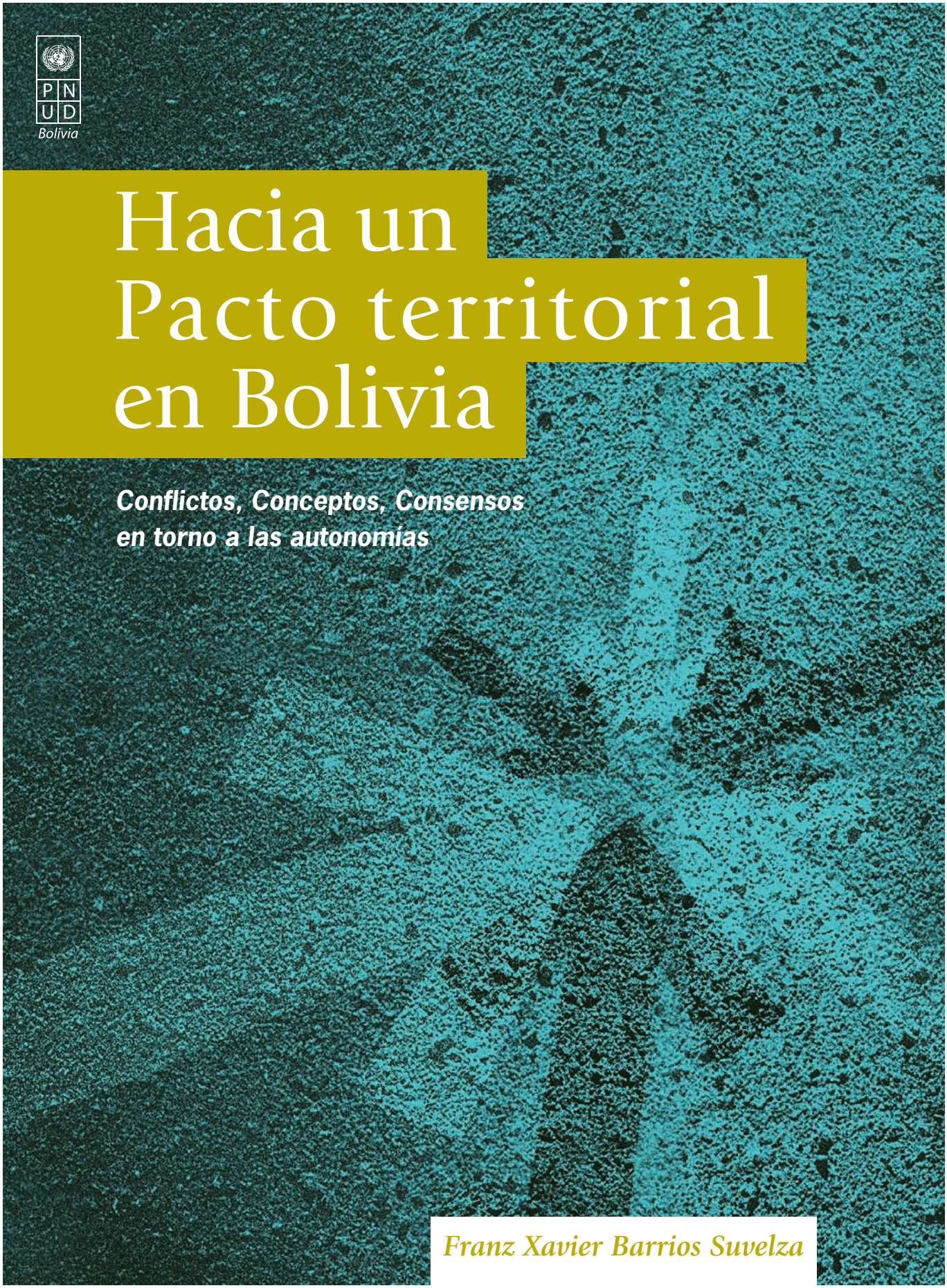
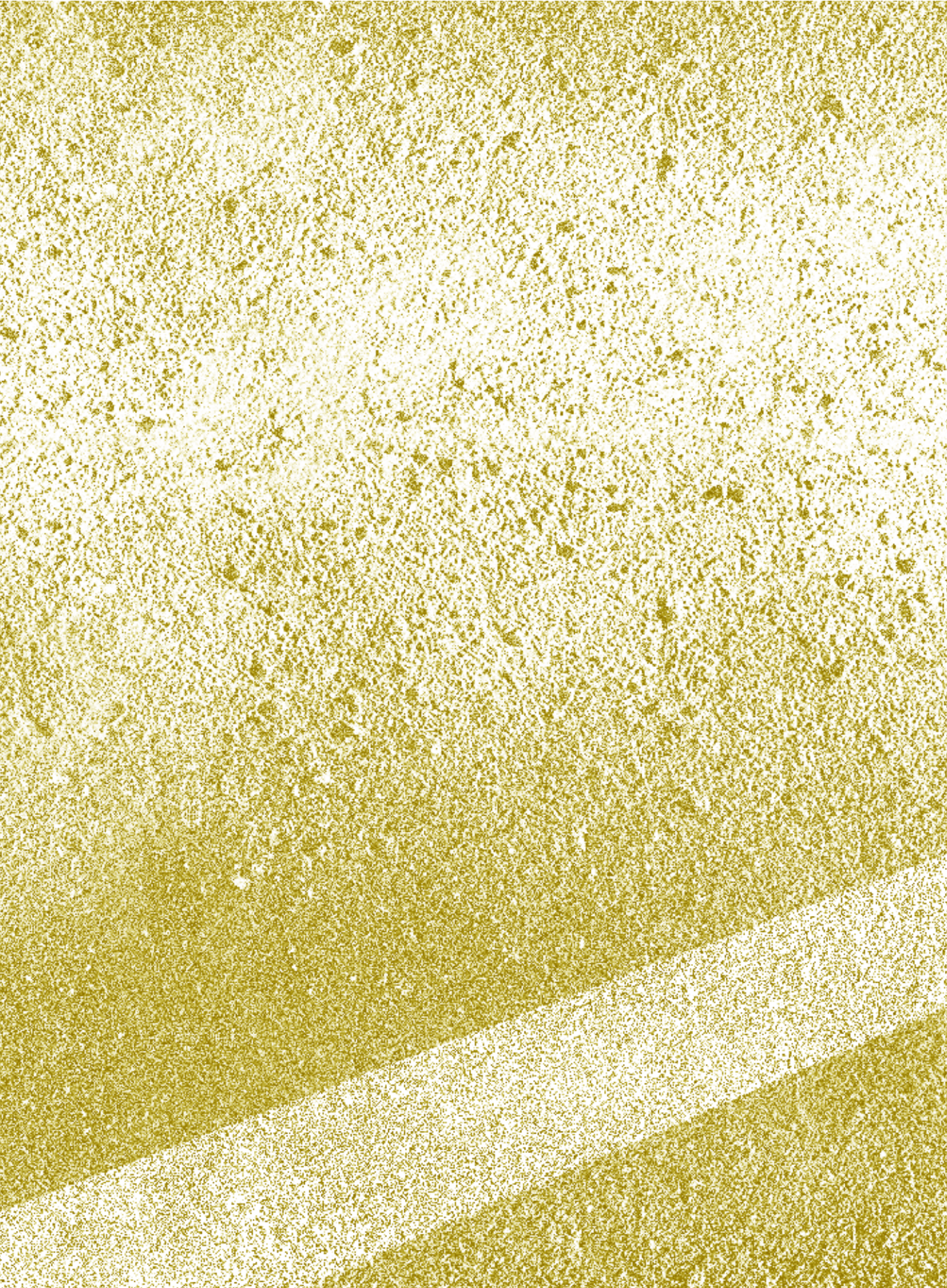


