer el estado de la cuestión en este artículo.

Uno de esos antecedentes es la *Ley Marcial* cuyo origen está en la legislación inglesa (*Riot Act* de 1714), esta disposición influyó en la asamblea constituyente francesa de 1789 bajo la denominación de *loi martiale*, "*su relevancia para mantener el orden público en Francia radica en que en tal fecha no se contaba en el orden jurídico francés con una normativa que autorizará el empleo de la fuerza armada en contra de los ciudadanos amotinados*" (Gonzáles, 2001 p. 182). En ese sentido, *loi martiale,* puede calificarse solo de modo muy débil como Ley de excepción, ya que contiene tan solo el germen de un Estado de excepción en tanto que anticipa la suspensión de la Constitución (Cruz, 1980 citado en Gonzáles, 2001).

Por otro lado, el *Estado de guerra* y el *Estado de sitio* tienen recién su antecedente en Francia en un decreto de julio de 1792. El Estado de guerra debía ser declarado por la Asamblea Legislativa y el Rey, pero el Estado de sitio no requería ser declarado por ser una situación de facto, en esta situación de excepción la autoridad militar ejercía todas las atribuciones de la autoridad civil (Gonzáles, 2001).

Agamben, puntualiza que la *suspensión de la Constitución* (entendida como la suspensión de libertades individuales) es introducida por primera vez en la Constitución de 22 de frimario del año VII (diciembre, 1799); el Estado de sitio y la suspensión de la Constitución decantaron con el paso de tiempo en un único fenómeno jurídico denominado el Estado de excepción (Agamben, 2005).

Como se puede advertir, en el concepto de Estado de excepción o dictadura pueden englobar a una serie de acepciones con diferentes matices que tienen en común la suspensión del orden jurídico o la Constitución, de ello que la problemática radica en comprender esa suspensión, ya que no queda claro si la Constitución y el orden jurídico continúa vigente en situaciones de excepción, si el actuar de quien detenta las facultades de excepción son jurídicamente ilimitadas, tampoco queda clara la relación entre Estado

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

de excepción y el orden jurídico, en esencia nos preguntamos: ¿Cuáles son los límites jurídicos al Estado de excepción en la actualidad?

Trataremos de responder a esta pregunta a través de la exposición e interpretación de las ideas más relevantes de los autores que estudiaron el tema: Carl Schmitt, quien fundamenta el Estado de excepción en la decisión del soberano; Giorgio Agamben, con una concepción crítica de Schmitt y; Hans Kelsen, pese a que no escribió sobre el tema en específico, sus aportes teóricos desde la ciencia jurídica nos permitirán identificar algunos elementos para construir una visión positivista del Estado de excepción.

Si bien el objetivo central es describir los límites jurídicos al Estado de excepción según la visión de los autores mencionados, no dejaremos de lado el estudio, aunque somero, del caso concreto de la regulación dogmática del Estado de excepción en Bolivia, esto a manera de aterrizar los elementos conceptuales en una situación particular, esta situación particular se abordará con el ejemplo de emergencia sanitaria establecida en Bolivia.

2. LA DICTADURA

Schmitt desarrolla la temática del Estado de excepción, principalmente, en dos de sus obras: *La dictadura* y *Teología política*, en el primero de estos textos Schmitt expone que la dictadura es un Estado de excepción en la que domina esencialmente el fin, liberado de todos los entorpecimientos jurídicos, el Estado de excepción está solamente determinado por la necesidad de dar lugar a una situación concreta (Schmitt, 1985).

El autor de *La dictadura* diferencia entre *dictadura comisarial* y *dictadura soberana*, la dictadura comisarial suspende la Constitución temporalmente para proteger la misma Constitución, es decir, esta dictadura está conforme a la Constitución vigente[6], en tanto, la dictadura soberana no se limita a sostener la Constitución vigente, sino que busca establecer una nueva Constitución a través del poder constituyente (Schmitt, 1985).

Schmitt, para ejemplificar la diferencia de la dictadura soberana respecto a la dictadura comisarial, cita el caso de la dictadura romana en la que las últimas dictaduras de la república romana (dictaduras de Lucio Sila y Julio Cesar) no se adecuaron a los presupuestos jurídico-normativos, pues se trataban de dictaduras soberanas (Schmitt, 1985); el autor de *La dictadura* agrega que la dictadura soberana, no está limitada por el orden vigente ya que busca establecer un nuevo orden jurídico, éste orden jurídico se manifiesta en su forma *mínima* a través de *poder constituyente,* en el entendido de que el sujeto del poder constituyente genera una nueva Constitución (Schmitt,1985).

Al ser el Estado de excepción finalista según Schmitt (1985), él identifica, precisamente, la finalidad o el objetivo en cada especie de dictadura, pues ambas dictaduras difieren entre sí en términos de objetivos políticos; dice Schmitt (1985) que la dictadura sobe-

6 Este aspecto es una cuestión paradójica para algunos críticos, uno de los destacados críticos de esta cuestión es Giorgio Agamben, volveremos sobre este punto más adelante a manera de identificar las críticas planteadas hacia el pensamiento de Schmitt.

LÍMITES JURÍDICOS AL ESTADO DE EXCEPCIÓN
ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 85 - 104

rana es jurídicamente igual, pero políticamente diferente a la dictadura comisarial, es políticamente diferente en cuanto la dictadura soberana tiene como objetivo establecer otra Constitución, mientras la dictadura comisarial tiene como objetivo sostener la Constitución vigente[7].

Es importante resaltar que para Schmitt tanto la dictadura comisarial como la dictadura soberana reconocen y se articulan a un orden jurídico, es decir, en ambas especies de dictadura se encontraría límites jurídicos a la dictadura, de tal manera que una está conforme a la Constitución vigente y la otra está conforme a la nueva Constitución (Schmitt, 1985). Pero, en criterio propio, la forma en la que la dictadura soberana[8] se vincula al orden jurídico es extraña porque se vincula mediante el poder constituyente y, a lo sumo, parece ser que el poder constituyente es una mera voluntad que no se vincula a un orden jurídico preestablecido; dicho de otro modo, el orden al que se vincula la dictadura soberana es a un orden inexistente o por lo menos no preexistente porque el poder constituyente (la decisión del sujeto del poder constituyente) no es orden jurídico como tal, no podríamos hablar de límites jurídicos a la dictadura.

Schmitt (1996), sobre este último punto en particular, señala que la decisión (el poder constituyente) si formaría parte del derecho; en su texto *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* distingue*,* tres formas de identificar el derecho en la que una de ellas es la decisión; pues entiende que para abordar el pensamiento jurídico se debe tomar en cuenta tres formas de manifestación del derecho de acuerdo a un determinado contexto, a saber: el *normativismo,* el *decisionismo* y el *orden concreto* en el que cada uno de ellos pretende explicar de forma razonable lo que se entiende por derecho, así también, pretende ser universal y, a partir de sí mismo, juzgar jurídicamente a los otros conceptos del derecho (Schmitt, 1996); pero pese a la pretensión de cada forma del pensamiento jurídico, el derecho tendría una triple dimensión para su configuración como tal, Schmitt entiende que el derecho es el establecimiento del orden concreto mediante la decisión (Schmitt, 1996).

Se llega a comprender que, en el pensamiento de Schmitt, el orden jurídico puede estar compuesto por tres elementos: norma, *decisión* y orden concreto; de tal manera que en determinado momento histórico o situación concreta uno de estos elementos puede tener mayor fuerza jurídica o pueden darse algunas combinaciones entre estos (Schmitt, 1996); Schmitt cita como ejemplo la pretensión del liberalismo que consistía

7 Carl Schmitt explica que las dictaduras de Sila y César fueron, respecto a las antiguas dictaduras republicanas, eran jurídicamente iguales, pero políticamente diferentes, a partir de ello Entonces, las dictaduras de Sila y Cesar se enmarcan dentro de la dictadura soberana por no estar limitadas por el orden normativo vigente (Schmitt, 1985).

8 La dictadura comisarial, aparentemente, no presentaría ese problema en específico en cuanto límites jurídicos, pero si existe otro problema: ¿cómo podemos diferenciar la dictadura soberana de la dictadura comisarial? Agamben (2005) explicará que entre dictadura comisarial y dictadura soberana no existe una diferencia sustancial, ya que nada limita el pasaje de la dictadura comisarial a la dictadura soberana, de ahí que nosotros podemos inferir que el problema de los limites jurídicos no es solo de la dictadura soberana, el problema recae también en la dictadura comisarial.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

en la combinación entre decisionismo y normativismo (este último con mayor acento), que dió como resultado el positivismo jurídico del siglo XIX que fundamenta el Estado legal de derecho y que excluye el orden concreto compuesto por valores de la dinámica social concreta (Schmitt, 1996).

Prestemos atención al decisionismo para retomar el problema de los límites jurídicos de la dictadura (Estado de excepción), específicamente la dictadura soberana en el que el poder constituyente se manifiesta como forma mínima del orden jurídico (Schmitt, 1985).

Para el autor del texto *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica,* la decisión es un elemento del orden jurídico, de ahí que el poder constituyente (la decisión) sea entendido como la forma mínima del nuevo orden jurídico, de esta manera se puede hacer una lectura del decisionismo de Schmitt inserto en el poder constituyente como forma mínima de Constitución en la dictadura soberana.

Según la lógica schmittiana, la dictadura soberana puede vincularse de forma coherente al orden jurídico a través de la *decisión* (poder constituyente), siendo que la decisión es una forma de pensar del orden jurídico (Schmitt, 1996); sin embargo, Schmitt no dice mucho sobre el contenido de la decisión, se limita a señalar que es el medio para plasmar el orden concreto en reglas; la decisión no deja de ser subjetiva, pues no aclara cómo la mera decisión se articula al derecho y quién decide sobre el Estado de excepción o la dictadura.

No queda claro el contenido de la decisión, pero respecto a quién decide sobre el Estado de excepción, podríamos encontrar, aparentemente, alguna respuesta de Schmitt en su *Teología Política,*[9] en ese texto no se hace una exposición de la dictadura, sino que conceptualiza de forma más específica el Estado de excepción y con base a la teoría de la soberanía dice: *"soberano es quien decide sobre el Estado de excepción"* (Schmitt, 2009, p. 1). Más adelante dice que su concepto de soberanía parte de una situación extrema, pues, más allá de las concepciones, lo que importa es quién decide en caso de conflicto. El caso de conflicto es una situación excepcional concreta en la que la soberanía se reduce a la decisión. (Schmitt, 2009).

Schmitt reconoce que Jean Bodin[10] ya había introducido la *decisión* en el concepto de *soberanía* (Bodin, 1997 citado en Schmitt, 2009). Así, *soberanía* y *decisión* están muy relacionados en una situación concreta, una situación excepcional o crítica en la que el soberano se hace manifiesto; bajo esa lógica, el autor expone la idea de que el Estado

9 Schmitt en este texto, publicado por primera vez en alemán en 1922, todavía no desarrolló las tres formas del pensamiento jurídico hasta 1934, año en el que recién se pública su texto Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftliche Denkens.*

10 Jean Bodín, es un pensador de Teoría Política, en una de sus principales obras: Los seis libros de la República (1576), estudia cómo se estructura el poder en el Estado absoluto que él propugna, su concepción se fundamenta en que el soberano está en la potestad absoluta de crear y derogar las leyes sin límite alguno. En ese sentido, el pensamiento jurídico de Schmitt está influenciado por el pensamiento político que propugna el poder del Estado absoluto, en su obra Teología política se denota la simpatía por la obra de Bodín.