Hacia un Pacto territorial en Bolivia

Conflictos, Conceptos, Consensos en torno a las autonomías

Franz Xavier Barrios Suvelza



Hacia un Pacto territorial en Bolivia

Depósito legal:
ISBN:
Edición:
Diseño y diagramación: SALINASANCHEZ Comunicación S.R.L.
Impresión:

Octubre de 2008

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 7

UN PRÓLOGO DESPUÉS DE LOS ACUERDOS 9

Capítulo I

INTRODUCCIÓN 13

Capítulo II

LAS CLAVES TÉCNICAS DEL DISEÑO TERRITORIAL
Y SU UTILIDAD PARA EL DEBATE BOLIVIANO 15

1. Los ejes temáticos básicos de cualquier ordenamiento territorial: ¿Cómo organizar el trabajo conceptual? 15
2. Las normas subnacionales fundamentales: ¿Cómo entender el fenómeno de los estatutos y la unidad del Estado? 18
3. La autonomía: ¿Cómo definirla? 22
4. La cualidad gubernativa: ¿Por qué la autolegislación no lo es todo? 28
5. Espacio y Estado: ¿Por qué todo territorio es espacio pero no todo espacio es territorio? 29
6. La cuestión regional dentro de los Estados: ¿Qué tipos de regionalización existen? 33
7. "Tierra y territorio": ¿Es una reforma agraria sinónimo de reforma territorial? 37
8. Áreas, colectividades y entidades territoriales: ¿Cuál es la razón de una creciente complejización de las unidades político-administrativas? 39
9. Escalas, estratos, estamentos, niveles y segmentos territoriales: ¿Cuáles son las cadenas posibles de entes territoriales? 41
10. La (a)simetría estructural, competencial y diferencial: ¿Es posible la coexistencia entre entes autónomos y otros que no lo son en un mismo nivel territorial? 44

11. Disociación entre el Estado y el nivel nacional: ¿Cómo evitar que el nivel nacional pretenda ser el ordenamiento supremo? 46

12. El encapsulamiento del nivel municipal: ¿es posible sacar al municipio de lo meso y de lo nacional? 47

13. Equipotencia constitucional interterritorial: ¿Cómo es posible la unidad del Estado con niveles territoriales de igual poder? 50

14. Principio de no tutela o de no subordinación interterritorial: ¿Puede haber no subordinación sin equipotencia territorial? 52

15. Cómo contabilizar niveles territoriales: ¿Es posible un conteo sin tomar en cuenta el peso estructural? 54

16. Desconcentración y descentralización: ¿Cuán potente y compleja puede ser una desconcentración? 55

17. Modo de Estado: ¿Cuál es la más agregada y estructural noción del ordenamiento territorial? 62

18. Sistema político subnacional endógeno: ¿Hasta dónde llega el sector público subnacional? 67

19. Bifuración y desdoblamiento de la autoridad política subnacional: ¿Se necesita una autoridad nacional paralela a la electa subnacionalmente? 69

20. Territorialización de otros órganos: ¿Cómo se descentraliza la justicia? 71

21. Las competencias: ¿Deseos, materias, verbos? 74

22. La competencia y sus dimensiones: ¿Por qué tiene tres dimensiones? 75

23. La potestad administrativa y sus funciones competenciales: ¿Por qué comienza la administración con el poder reglamentario? 78

24. Las llaves de asignación competencial: ¿Por qué la raíz es la legislación y la administración el accidente? 80

25. Los dominios competenciales: ¿Cómo se traducen las llaves de asignación en campos de poder territorial? 90

26. Titular competencial 92

27. Núcleo, franja y periferia competencial 92

28. Las materias: ¿Cómo se organizan los catálogos? 93

29. Fiscalidad territorial estructural: ¿Es cualquier aspecto financiero un asunto de fiscalidad estructural? 104

30. Competencias tributarias: ¿Qué es lo financieramente propio? 110

31. Estructura de ingresos: ¿Cuáles son los ingresos propios en sentido estricto? 112

32. La causalidad administrativa de lo financiero: ¿es posible deducir, de la asignación material de competencias, el financiamiento? 113

33. Cláusulas de cierre: ¿Qué pasa si falla algo en el diseño territorial? 113

Capítulo III

SÍNTESIS DE LAS VISIONES TERRITORIALES BOLIVIANAS Y BALANCE DE SUS ALCANCES 115

A. Lo estructural 115

B. El sistema político subnacional 146

C. Lo competencial 154

Epílogo

¿SE RESPETÓ FINALMENTE LA PREGUNTA DEL REFERÉNDUM? 197

BIBLIOGRAFÍA 199

Presentación

La cuestión territorial ha estado en el centro del debate constitucional boliviano y también ha sido generadora de parte importante de los conflictos que ha experimentado Bolivia en los últimos años.

Es evidente que la conformación de autonomías subnacionales afectara profundamente las posibilidades del Estado para responder a los grandes retos que implica la construcción del desarrollo humano, la consolidación de la democracia y la garantía universal de los derechos humanos.

Este problema no solamente es crítico por sus relaciones con la reforma constitucional, sino por los intereses en juego, por las expectativas y por las pasiones que despierta en grandes segmentos de la sociedad. La historia de Bolivia muestra que sus ciclos políticos han estado estrechamente correlacionados con determinados equilibrios regionales. ¿Cuál será la nueva configuración del poder regional en la Bolivia de inicios del siglo XXI? ¿Qué nuevo tipo de estructura institucional consolidará y sostendrá tales equilibrios?, serán cuestiones centrales de la dinámica política de los próximos años.