LÍMITES JURÍDICOS AL ESTADO DE EXCEPCIÓN
ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 85 - 104

de excepción cae fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar de estar vinculado a él (Schmitt, 2009).

No queda claro la respuesta referida a que el soberano decide en el Estado de excepción según Schmitt, ya que es una respuesta circular que nos remite nuevamente a la decisión y, como ya se dijo, la decisión continúa siendo subjetiva; se entiende que quien decide en el Estado de excepción es el soberano(Schmitt, 2009); Schmitt no precisa cuáles son los presupuestos o condiciones para identificar a quien decide en el Estado de excepción, lo único que queda claro es que se privilegia la decisión, y la norma pasa a segundo plano.

Según el pensamiento del profesor alemán, en una situación de excepción, la *norma* tiene menor fuerza jurídica, mientras la *decisión* cobra mayor fuerza jurídica sin que eso signifique la no vigencia del orden jurídico porque el orden jurídico no solo está compuesto por normas jurídicas (Schmitt, 2009). En síntesis, para el autor de *Teología política*, en una situación extrema la norma es desplazada por la mera decisión, ya que no existe una norma aplicable al caso concreto y quién decide sobre ese Estado de excepción es el soberano (Schmitt, 2009).

Una precisión interesante que hace Schmitt en su *Teoría de la Constitución*, respecto a las suspensión de las normas durante el Estado de excepción, es la referida a la suspensión de las leyes constitucionales; Schmitt explica que en el Estado de excepción no se suspende cualquier norma, sino que se suspenden sólo las leyes constitucionales, mientras la Constitución, en sentido estricto, no se suspende porque la Constitución es intangible y por lo tanto no es susceptible de ser suspendida (Schmitt, 2019).

Para comprender este punto es importante diferenciar entre Constitución y ley constitucional: para Schmitt (2019), la Constitución es la forma de ser del propio Estado en cuanto unidad política (como un todo), no se encuentra condicionada por cuestiones normativas o formales, su esencia esta en la decisión del sujeto del poder constituyente; mientras la ley constitucional es la constitución en sentido formal y relativo que no se pregunta por las cuestiones fundamentales de la unidad política, ya que se incorporan en un texto constitucional una serie de prescripciones sin importar el contenido, pues no diferencia lo fundamental de lo accesorio. Expuesta esa diferencia, el profesor alemán explica que:

> La Constitución es intangible, mientras las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción, y violadas por las medidas del estado de excepción (…). Todo esto no atenta a la decisión política fundamental ni a la sustancia de la Constitución, sino que precisamente se da en servicio del mantenimiento y subsistencia de la misma (Schmitt, 2019, p. 64).

Sin embargo, Schmitt no precisa cuáles son las notas distintivas que permitan diferenciar, dentro un texto constitucional, entre la decisión político fundamental (la Constitu-

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ción) y las leyes constitucionales, a falta de esa precisión, el que decide sobre el Estado de excepción podría suspender cualquier norma.

3. CRÍTICAS AL PENSAMIENTO DE SCHMITT

Giorgio Agamben, un crítico del pensamiento schmittiano, en su texto *Estado de excepción*, hace un estudio arqueológico del tema en cuestión (una reconstrucción del concepto de Estado de Excepción) y revisa los textos de *La Dictadura* y *Teología política* de Schmitt, señala que:

> La contribución específica de la teoría schmittiana es la de hacer posible la articulación entre Estado de excepción y el orden jurídico. Se trata de una articulación paradójica, porque aquello que debe ser inscrito en el derecho es algo esencialmente exterior a él, esto es, nada menos que la suspensión del propio orden jurídico. (Agamben, 2005, p 72).

Según Agamben, la contribución de Schmitt es la de haber articulado el Estado de excepción al derecho, Agamben entiende que la suspensión del derecho da lugar a una situación de anomia, así, el autor se pregunta: *"¿Cómo puede tal suspensión estar comprendida en el orden legal? ¿Cómo puede una anomia estar inscrita en el orden jurídico?*" (Agamben, 2005, p. 59).

Agamben critica la pretendida diferenciación entre dictadura comisarial y dictadura soberana, pues para el filósofo italiano no existe una diferencia sustancial, *"las medidas excepcionales que se intentan justificar para la defensa de la Constitución democrática son las mismas que conducen a su ruina"* (Agamben, 2005 p.34). Para Agamben no existen criterios que ayuden a diferenciarlos sustancialmente ni de excluir el pasaje de una dictadura a la otra; nada garantiza la limitación del pasaje de una dictadura a otra, de tal manera que el Estado de excepción ha devenido en la regla (Agamben, 2005).

El filósofo italiano sostiene que a la luz de esta compleja estrategia de inscripción (articulación), se advierte que la teoría schmittiana pretende anclar la excepción en el derecho de forma estratégica, trata de "juridizarla", ve en la teoría de Schmitt una estrategia para legitimar ciertas formas de gobierno de entre guerras en el que lo excepcional deviene en regla, una situación de anomia "juridizada" (Agamben, 2005),

Con la investigación de carácter arqueológico del concepto de Estado de excepción, Agamben sostiene que el Estado de excepción no es una dictadura (comisarial o soberana), sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia, pues para Agamben la paradoja del Estado de excepción es que en la misma Constitución se prevea tal situación que da lugar a una anomia o vacío de derecho (Agamben, 2005).

Pero Schmitt ya precisó que en el Estado de excepción no se suspende cualquier norma, sino solo las leyes constitucionales que no afectan a la decisión político fundamental, (Schmitt, 2009), esta sería la dictadura comisaria que sostiene la misma constitución, por comisión o encargo de la misma Constitución (Schmitt,1985); Por su parte la dictadura soberana no prevista como una comisión de la constitución, si bien suspende la

LÍMITES JURÍDICOS AL ESTADO DE EXCEPCIÓN
ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 85 - 104

Constitución y las leyes constitucionales, queda vigente el poder constituyente que es el fundamento de la decisión político fundamental, por tanto tampoco se afecta la constitución ya que el poder constituyente, siempre latente, es su forma mínima (Schmitt, 2019).