En buena medida la convivencia social y la unidad del país dependen del logro de consensos sólidos sobre la naturaleza y alcances de las autonomías subnacionales. De hecho la base de los Acuerdos sobre la reforma constitucional logrados en el Congreso Nacional el 21 de octubre de 2008 tiene justamente que ver con ajustes importantes en este ámbito en el proyecto de nueva Constitución Política del Estado.

El presente documento fue elaborado en el primer semestre del 2008, por uno de los más connotados especialistas nacionales del tema, por encargo del Proyecto de Análisis Político y Escenarios Prospectivos (PAPEP) del PNUD con la esperanza de contribuir con elementos e informaciones para una eventual solución dialogada de esta controversia. El texto partía de la convicción de que es necesario contar con un balance del problema, que cubra, en la medida de sus capacidades, las lagunas técnico-conceptuales existentes, y que proponga algunas pautas y soluciones alternativas que permitan avanzar hacia el mejor esquema de autonomías posible para un país como Bolivia.

El resultado de este trabajo es un documento compuesto de dos partes: La primera ofrece una batería amplia y detallada de conceptos que deberían orientar un diseño constitucional territorial. El contenido de esta primera parte no se reduce a un análisis de los requerimientos nacionales del debate, sino que expone y aprovecha las experiencias adaptables de otras latitudes de manera que refuercen la validez de los instrumentos técnicos propuestos.

La segunda parte está dedicada a la formulación de algunas pautas que puedan orientar a los actores en las decisiones que se deben asumir no solo a la hora de la introducción de las autonomías en el diseño constitucional, sino sobre todo en su futura reglamentación e implementación. En esta parte se abordan en su dimensión concreta algunos de los temas álgidos de la gestión descentralizada y de la configuración político-institucional que podría acompañarlas.

Ciertamente el texto fue elaborado antes de los Acuerdos del Diálogo Nacional, lo cual no le quita para nada su actualidad y relevancia, pues hay que ser conscientes de que el camino hacia la consolidación de las autonomías será largo, y lleno de dificultades y de potenciales conflictos. En consecuencia, el tiempo de los acuerdos no se ha acabado, sino que tiende más bien a hacerse cada vez más complejo y con un fuerte contenido técnico, exigiéndonos una mayor intensidad de información y de trabajo técnico-conceptual.

En consecuencia, esperamos que este documento contribuya a seguir impulsando un debate plural e informado sobre los contenidos de un pacto territorial para Bolivia. Y al impulsar este debate, esperamos que los actores siempre tengan presente que el fin último de cualquier forma de pacto debe ser la garantía de una vida digna para todos los bolivianos y bolivianas.

Yoriko Yasukawa

Representante Residente PNUD

Un Prólogo después de los acuerdos

El proceso de concertación constitucional en torno a un nuevo arreglo territorial en Bolivia logró un resultado en octubre de 2008, cuyos alcances no son perceptibles a primera vista. Pero si uno visualiza los grandes ciclos históricos del país resulta que lo que los actores políticos han pactado supera toda reforma reciente, pasada o fundacional, al clausurar nada menos que 180 años de un esquema territorial unitarista de inspiración napoleónica. En Bolivia se acaba de pactar un modo de Estado territorialmente compuesto, basado en tres niveles territoriales constitucionalmente equipotentes y con autonomías indígenas de geometría variable. Territorialmente hablando, se trata de una nueva República.

El sólo hecho de pasar de ser un Estado unitarista a uno compuesto representa una impugnación del centralismo en Bolivia sin precedentes históricos. Con ella se ha dado por concluida la sagrada retención del monopolio de legislación en el nivel nacional pues el acuerdo establece que la legislación podrá provenir en el futuro del ámbito subnacional, lo cual sienta las bases de una dinámica de innovación de política pública desde departamentos o municipios atendiendo sus peculiaridades y capacidades. Semejante paso es sólo imaginable en procesos profundos de descentralización como los federales o los autonómicos de corte español aunque incluso en relación a éstos, las peculiaridades del pacto y la realidad boliviana han querido que el país adopte una vía alternativa.

En efecto, existe un segundo salto cualitativo, pues si en los años 80 la descentralización fue pensada desde los departamentos y a partir de la Ley de Participación Popular de 1994, fue proyectada como asunto municipal, era imperioso que un nuevo pacto territorial superara ese movimiento pendular sintetizándolo en un esquema que rescate y canalice la energía de esas fuerzas sociales.

No bastaba pues romper el monopolio de legislación a favor del ámbito subnacional –cambio de por sí complejo– sino que se debía aclarar sin matices quienes irían a ser los actores del futuro pacto territorial. Éste se traduce en consecuencia en un Estado compues-

to *triterritorial* al basarse en la articulación del nivel nacional, departamental y municipal, con lo cual se integra a niveles territoriales que eran parte de una querella histórica. Por si fuera poco, se añade un tercer elemento, a saber, una técnica de articulación vertical de estos niveles cuya sofisticación será motivo de análisis futuros por los interesados en diseño constitucional comparado.

Los acuerdos establecen en ese sentido una misma valía de las legislación subnacional –sea departamental o municipal– con la legislación nacional. Por lo tanto, los tres niveles se sujetan al principio de equipotencia constitucional inter-niveles. Por todas estas razones se puede afirmar que, desde una perspectiva internacional, el pacto territorial boliviano inventa un nuevo esquema y lo hace superando los avances que en un sentido comparable se intentaron sin llegar a puerto, reformas como la brasileña en 1988 (en relación al municipio "legislante") y la sudafricana en 1996 (en relación a la equipotencia inter-niveles).

Desde la perspectiva del respeto al referéndum autonómico, este pacto finalmente atiende esa expresión popular. Los municipios obtienen más de lo que esperaban y ascienden como actores paritarios de los otros niveles estatales, mientras que el nivel nacional, no ha sido arrebatado de la potestad de poder legislar, exclusivamente, en temas sensibles a la solidaridad del conjunto del país.

El pacto hubiera sido insuficiente si no se complementaba lo anterior con una solución radical al tema de la exclusión indígena. Puede decirse que en varios aspectos la República retrocedió incluso frente a ciertos arreglos de negociación institucional que se habían desarrollado durante la colonia con las autoridades indígenas. En la segunda mitad del siglo XX se apostó por una integración de los indígenas al molde occidental y las reformas de 1994, si bien comenzaron a cualificar Bolivia como una realidad multiétnica, no trajeron una solución al reconocimiento pleno de la autoridad indígena como expresión del Estado oficial y menos lograron solucionar el tema de autonomía indígena en términos territoriales.