Sin embargo, Agamben es ahí donde tiene otra de sus críticas centrales, para el crítico de Schmitt no existen criterios claros que diferencien una dictadura de la otra, tampoco se garantiza el no pasaje de una dictadura a la otra, pues la situación de anomia se generaría en cualquier dictadura ya sea dictadura comisarial (Estado de excepción prevista en la constitución) o dictadura soberana (Estado de excepción no prevista en la constitución); tal anomia genera una suerte de falta de protección estatal (*vida nuda, homo saccer*), las libertades individuales quedan anuladas (Agamben, 2005).

4. PENSANDO DESDE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Como ya se dijo al inicio de este artículo, Kelsen no escribió sobre el tema en específico, pero es importante considerar sus aportes desde la *Teoría Pura del Derecho* y la *Teoría General del Estado*, ambos textos son los que —*considero* — ayudan a dilucidar de mejor manera cuáles son los límites jurídicos del Estado de excepción, lógicamente que las respuestas a las cuestiones se harán desde el positivismo jurídico normativista,

Es conocido el debate entre Kelsen y Schmitt sobre quién es el guardián de la Constitución,[11] del cual se puede extraer enseñanzas y dar continuidad al debate; si bien Schmitt y Kelsen no debatieron precisamente sobre el Estado de excepción, la polémica sobre el guardián de la Constitución tiene bastante relación, esencialmente el tema de validez jurídica.

Vimos que la posición de Schmitt, respecto al Estado de excepción, se fundamenta en la decisión del soberano, quien decide una situación particular definida por el mismo, esa situación particular es el Estado de excepción, el soberano vendría a decidir cuándo se establece el Estado de excepción y qué es lo que sucede en el Estado de excepción (Schmitt, 2009).

La decisión sería el fundamento de validez del Estado de excepción, pero esa decisión que postula el profesor alemán en el Estado de excepción no deja de ser subjetiva pese a que se pretenda comprender la decisión como una forma de pensamiento jurídico; nada define los límites de esa decisión ni la pretendida diferenciación entre dictadura comisarial y soberana. Es una mera decisión sin límites jurídicos.

Kelsen (1982) precisamente pretende separar las cuestiones subjetivas y las disciplinas como la política que oscurecen el conocimiento del derecho, metódicamente es más adecuado o coherente identificar el derecho desde una teoría pura, objetivamente identificable por normas jurídicas que establezcan los presupuestos por los cuales una conducta se adecua a la hipótesis de una norma jurídica determinada, de esta manera

11 Un texto recomendado: Vita, Leticia Jesica; ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?: Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932; Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho; Lecciones y Ensayos; 99; 12-2017; 131-166.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

el derecho establece límites a gobernantes y gobernados dentro de un Estado de derecho, Kelsen explica:

> cuando la teoría pura del derecho comprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto (Kelsen, 1982, p.15).

Dijimos que Schmitt fundamenta su tesis del decisionismo en el Estado de excepción porque él entiende que el orden jurídico no solo comprende la norma, sino también la decisión (Schmitt, 2009) y a esto se agrega el orden concreto (Schmitt, 1996); pero para Kelsen, por las razones metódicas mencionadas, el orden jurídico sólo puede ser comprendido por normas que entre sí forman un sistema jurídico coherente (Kelsen, 1982).

Un sistema jurídico coherente es una precisión muy muy importante, no puede existir ninguna regulación fuera de este sistema jurídico; en ese sentido, Agamben en cierta medida tendría razón al decir que Schmitt pretende articular una situación exterior al orden jurídico, "Se *trata de una articulación paradójica, porque aquello que debe ser inscrito en el derecho es algo esencialmente exterior a él"* (Agamben, 2005).

Schmitt, efectivamente, juridiza la excepción porque parte del concepto de decisión, sin embargo, Agamben no toma en cuenta que el Estado de excepción puede estar perfectamente articulado al orden jurídico desde el normativismo. Kelsen (1982) nos permite comprender desde su postura normativista que a partir de una determinada norma se define los presupuestos en los cuales una conducta (no una mera decisión sin reglas) se encuentra conforme al derecho o no, la norma funciona como un esquema de explicación en el que según esa norma se da una significación objetiva a determinado acto, es decir, se establecen límites.

Para Kelsen, el sentido subjetivo de un acto voluntad es relativo, por lo que conviene identificar el sentido objetivo de un acto de voluntad y la única forma de identificar su sentido objetivo es desde un esquema de explicación normativo (Kelsen, 1982); en ese sentido, la decisión planteada por Schmitt puede ser un acto de voluntad, pero solo en el sentido subjetivo porque según lo postulado por el profesor alemán la decisión desplaza a la norma en una situación de excepción, el postulado schmittiano en realidad no pretende adecuar la decisión a la norma jurídica y, por tanto, no se puede interpretar el sentido objetivo de tal acto de voluntad.

¿Pero qué cualidad tienen las normas para dotar de sentido objetivo a un determinado acto de voluntad? La cualidad que gozan la normas, si lo vemos desde el normativismo, es que forman parte de un sistema normativo en el que son identificables y existen por un criterio de validez, esto significa que las normas de un determinado orden jurídico existen porque han sido producidas por la autoridad competente y según el procedi-

LÍMITES JURÍDICOS AL ESTADO DE EXCEPCIÓN
ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 85 - 104

miento establecido en el mismo orden jurídico, esto limita las cuestiones subjetivas al momento de conocer el derecho (Kelsen, 1982).