El acuerdo logrado en Octubre de 2008 introduce el reconocimiento de "naciones" indígenas sin que ello conlleve un riesgo para el desmembramiento nacional, ofrece una variedad de salidas de autonomía indígena lo que procura atender la complejidad misma de la realidad indígena en Bolivia que está lejos de ser compacta. Con seguridad, abre la opción de que en caso del "municipio indígena" los pueblos originarios puedan legislar y sacarle todo el provecho institucional que se desprende del municipio republicano ahora plena-

mente copable por los indígenas si así lo decidieran de conformidad a la Constitución. La misma idea de un reconocimiento a la territorialidad ancestral no está descartada, siempre y cuando ella se canalice en respeto a los municipios existentes y por acuerdos que tendrían que darse en la Asamblea legislativa plurinacional. Los resultados son, pues en este contexto, de unas dimensiones estructurales que transforman de raíz siglos de suposiciones, reglas e instituciones que, con virtudes y defectos, encontraron crecientemente límites para procesar las demandas sociales acumuladas en términos de distribución territorial del poder.

El trabajo que se presenta a continuación acompañó y recoge la evolución del pacto territorial desde una perspectiva técnico-conceptual. Se inspira en el contexto de los procesos de diálogo de septiembre de 2007 y llegó a aportar en los debates de forma efectiva desde las mesas de diálogo de inicios de 2008 que concluyeron en octubre de ese mismo año con los resultados conocidos.

Desde la perspectiva de las técnicas de negociación, responde a la constatación de que durante la misma Asamblea Constituyente y en los varios intentos posteriores de acuerdo, las energías se perdían frecuentemente en las contradicciones terminológicas o las impurezas conceptuales. El resultado era poco eficiente pues el esfuerzo se consumía antes de debatir los temas de fondo o, peor, cuando se intentaba abordarlos, se lo hacía con elevados riesgos de soluciones inaplicables por falta de orientación técnica. Los acuerdos son por supuesto un asunto político y una potestad de los actores políticos el alcanzarlos, pero sus decisiones pueden optimizarse si cuentan con escenarios racionalmente construidos como información de apoyo.

Es la búsqueda de un insumo creíble en lo técnico lo que explica la permanente revisión de experiencias y doctrinas internacionales que caracteriza el Estudio para sustentar mejor las salidas adaptadas a Bolivia. Es por ello también que el documento se dejó llevar por el principio de extraer de las posiciones contrapuestas tantos las bondades como las limitaciones para develar los puentes potenciales de encuentro para un régimen territorial que lograra sintetizar las preocupaciones y demandas de las partes en pugna. Para lograr este propósito, el documento ofrece un aparato conceptual que sistematiza decenas de categorías técnicas de uso general en ordenamiento territorial para entender no sólo cómo se estaría llegando a lo que se ha pactado en octubre de 2008, sino para comprender conceptualmente lo logrado y, por qué no, los eventuales problemas pendientes. Esta posibilidad

de utilizar el texto para una evaluación post-pacto es particularmente clara en el capítulo de distribución competencial, el cual podría permitir la lector una comparación entre los acuerdos logrados, por un lado, y aquello no alcanzado por efecto natural de las restricciones de la negociación política.

Como en los próximos meses y años, Bolivia se verá embarcada en un largo proceso de transición, desarrollo normativo y adecuación institucional que requerirá constantemente volver, de rato en rato, a la reflexión conceptual para precisar el rumbo, confiamos en que la actualidad del estudio se mantendrá.

En síntesis, la querella territorial en Bolivia fue el nervio del debate constitucional boliviano pues, en ese polémico asunto, desembocaban de una u otra forma prácticamente todos los temas que hacen a la organización del Estado en general: tema indígena, finanzas, tierra, justicia, empleo público, recursos naturales, empresas públicas, derechos humanos y así sucesivamente. Es por ello que los acuerdos o la falta de ellos en torno al régimen territorial tenían el potencial, tarde o temprano, de afectar decisivamente la construcción de la comunidad política nacional.

El Proyecto de Análisis Político y Escenarios Prospectivos (PAPEP) del PNUD y mi persona trataron de aportar con este estudio pautas alternativas que sirvan para el logro de consensos entre los actores del debate autonómico constitucional ofreciendo insumos técnicos sobre la base del respeto a las posiciones diversas y reconociendo la potestad decisional final en los actores políticos.

Franz Barrios Suvelza

Berlín, Noviembre de 2008

CAPÍTULO

Introducción

Bolivia se encuentra frente al desafío de construir un pacto territorial, cuyos antecedentes serán inevitablemente los proyectos de Constitución y de estatutos autonómicos, forjados durante 2007. Estos proyectos contienen visiones que, más allá de los textos mismos (tanto el proyecto constitucional como los estatutos pudieran acabar como referencias del pacto, pero éste no tiene por qué tomarlos literalmente) son muy difíciles de eludir para los actores en conflicto.

El presente trabajo ofrece algunas vías conceptuales, metodológicas y técnicas para llevar el debate territorial por un curso sostenible. Este estudio sistematiza pautas sobre la base de un balance lo más objetivo posible de ambas visiones.

La primera parte contiene una recapitulación, más bien, universal de principios, definiciones y conceptos que atingen el diseño constitucional y estatutario de las autonomías, independientemente de la realidad nacional específica. Por ello es que se incide en la comparación internacional y en el rigor teórico, a fin de preparar un análisis posterior, efectivo y eficiente, de las visiones en juego. En esta parte se procesan 33 entradas conceptuales organizadas en varios ejes temáticos.

La segunda parte aborda dos documentos concretos: el proyecto de constitución aprobado en Oruro y el proyecto de Estatuto Autonómico elaborado en Santa Cruz.[1] En un primer momento se intenta hacer una descripción respetuosa del espíritu original de ambos documentos y las visiones que implican. Luego se somete a ambos a un diagnóstico crítico que muestra sus fortalezas y debilidades. Sobre esa base, se elabora tablas con los puntos de divergencia, convergencia y coincidencia que existen. En todos estos pasos se ordena el análisis en grandes temas. Finalmente, se trabaja un total de 59 postulados, que llamamos "puentes conceptuales hacia un pacto territorial".

1 En el momento en que se concluyó la parte básica de este proyecto, los otros estatutos –de Tarija, Beni o Pando– no tenían el grado formalización del que gozaba el trabajo de Santa Cruz. Sin embargo, se requiere una complementación de este trabajo que abarque los otros estatutos.

Los postulados de pacto que se ofrecen no pretenden ser un recetario. Ellos se derivan naturalmente de la reflexión detenida de los insumos, de las pautas que dichos antecedentes contienen, y descartan aquellos puntos que, a juicio del autor, simplemente inviabilizan, en mayor o menor grado, las opciones de un pacto territorial.