Schmitt en su *Teología política* no precisa cuáles son los límites de la decisión del soberano en el Estado de excepción, el único criterio que manifiesta es el de una situación extrema en el que no hay una norma aplicable en tal situación concreta, por lo que conviene desplazar la norma por la decisión, y paradójicamente quien decide sobre el Estado de excepción o no es el soberano (Schmitt, 2009).

Al parecer, para Schmitt no estaba entre sus aspiraciones fundamentar el Estado de excepción desde una posición jurídico objetiva; es decir, la concepción de Schmitt del Estado de excepción se fundamenta en la decisión y que, en criterio propio, carece de objetividad dentro de un sistema de validez jurídica, pues con ello no se alcanza establecer límites jurídicos al Estado de excepción. Ahora, si bien Schmitt (1996) explica que la decisión es una forma del pensamiento jurídico, no precisa qué es lo que lo hace jurídico, no señala qué cualidad tiene la decisión para ser jurídica.

De ahí las críticas de Agamben (2005) cuando dice que Schmitt juridiza el Estado de excepción y propone la alternativa de que en realidad el Estado de excepción es una anomia o un espacio vacio de derecho. Pero Agamben no tomó en cuenta (en realidad no estudio) que el normativismo de Kelsen puede vincular el Estado de excepción al derecho de forma objetiva y con criterios de validez jurídica, pues el método normativista es más contundente. Ni el decisionismo de Schmitt, ni la idea de anomia nos permiten comprender el Estado de excepción.

El pensamiento en Kelsen es compatible con el postulado por el que se sostiene la articulación normativa del Estado de excepción al derecho no solo por el esquema de explicación normativo y los criterios de validez ya explicados, sino también porque el derecho es un orden coactivo de la conducta humana según Kelsen, así Kelsen explica:

> El acto coactivo normado por el orden jurídico puede ser referido (…) a la unidad del orden jurídico, atribuido a la comunidad jurídica constituida por el orden jurídico, como reacción de esa comunidad ante una circunstancia de hecho considerada como socialmente dañina (Kelsen, 1982, p. 47).

Una situación de hecho o circunstancia de hecho,[12] coherentemente, puede tener como reacción el establecimiento del Estado de excepción, pero ésta no es ilimitada y arbitraria. Para Kelsen el orden jurídico determina de manera exhaustiva las condiciones bajo las cuales se faculta a determinados individuos para el uso de la coacción, a eso cabe agregar que el Estado de excepción como medida coactiva es coherente, también, con los fines que persigue el sistema jurídico y uno de ello es garantizar la seguridad colectiva que aspira a la paz (Kelsen, 1982).

Kelsen explica:

12 Si se contextualiza, me pongo a pensar que esta circunstancia de hecho podría ser una pandemia o similar situación.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

> La seguridad colectiva aspira a la paz, puesto que la paz es la ausencia del uso físico de la fuerza. En cuanto el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales debe seguirse el recurso a la fuerza, asi como los individuos que la utilicen; en cuanto establece el monopolio de la coacción por la comunidad jurídica, pacífica a la comunidad que constituye, al eliminar la amenaza de la fuerza. Pero la paz del derecho solo es una paz relativa, no absoluta, puesto que el derecho no excluye el recurso a la fuerza (Kelsen, 1982, p. 51).

Para Kelsen el derecho internacional, desde su teoría monista, también puede establecer límites, explica que: " *el orden jurídico internacional restringe el ámbito material de validez de los órdenes jurídicos nacionales, al someterlos a cierta regulación de sus materias, que de otra manera serían arbitrariamente regulados por cada Estado"* (Kelsen, 1995, p.432).

Desde la lectura de Kelsen, se puede proponer que el Estado de Excepción debe ser entendida como una forma de reacción coactiva del orden jurídico a situaciones objetiva y socialmente indeseadas o dañinas, cuyos presupuestos son determinados por el mismo orden jurídico a través del texto constitucional y, de la misma forma, es el orden jurídico que determina el o los facultados para el ejercicio del acto coactivo, el cual no puede ser una mera voluntad subjetiva, sino que esta debe encuadrarse a un esquema de explicación jurídico objetivo dotado de validez. De esta manera, con la concepción de kelsen si es posible establecer ciertos límites al Estado de Excepción, las facultades excepcionales (facultades coactivas) quedan exhaustivamente determinadas por el orden jurídico.

5. BOLIVIA

Previo a abordar la temática del Estado de excepción en Bolivia de acuerdo a los autores ya estudiados, expondremos la regulación dogmática del Estado de excepción, primero veremos la regulación desde los instrumentos jurídicos del derecho internacional, luego veremos su regulación en la Constitución Política del Estado de 2009. Así, gracias a esa exposición, haremos el análisis del Estado de excepción en el contexto boliviano dentro el marco teórico estudiado en los acápites anteriores.

El derecho internacional de los derechos humanos prevé la regulación de situaciones de emergencia o de excepción, es así que dentro del sistema universal de derechos humanos tenemos el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y dentro nuestro sistema regional su regulación se encuentra en el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos; estos instrumentos internacionales establecen las reglas a las que se deben sujetar los Estados al momentos de aplicar medidas excepcionales, en ellos se enuncian de forma genérica los casos en los cuales se pueden adoptar medidas de excepción (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966; Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969).

LÍMITES JURÍDICOS AL ESTADO DE EXCEPCIÓN
ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 85 - 104

Estos instrumentos internacionales hacen énfasis en la prohibición de suspender el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho al nombre, el derecho del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos, la libertad de conciencia y de religión, el principio de legalidad y de retroactividad y protección a la familia (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966; Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969).

Por otro lado, en concordancia con el principio de notificación, se establece el deber que tienen los Estados de informar a la comunidad internacional sobre las medidas de excepción o emergencia que se estén adoptando (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966; Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969).