Un paso metodológico relevante es haber intentado entender la lógica inherente de cada proyecto antes de someterlo al análisis crítico.[2] También es relevante que los postulados del pacto se formulen de una manera lo más sucinta posible, para que su eventual traducción a definiciones más formales y jurídicas sea más fácil. Se debe recordar que todo lo anterior se ha logrado gracias a una batería de conceptos que transparentan el debate, al sacar de en medio la maleza de los malentendidos técnicos, y al permitir la concentración de las energías en la discusión de las decisiones más políticas e ideológicas. Se usa para ello un lenguaje técnico más o menos común y de validez internacional.

Las decisiones finales sobre el pacto las tomarán, obviamente, los decisores políticos, en un marco natural de tensiones sociales y políticas. El estudio sólo puede ofrecer pautas técnicas que alimenten el debate y lo faciliten.

2 La reflexión sobre el proyecto constitucional fue enriquecida por las discusiones con Diego Cuadros, Teresa Morales, Rubén Martínez, Carlos Romero y Fabián Yaksik. Las conclusiones del estudio son, por supuesto, de absoluta responsabilidad del autor.

CAPÍTULO II

Las claves técnicas del diseño territorial y su utilidad para el debate boliviano

1. Los ejes temáticos básicos de cualquier ordenamiento territorial: *¿Cómo organizar el trabajo conceptual?*

De una u otra forma, un Estado debe ordenarse territorialmente dando respuesta a seis grandes cuestiones. Estas respuestas suelen estar inscritas en la Constitución de un país. Obviamente, no en todos los casos, pues algunas respuestas irán a leyes especiales.

Es común que el ordenamiento territorial se norme dentro de un gran título constitucional denominado "De la descentralización" (Perú), "De la organización territorial" (Colombia), "De las colectividades territoriales" (Francia) o "Federación, Cantones[3] y Municipios" (Suiza). Ello no excluye, sin embargo, que otras definiciones sustantivas del ordenamiento territorial se redacten en otros lugares del texto constitucional, ya sea en los primeros capítulos o dentro de los regímenes especializados como el de economía y finanzas.

La primera cuestión es la estructural. Se trata aquí de decisiones sobre los cimientos y el armazón del ordenamiento territorial. Son parte de este primer eje temático las decisiones relativas al modo de Estado (simple o compuesto), los niveles territoriales existentes, la integración indígena a la malla territorial del Estado, la asimetría estructural y las características de la relación vertical entre los niveles territoriales. Si este eje no está claro, el diseñador territorial no podrá avanzar, posteriormente, en tareas como la asignación de competencias.

La definición estructural sobre el modo de Estado se suele reducir convencionalmente al anuncio de si el país será "unitario" o "federal", u otros calificativos, siempre que éstos sean de un comparable grado de agregación. Esta definición muchas veces se hará en los primeros artículos constitucionales. Sucede así en al Art.1 de la Constitución francesa,

3 En Suiza "cantón" es el nombre de las unidades del nivel intermedio o "meso".

que anuncia que la "organización" de la "Republica... indivisible" será "descentralizada". O es el caso de la Constitución colombiana que en su Art. 1 dice que Colombia es un Estado "organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales".

Es importante considerar que es posible que el texto constitucional no bautice a la criatura. Esto fue así en Sudáfrica o en España, países cuyas constituciones evitan formulaciones tan directas sobre el modo de Estado, aunque éste se pueda deducir del conjunto de disposiciones constitucionales referidas al ordenamiento territorial.

El segundo eje temático es el del *sistema político subnacional.* Dentro de este eje se ordenarán las decisiones sobre las modalidades de conformación de los órganos de gobierno político (el ejecutivo), de los de deliberación y que pueden ser, además, legislativos, en caso de que el modo de Estado sea compuesto. En este eje se puede encontrar también decisiones relativas a los mecanismos de revocatoria, censura, sucesión de autoridades, etc. Desde la perspectiva de la Constitución del país, las normas territoriales fundamentales ("estatutos") pueden considerarse parte de este segundo eje temático.

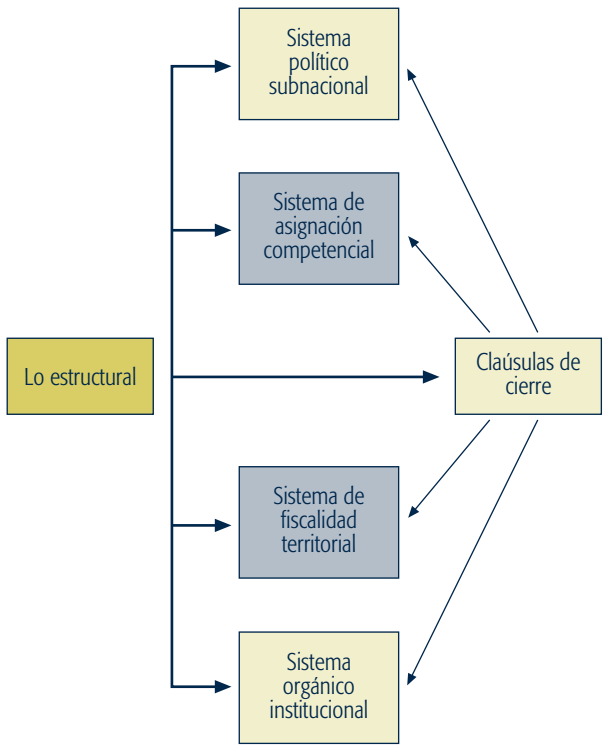
El tercer eje temático incluye lo *orgánico-institucional,* y agrupa las decisiones que se refieren a la situación de una variedad de agencias, organismos independientes, instituciones territoriales que no son parte del poder ejecutivo subnacional, pero que, junto a éste, acaban conformando la tupida red de la estatalidad subnacional. Parte de este tercer eje temático es la normativa dedicada a aclarar cómo se designa a las cabezas de estas agencias e instituciones. Un asunto especialmente delicado en este eje es el de la modalidad con la cual se territorializa el poder judicial o el sistema de contraloría estatal. Otro asunto relevante es saber si, a lado de las autoridades subnacionales electas, el nivel nacional designará sus propios representantes.

Estos tres ejes –estructura, sistema político subnacional y organicidad subnacional– tienen en común su carácter de normativa institucional, mientras que el cuarto eje, que introducimos seguidamente, se ocupa de la provisión estatal propiamente dicha: es el eje relativo a la *asignación competencial.* Como se verá, el tema de las competencias requiere un cúmulo apreciable de técnicas delicadas, pues su adecuado gerenciamiento es decisivo para explotar convenientemente los beneficios de la descentralización. Es en esta área en la que tendrá que decidirse "quién", y "cómo", asume materias como "tierra" o "educación".