Respecto a los principios del Estado de excepción, el Relator Especial[13] de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social sobre los Estados de excepción entre 1985 y 1997 en su informe final propone una serie de principios referidos a los requisitos que deben reunir los Estados de excepción para su conformidad con los instrumentos internacionales. Estos principios son el de legalidad, de proclamación, de notificación, de temporalidad, de amenaza excepcional, de proporcionalidad, de no discriminación, compatibilidad con el derecho internacional (Naciones Unidas, 2002).

El Relator recomienda a los Estados que procedan a la adecuación de sus respectivas legislaciones internas a las normas y los principios internacionales en materia de Estado de excepción y que, en este proceso de adecuación, se sirvan de los principios desarrollados en su informe (Naciones Unidas, 2002). Los principios señalados no son vinculantes, pero están dirigidos, esencialmente, a los poderes de los estados facultados para el establecimiento de las medidas excepcionales, ya sea como política de regulación constitucional o para el caso de su aplicación en concreto.

En ese contexto, Bolivia ratificó los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos referidas al Estado de Excepción,[14] así también, estos instrumentos forman parte del bloque de constitucionalidad conforme el art. 410 del texto constitucional, no solo eso, la CPE establece que: *"los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción prevalecen en el orden interno"* (Constitución Política del Estado, 2009, art. 13 IV).

13 Con posterioridad a las dictaduras latinoamericanas, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social mediante Resolución de agosto de 1977 se declaró preocupada por la aplicación de las disposiciones relativas a situaciones de Estado de sitio o de excepción. El Consejo Económico y Social, por su resolución 1985/37 designó un relator especial para que llevara a cabo la labor de un estudio sobre los derechos humanos y Estado de excepción, dicha tarea fue llevada a cabo Leandro Despouy, Relator Especial (Naciones Unidas, 2002).El Relator Especial detalla los países que se encontraban en Estado de excepción entre 1985 y 1997, expone una lista de más de 100 países y de su informe final podemos resaltar la exposición que se la realiza en forma de principios sobre los requisitos que deben reunir los Estados de excepción para su conformidad con los instrumentos internacionales (Naciones Unidas, 2002).

14 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mediante ley N°2119 de 11 de septiembre del 2000 y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos mediante ley N°1430 de 11 de febrero de 1993.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

Más o menos desde una concepción normativista, la regulación del Estado de excepción, en específico, se encuentra previsto en el art. 137 y ss. de la C.P.E.:

> En caso de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre natural, la presidenta o el presidente del Estado tendrá la potestad de declarar el estado de excepción, en todo o parte del territorio donde fuera necesario. La declaración de estado de excepción no podrá en ningún caso suspender las garantías de los derechos, ni los derechos fundamentales, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los derechos de las personas privadas de libertad (Constitución Política del Estado, 2009, art. 137).

En términos generales, el texto referido guarda armonía con el orden internacional al momento de proteger las garantías y derechos fundamentales, pero es importante referirnos a una particularidad, sucede que la regulación específica del Estado de excepción en Bolivia se remite a un órgano constituido, precisamente, a la Asamblea Legislativa Plurinacional, la CPE establece que: *"los estados de excepción serán regulados por la ley"* (Constitución Política del Estado, 2009, art. 139 III).

Sobre este último punto, cabe mencionar que el desarrollo legislativo fue realizado de forma tardía, durante la evolución de la pandemia (2020), siendo que la vigencia de dicha Ley es del 23 de julio de 2020 (Ley 1341), en ese sentido, hasta esa fecha existía una omisión legislativa, dicha ley tampoco precisa el establecimiento de una emergencia sanitaria *máxime* si se toma en cuenta que la vigencia de dicha ley se dio durante la pandemia o emergencia sanitaria, esta ley regula otro tipo de estados de excepción: Estado de excepción por desastre natural,

Estado de excepción por peligro para la seguridad del estado y amenaza externa, arts. 21 y 24 respectivamente (Ley de Estados de Excepción, 2020).

Hasta aquí estaremos de acuerdo que Bolivia adopta, aparentemente, una posición en la que las medidas excepcionales son determinadas por un esquema de explicación normativa, es decir, el Estado de excepción es determinado por la misma Constitución en coherencia con el orden internacional, además establece ciertos límites y procedimientos, tales como la aprobación posterior por la Asamblea Legislativa Plurinacional, la prohibición de acumular el poder en una sola persona u órgano y la garantía de los derechos fundamentales (Constitución Política del Estado, 2009, arts. 138-140).

Pero prestemos atención a dos cuestiones que dificultan una adecuada aplicación jurídica del Estado de excepción en Bolivia: la primera, referida a la regulación normativa imprecisa, en el sentido de que los presupuestos para el establecimiento del Estado de Excepción son muy generales y ambiguos pues dejan amplio margen de discrecionalidad.

La discrecionalidad, se podría pensar que, puede ser salvada mediante la rendición de informe que prevé la misma Constitución, sin embargo aún faltaría precisar lo siguiente: si la falta de rendición de informe o si el informe no es aprobado por la Asamblea

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 85 - 104

Legislativa Plurinacional genera responsabilidad; además quedaría pendiente regular los criterios de razonabilidad por los cuales se aprobaría el informe de las medidas de excepción, esto con la finalidad de contar con parámetros de control, situación que no se encuentra regulada y; en el fondo, dicha regulación no podría ser en una disposición legislativa, sino en el mismo texto constitucional por su trascendencia, aspecto que tiene que ver con la segunda cuestión.

Segunda cuestión, referida a la regulación por un órgano constituido, el art. 139 III del mismo texto constitucional remite su regulación específica al legislador, establece que: *"los estados de excepción serán regulados por ley"* (Constitución Política del Estado, 2009), pues si bien es importante definir y desarrollar las competencias y atribuciones de quienes son los facultados del ejercicio de la coacción en situaciones de excepción, estos límites deberían estar establecidos en la misma Constitución por tratarse de una cuestión fundamental de Estado.

Ampliemos la idea de cuestión fundamental de Estado, Schmitt tiene razón en este aspecto al proponer, en su *Teoría de la Constitución,* que las cuestiones fundamentales deben ser claramente diferenciadas de las cuestiones que no son fundamentales para su adecuada regulación dentro de la Constitución, la regulación del Estado de excepción es una cuestión fundamental (Schmitt, 1985; Schmitt, 2019).

Sin embargo, para Schmitt la regulación de los Estados de excepción no necesariamente se encuentra en la Constitución (ley constitucional) que sería el caso típico de la dictadura comisarial o limitada, pues, como ya vimos, se puede dar el caso de la dictadura soberana que no está limitada por la constitución vigente, sino por la decisión del sujeto del poder constituyente[15], es decir, para Schmitt la regulación del Estado de Excepción puede darse de dos formas: puede ser regulada en la misma Constitución o puede ser determinada por la decisión del soberano (Schmitt, 1985; Schmitt, 2019); ambas formas no suponen que su regulación sea mediante desarrollo legislativo, es decir, el establecimiento del Estado de excepción no puede darse mediante disposiciones de un órgano constituido.

Para tener un ejemplo concreto, situémonos al año 2020, año en el que se aplica la figura de Emergencia Sanitaria producto de la pandemia (Código de Salud, 1978); bajo ese contexto, dijimos que el establecimiento del Estado de excepción no puede darse mediante disposiciones de un órgano constituido, es decir su regulación es desde la propia Constitución, pero en Bolivia sucede algo extraño porque no se aplicó la constitución por su generalidad o falta de precisión en la regulación del Estado de excepción, tampoco se aplicó alguna ley conforme lo prevé el 139 constitucional, se aplicó una ley que ni siquiera es prevista en la Constitución.

15 Al respecto, nosotros ya explicamos nuestra reserva al pretender definir el Estado de excepción a través, pero lo que sí cabe reconocer de Schmitt es que él sostiene que el establecimiento del Estado de excepción es una cuestión fundamental (Schmitt, 2019); lo cual supone que su regulación no puede ser por un órgano constituido, situación que, si se da en Bolivia a través de la Asamblea Legislativa Plurinacional, reduciendo su carácter fundamental a cuestión de mera legislación ordinaria.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

Sucede que durante la pandemia se aplicó el Código de Salud[16], bajo la figura de *Emergencia Sanitaria*, el Código de Salud no hace referencia a ningún principio de limitación del Estado de excepción en caso de tomar medidas extraordinarias (Código de Salud, 1978, 18 de julio), uno de esos principios importantes es, solo como ejemplo, el de notificación por la cual se hace efectiva la obligación de comunicar a los otros estados partes la imposibilidad de cumplir transitoriamente con ciertas obligaciones referidos a derechos fundamentales y las medidas que se están adoptando (Naciones Unidas, 2002).

¿Qué se quiere decir con esto? Que aparentemente en Bolivia se pretendía regular el Estado de excepción desde la Constitución, eso significa que el Estado de excepción es definido como una cuestión fundamental que tiene que ver con la limitación del poder y la garantía de los fundamentales, tal regulación sería coherente con las ideas de Kelsen ya estudiadas porque la regla que define el Estado de excepción establecería presupuestos para tal situación y quienes son los facultados para el ejercicio del poder, pero digo "sería" porque, en realidad, como ya dijimos, Bolivia cuenta con una regulación muy genérica y además remite su regulación al legislador, ante tal situación no se aplicó ni la Constitución ni alguna ley del Estado de excepción, se aplicó el Código de Salud, más que aplicar, se decidió por el Código de Salud, que si bien goza de presunción de constitucionalidad, esta es *iuris tantum*, pues podríamos estar a las resultas a la eventual interposición de una acción de inconstitucionalidad por inconstitucionalidad sobreviniente.

En ese sentido, en Bolivia se adoptó la decisión de Schmitt porque no se tomó un criterio de validez ni el carácter fundamental de la regulación del Estado de excepción. Recordemos que para Schmitt existía dos tipos de dictadura: la comisarial y la soberana, la primera es limitada y pues se establece en la misma constitución, la segunda es la que no se limita a ningún presupuesto, pues es mera decisión del soberano (Schmitt, 1985), esa decisión fue evidente en Bolivia por la falta de precisión constitucional y la remisión a un órgano constituido.

La propuesta es la siguiente: consideramos que la mejor forma de regular el Estado de Excepción es desde la Constitución, en Bolivia el constituyente no prestó atención a la regulación de un instituto de trascendencia constitucional que tiene que ver con el Estado de excepción en cuanto limita libertades y otorga mayores facultades al poder estatal.

Si bien, conforme el art. 109 de la Constitución, los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables, es importante precisar los presupuestos en los cuales se restringen razonablemente los derechos, más aún si hay una previsión constitucional que tiene que ver con este aspecto: el 139 III constitucional que tampoco fue atendida por el legislador.

16 El artículo 75 del Código de Salud, aprobado por Decreto Ley Nº 15629, de 18 de julio de 1978, probablemente no guarde coherencia con el resto del orden jurídico boliviano especialmente con los artículos 137 y ss. de la CPE, tomando en cuenta de que se trata de medidas excepcionales, sabemos que se presume su constitucionalidad, pero esto es *iuris tantum* (Ley 254, art. 4,).

LÍMITES JURÍDICOS AL ESTADO DE EXCEPCIÓN
ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 85 - 104

Pero la solución no es la regulación vía disposición legislativa por las razones ya mencionadas, la solución de fondo es una reforma total de la Constitución conforme el art. 411 de la C.P.E. que debe tomar en cuenta que la regulación del Estado de excepción no puede ser derivada al legislador ordinario, procurando definir los presupuestos en la misma Constitución de la mejor forma posible y determinando los parámetros de control con base a los principios propuestos en el orden internacional referentes al Estado de excepción, ello permitiría superar los dos cuestiones anotadas o por lo menos reduciría la generalidad o la falta imprecisión en la regulación de los Estados de excepción en Bolivia.