El quinto eje es siamés respecto al eje competencial y se refiere al *sistema de fiscalidad territorial del Estado.* Puede incluir muchas más cosas que la sola determinación de la fuentes financieras para los niveles subnacionales. En algunos casos, como en Italia (Art. 119), España (Art. 158), Canadá (Art. 36, sección de 1982) o Alemania (Art. 107), la Constitución establece la solidaridad fiscal interterritorial. Con todo, está claro que el elemento más relevante debe ser la definición de los dominios tributarios del Estado.

Finalmente, el sexto eje reúne a las decisiones sobre las *válvulas de cierre del sistema*. Se trata de disposiciones que regulan los casos extraordinarios o las situaciones imprevistas. Su función es "cerrar" las eventuales "fugas" que el funcionamiento del Estado pudiera tener. Una de las clásicas válvulas de cierre es la definición en torno a la llamada "cláusula residual". ¿Quién se hace cargo de lo que no está específicamente mencionado en el catálogo competencial? Esta decisión variará según el modo de Estado. En el caso alemán, se determina que la "presunción competencial" recae en beneficio del meso (Art. 31). Otra llave de cierre es la "cláusula de colisión", que prevé una solución para las contradicciones entre las normas nacionales y las subnacionales. En el derecho germánico es muy común que ésta cláusula opere según la previsión de que "el derecho nacional desplaza al derecho subnacional". En el caso suizo se habla de disposiciones normativas "realmente contrapuestas", para que esta cláusula adquiera vigencia (Art. 49). Si bien la formulación alemana es más genérica, la doctrina es unánime al considerar que no aplica para los casos en los que la misma Constitución ha asignado claramente las competencias.

GRÁFICO 1: EJES TEMÁTICOS DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL EN DESCENTRALIZACIÓN



2. Las normas subnacionales fundamentales: *¿Cómo entender el fenómeno de los estatutos y la unidad del Estado?*

En Bolivia, la dinámica del movimiento autonomista de la llamada "Media Luna" (los cuatro departamentos en los que venció el "Sí" a la pregunta del referéndum sobre autonomías de 2006) puso sobre la mesa un asunto desconocido en el debate descentralizador boliviano. El tema de los "estatutos". Nuestra preocupación aquí es reflexionar sobre la naturaleza de éstos desde un punto de vista conceptual, abstrayéndonos de los dilemas que la cuestión estatutaria plantea coyunturalmente en el debate boliviano.

Para comenzar, hay que decir que un Estatuto es una de las formas de manifestación de las que pueden llamarse *normas subnacionales fundamentales.* La Constitución española, en su Art. 147, califica los estatutos de las comunidades autónomas como "normas básicas institucionales". No se trata simplemente de una ley sobre el régimen territorial o la descentralización. Una norma subnacional fundamental es un conjunto de disposiciones que regulan las relaciones de poder estatal existentes dentro un ente territorial subnacional, y abarca desde los derechos fundamentales, pasando por la importantísima normativa sobre las modalidades de funcionamiento y gobierno de cada ente territorial, hasta la clarificación de las modalidades de reforma. Los estatutos también determinan aspectos programáticos (salud, educación) y financieros. Por tanto, se parecen más a la Constitución de un país que a una norma sectorial nacional o a una ley de descentralización. Con todo, el *Estatuto no es una Constitución* y su posición dentro del sistema de normas de un país suele ser motivo de polémica.

Las normas subnacionales fundamentales son parte del acervo de los Estados compuestos. En los Estados simples, que sólo admiten la legislación del nivel nacional, no suele plantearse estatutos subnacionales. Gran parte del orden sobre lo territorial viene dado por una ley marco de descentralización. En cambio, la situación es completamente diferente cuando se conforma un Estado compuesto.

Podemos obtener importantes pautas para comprender las normas subnacionales fundamentales de la forma más potente de ellas, la llamada "constitución" de los entes federados. No todos los países federales las tienen, por ejemplo Canadá. (Por otra parte, un país con un modo de Estado compuesto también puede prescindir de normas subnacionales fundamentales, como ocurre en el caso sudafricano). Pero la regla es que cada ente federado se dote de una.

Primero veremos qué naturaleza tienen y luego hablaremos de su condición paradójica (si bien son normativamente densas, no son "constituciones" en el sentido pleno del término).

Para el desarrollado caso alemán, el profesor Badura resume los alcances de la constitución del ente federado, mencionando que mediante ella se regulará de forma "autónoma": a) la organización de la estatalidad meso; b) el ejercicio del poder estatal y c)

los derechos fundamentales (Badura, 2007). Sin embargo, este poder "estatuyente" meso debe corresponder, sin excepción, con los principios de un Estado de derecho, democrático, republicano, social y federal, tal como dispone la Constitución federal. Y el Estado debe "garantizar" que el orden institucional meso corresponda con los principios constitucionales federales, o sea, se trata de un mandato activo que subordina la "constitución" meso a la Constitución federal. La doctrina alemana sintetiza este fenómeno en el llamado "principio de homogeneidad".

Es importante mencionar esto tomando en cuenta que muchas veces los analistas creen que un ente federado está dotado de una coraza frente al Estado que lo contiene. Y no es así. Su propia "constitución" está sujeta a la norma suprema del país, o sea, a la Constitución con mayúscula.

Llamativamente, la doctrina alemana parte del principio de que, en caso de colisión legal, la legislación del nivel nacional debe acabar desplazando a las normas subnacionales, las fundamentales incluidas. Sin embargo, este evento no es regular y presupone que se haya producido una serie de contradicciones normativas que pongan en verdaderos aprietos al Estado. Como ya hemos dicho, la cláusula de colisión aplica en casos muy específicos, y nunca en aquellos donde la Constitución no deja lugar a dudas sobre la división vertical del poder del Estado.

A pesar de ello, la norma subnacional fundamental no deja de tener un apreciable poder en la configuración estatal. Las relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo del meso o, incluso, la decisiones de política pública en sectores sensibles como educación o desarrollo económico, pueden ser tratadas en las normas subnacionales fundamentales. Esto explica por qué, en el caso alemán, el principio de homogeneidad en la relación entre la Constitución del Estado y las "constituciones" meso no se debe interpretar como "uniformidad" o "conformidad" (Badura). En la experiencia alemana, el margen de diferenciación es tal, que la "constitución" de un ente federado puede contener normas estatales que la Constitución federal no tenga. Es más, puede contener disposiciones que *no coincidan* con las equivalentes del derecho federal.

Esta configuración explica, entre otras cosas, que los entes federados alemanes cuenten, por regla, con una jurisdicción propia de control de la constitucionalidad. Además, las decisiones de las cortes constitucionales meso, mientras decidan en relación al derecho meso, no son afectadas por las decisiones que toma el Tribunal Federal Constitucional en su trabajo de control del texto federal.