6. A MANERA DE CONCLUSIONES

Respecto al tema central sobre cuáles son los límites jurídicos al Estado de excepción, es una cuestionante que no puede ser totalmente respondida, pero si se pueden acordar criterios a partir de la exposición realizada que faciliten su descripción y la aplicabilidad del Estado de excepción en la actualidad.

Primero, una posición como la de Schmitt, en la que la decisión cobra mayor trascendencia frente a la norma en Estado de excepción es una posición alejada de la realidad y del Estado de Derecho que es coherente con el positivismo jurídico que deja atrás la concepción de la soberanía absoluta que recae en un solo individuo, pues el diseño del sistema estatal moderno, por lo menos en el *civil law*, guarda coherencia con el sistema de normas como una unidad que establece procedimientos y competencias, en ese sentido las ideas rescatadas de Kelsen nos ayudan a empezar a construir una teoría del Estado de Excepción coherente con el Estado de derecho.

Segundo, Schmitt nos ofrece conceptos muy útiles para comprender el Estado de excepción en el plano teórico e histórico, sin embargo, hay muchas cuestiones que no son compatibles con una teoría jurídico normativa, tales como la diferenciación de dictadura comisarial y soberana propuesta, pues no es aplicable, no solamente por la falta de precisión de las notas diferenciadoras entre sí, sino porque no es coherente con el Estado de Derecho en donde la voluntad, es decir la mera decisión soslaya la normas. Así, también, existe una falta de precisión de las notas diferenciadoras entre Constitución y leyes constitucionales propuesta por Schmitt al momento de justificar de que no se suspende toda la constitución, sino una parte de ella, la referida a aquello que no afecta a la decisión política fundamental, de tal manera que ese criterio no nos ayuda a establecer límites al Estado de excepción.

Tercero, el Estado de excepción tampoco podría ser un Estado de anomia o inexistencia del derecho. Pero Agamben tiene grandes aportes, desde Agamben podemos ver con una mirada crítica a Schmitt, nos permite identificar la paradójica articulación entre la excepción y el derecho que genera una situación de anomia y, a partir de ello, generar una nueva idea: la articulación que planteamos en este artículo que es a partir de la idea de un esquema de explicación normativa que nace desde la norma fundamental (Kelsen) y no una mera decisión como plantea Schmitt, los presupuestos del Estado de

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

Excepción se establecen en la misma norma, de tal manera de que no se genera una situación de anomia.

Cuarto, concluimos, también, que una medida contundente, pero coherente con una adecuada regulación del Estado de excepción, es una reforma total de la Constitución conforme el art. 411 de la C.P.E. que debe tomar en cuenta que la regulación del Estado de excepción no puede ser derivada al legislador ordinario al ser un órgano constituido, procurando definir los presupuestos en la misma Constitución de la mejor forma posible y determinando los parámetros de control con base a los principios propuestos en el orden internacional referentes al Estado de excepción. Todo esto con la finalidad de reducir cierto grado de imprecisión en su regulación y para evitar su regulación vía disposición legislativa.

Finalmente, concluimos sosteniendo que la mejor forma de establecer límites al Estado de Excepción es comprendiendo que su regulación es una forma de reacción coactiva del orden jurídico a situaciones objetivas socialmente indeseadas o dañinas, cuyos presupuestos son determinados por el mismo orden jurídico a través de la Constitución y, de la misma forma, es la Constitución que determina el o los facultados para el ejercicio del acto coactivo, el cual no se fundamenta en una mera decisión.

REFERENCIAS

Agamben, G. (2005). *El Estado de excepcion: homo sacer.* Adriana Hidalgo editora S.A.

Alvarez, L. R. (2002). Los estados de excepción constitucional en Chile. *Ius et Praxis, 8(1)*, 251-282.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966, 16 de diciembre). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Naciones Unidas.

Bodin, J. (1997). *Los seis libros de la república.* EDITORIAL TECNOS S.A.

Código de Salud. (1978, 18 de julio). Gaceta Oficial de Bolivia.

Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. (1969, 22 de noviembre). *Pacto de San José de Costa Rica.* Organización de los Estados Americanos.

Constitución Política del Estado . (2009, 07 de febrero). Gaceta Oficial de Bolivia.

Cruz Villalón, P. (1980). *El estado de sitio y la Constitución: La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878).* Centro de Estudios Constitucionales.

Fix-Zamudio, H. (2004). Los estados de excepción y la defensa de la Constitución. *Boletín mexicano de derecho comparado, 37(111)*, 801-860.

rtes de Cádiz y el Trienio Liberal. *Investigaciones históricas. Época moderna y contemporánea Núm. 21*, 181-204.

Kelsen, H. (1982). *Teoria pura del derecho.* Universidad Nacional Autónoma de México.

Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado.* Universidad Nacional Autónoma de México.

LÍMITES JURÍDICOS AL ESTADO DE EXCEPCIÓN
ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 85 - 104

Ley de Estados de Excepción. (2020, 23 de julio). Gaceta Oficial de Bolivia.

Naciones Unidas. (09 de Octubre de 2002). *Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción.*

Naciones Unidas. (s.f.). *Historia de las Naciones Unidas.* Obtenido de Naciones Unidas: https://www.un.org/es/sections/history/history-united-nations/

Schmitt, C. (1985). *La dictadura.* Alianza Editorial, S.A.

Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.* Editorial Tecnos, S.A,.

Schmitt, C. (2009). *Teología Política.* Editorial Trotta, S.A.

Schmitt, C. (2019). *Teoría de la constitución .* Alianza Editorial.

Siles, A. (2014). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Derecho PUCP, (73)*, 411- 424.