La norma subnacional fundamental puede garantizar los derechos fundamentales de las personas. La pregunta es cuál es la relación entre esta determinación y los derechos fundamentales que reconoce la Constitución federal. En el caso alemán, se conviene en que sólo si los derechos meso tienen un menor alcance que los derechos federalmente garantizados pueden ser desplazados por éstos (Badura).

Se ha dicho que los arreglos federales son especialmente virtuosos para alentar la innovación institucional. Pues bien, son precisamente las normas subnacionales fundamentales las que contienen gran parte de la innovación y variabilidad institucional. Es probable que estas normas incorporen mecanismos de participación ciudadana o de democracia directa que, para asuntos nacionales, no son previstos por la Constitución del Estado.

Aquí surge el problema de la convivencia entre el principio de igualdad (garantizado por la Constitución del Estado) y el principio de la diferenciación (que se expresa en las posibles variaciones que contienen las normas subnacionales fundamentales). Una última decisión del Tribunal Constitucional de España (TCE) del 12 de marzo de 2007 (STC07) aborda este tema y nos permite, de paso, conocer la cuestión de las normas subnacionales fundamentales en un Estado compuesto, pero no federal, como el español. En dicha sentencia, el TCE recuerda que el principio de igualdad limita el ejercicio de la autonomía, pero no al punto de devaluarla. Afirma el TC que el nivel nacional asume la garantía de igualdad entre los ciudadanos, pero que en un Estado compuesto es inevitable que la ley subnacional module y altere esta igualdad.

En cuanto a la ubicación del Estatuto dentro del sistema normativo del país, el mismo TCE dijo, en la sentencia STC 35/1982, que "todos lo preceptos constitucionales han de interpretarse" en "congruencia" con la naturaleza "compuesta" del Estado. Esto es de suma importancia, pues en Bolivia muchas veces se trata, equivocadamente, de abstraer los estatutos autonómicos del edificio estructural que los cobija, con lo cual es fácil caer en las lógicas típicas del modo de Estado simple, especialmente en las nociones de jerarquía que le son tan caras, pero que no funcionan igual cuando se trata de un Estado compuesto. En la anotada STC07 se realza la "esencialidad" que los estatutos adquieren como "pieza" derivada de la estructura compuesta del Estado español. Los estatutos serían tan peculiares que subyacen no sólo a la fundación misma de la entidad territorial autónoma ("norma fundacional"), sino que son expresivos "de su acervo institucional y competencial". Obviamente, el que el estatuto sea la "norma cabecera" de la entidad territorial autónoma implica, simultáneamente, que está por debajo de la Constitución del Estado.

Una peculiaridad del caso español es que los estatutos deben ser aprobados por el Congreso nacional bajo la forma de una ley orgánica del Estado, lo cual refuerza el criterio de que poseen una calidad especial aunque estén por debajo de la Constitución, como las "restantes normas del ordenamiento jurídico" (STC07). Según el TCE, los estatutos "sólo a ella [a la Constitución] se infraordenan". Por otra parte, el procedimiento de su elaboración y reforma les "dota de una singular rigidez respecto a las demás leyes orgánicas". Por eso los estatutos son distintos a las demás leyes orgánicas. Esta afirmación ubica en su correcto contexto la afirmación del TCE, en la sentencia que analizamos, de que "la invalidez de un precepto estatutario sólo puede derivarse de la Constitución misma, incluidas, claro está, sus normas de remisión de determinadas leyes orgánicas...".

En resumen, la STC07 insiste una y otra vez en aclarar que lo único que está por encima del Estatuto es la Constitución. E intenta explicar esa "posición singular [del estatuto] en el sistema de fuentes" por ser una norma derivada, a consecuencia del procedimiento de elaboración y reforma al que está sometido. De ahí se deriva la forma de relación de los estatutos con las demás normas, incluidas las del nivel nacional. Esto los formula el TC de la siguiente forma: "Así en cuanto a su *relación* [del estatuto] con las restantes leyes estatales, orgánicas u ordinarias, [ésta] viene establecida según criterios de carácter material, es decir, criterios conectados con el *principio de competencia* sustantiva sobre las materias en que unos y otras, de acuerdo a la Constitución, pueden intervenir" (STC, 2007, cursiva del autor).

Para mayor precisión, el TCE añade inmediatamente: "Sin embargo, la integración de los estatutos en el bloque de la constitucionalidad, su consiguiente consideración como parámetro para el enjuiciamiento de las normas legales, y sobre todo la función que los estatutos desempeñan y su *muy especial rigidez*, les otorgan una *singular resistencia* frente a las otras leyes del Estado *que hace imposible* que puedan ser formalmente reformados por éstas... En el sistema de relaciones existente entre los estatutos de autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución no puede desconocerse tampoco la diferente posición de los Estatutos respecto de las leyes orgánicas como consecuencia de la rigidez que los caracteriza. Su procedimiento de reforma... determina la *superior resistencia* de los estatutos sobre las leyes orgánicas..."[4]

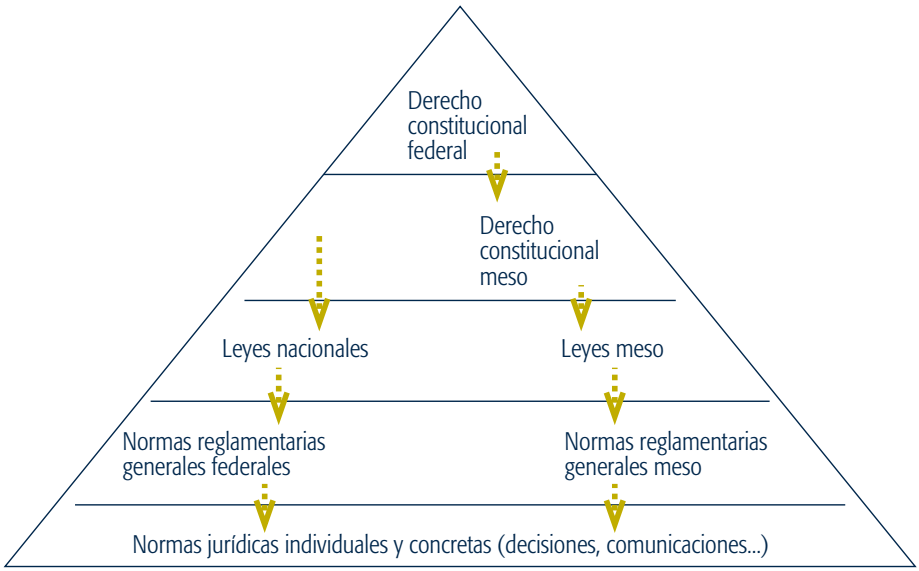
Tratar las otras implicaciones de estos asuntos nos llevaría mucho tiempo. Simplemente resta añadir que el profesor Tulkens sostuvo que creer que una norma subnacional fundamental es una Constitución en sentido pleno constituye una rémora psicológica (Tulkens, 1994: 164). Ya hemos visto cómo la norma subnacional fundamental ocupa un lugar singular, "resistente" a las demás leyes estatales (incluidas las orgánicas del caso español), pero que, a pesar de ello, se subordina a la Constitución. Entonces, parece claro que aunque estas normas se llamen "constituciones" ni en los casos federales son tales.

La confusión que se presenta en el caso compuesto-federal por la costumbre de llamar "constitución" a las normas subnacionales fundamentales no existe ya en el caso compuesto-autonómico, en el que llevan el peculiar nombre de "estatutos", en Italia o España, y podrían llevar el nombre de "carta orgánica" para el caso de los municipios.

Para concluir, a continuación se presenta lo discutido para el caso compuesto austriaco. Este gráfico, con las limitaciones obvias de una simplificación, ratifica varias de las ideas expuestas hasta aquí en torno a las normas subnacionales fundamentales.

4 Cursivas del autor de este trabajo.

GRÁFICO 2: SISTEMA DE PRELACIONES INTERNORMATIVAS EN EL CASO COMPUESTO FEDERAL



3. La autonomía: ¿*Cómo definirla*?

El reclamo social por autonomía puede contener muchos sentidos. Aquí abordaremos el caso en el que se pretende una alteración estructural de la distribución del poder territorial.

Como el término "autonomía" es polisémico, no es seguro que cualquier empleo del mismo implique un cambio estructural. Cuando "autonomía" significa un proceso de auto*administración* creciente es menos ambiciosa que cuando conlleva la auto*legislación*. O, como la citada STC07 del TCE señala, una cosa es la "autonomía política" –conferida por la Constitución española a las comunidades autónomas– y otra la "autonomía administrativa", que es lo que el ordenamiento jurídico español reconoce a las provincias y los municipios. Por eso urge aclarar bien el alcance del término.

Partimos preguntándonos qué puede sintetizar el empoderamiento territorial máximo imaginable dentro de un Estado que conserva en sus manos la soberanía y la carta constitucional global. Una revisión de las constituciones, la doctrina y el debate alrededor de la descentralización, nos permite señalar que, en la búsqueda de este máximo, un elemento hace una constante aparición: la *potestad de legislar* y, como expresión especialísima de ella, la de aprobar normas subnacionales fundamentales. (Sin embargo, ahora dejaremos de lado esta peculiar forma de manifestación legislativa para hablar de la potestad de legislar *per se*).

Dicha potestad, en los países vulgarmente llamados "unitarios", está conferida sólo al nivel nacional. En estos Estados, sólo el Congreso nacional puede emitir normas de tipo legislativo. No se excluye, por supuesto, que los demás estratos territoriales produzcan normas, pero en tal caso no se tratará de normas de tipo legislativo. La norma subnacional admisible bajo tales condiciones sólo puede ser alguna forma de manifestación del *poder reglamentario*.

Se puede resumir esto diciendo que en los llamados países "unitarios" el nivel nacional detenta el monopolio de la legislación.

Ahora debe aclararse tres cosas: a) ¿qué importancia comporta para un ente territorial la potestad de legislación?, b) ¿por qué tiene sentido distinguir lo "normativo legislativo" de lo "normativo reglamentario"?, y c) ¿cómo ubicarse frente al significado etimológico del término "autonomía"?

a. Las constituciones suelen establecer un catálogo de asuntos cuya afectación se reserva a la ley (Sannwald, 2004). Asuntos que son especialmente conflictivos para la sociedad suelen reservarse para la ley, como por ejemplo el financiamiento de las tareas estatales. También ocurre lo mismo cuando la cantidad de los afectados por los mandatos o prohibiciones es relativamente grande (Ruch, 2007: 101). La ley también se diferencia de otras normas porque su nacimiento requiere complejos procesos de deliberación parlamentaria y voto de los representantes democráticamente electos. Por eso la ley, si bien está por debajo del derecho constitucional, se halla por encima de otras normas, por muy generales y abstractas que sean éstas últimas.
b. Se sostiene, pues, que la ley es "norma primaria", ya que establece las líneas de política pública, mientras que las normas que le siguen en jerarquía, o "normas secundarias", desarrollan o ponen metas a la ley (Ruch, 2007: 103). La norma primaria suele venir del parlamento, mientras que la norma secundaria proviene del poder ejecutivo. Tal es el efecto divisivo que la diferenciación entre normas de tipo ley y normas subordinadas ejerce sobre el ejercicio del poder.

Los entes territoriales que poseen el poder reglamentario pueden acercarse a la formulación de políticas, pero no tienen la capacidad de alterar los marcos que establece la ley. En realidad, el poder reglamentario, por muy general y abstracto que pueda ser en su versión más avanzada, se constituye en el momento administrativo del Estado.

Las constituciones de Italia y Francia, reformadas en 2001 y 2003, respectivamente, han impulsado, cada una a su modo, el debate en torno al alcance de lo normativo en el ordenamiento territorial.

En Francia, la reforma de 2003 consagró en favor de las colectividades territoriales el poder normativo reglamentario. Como en la tradición jurídica francesa este poder

estaba vinculado al ejecutivo nacional (primer ministro y presidente), tuvo que ser una decisión del Consejo Constitucional la que aclarara que las colectividades territoriales también lo disponían, como emanación del principio de "libre administración". Así dejaron de depender sólo del poder ejecutivo nacional. Esto se puso en el Art. 72 de la actual Constitución francesa.

Sin embargo, se trata –a decir del Senado francés– de un poder normativo menos extendido que el que muchos de los vecinos han venido aceptando en los últimos años para sus niveles subnacionales (Rapport, 2006). El poder reglamentario del que gozan las colectividades territoriales francesas es aún hoy "residual y subordinado". Ello pese a que, para la doctrina francesa, este poder se traduce en disposiciones generales e impersonales. Dichas colectividades han emitido reglamentos en asuntos de urbanismo, ayuda social y hasta alícuotas tributarias locales. Pero el suyo es un poder residual porque se subordina a las leyes del poder legislativo y a las normas reglamentarias nacionales, en particular en lo que respecta a la configuración competencial.

Luego de la reforma de 2001, la Constitución italiana ha precisado, por su lado, que la "potestad reglamentaria" se mantiene en el nivel nacional cuando se trata de competencias exclusivamente reservadas para este nivel; o pertenece a las autoridades locales cuando son ellas las que tienen la competencia (Rolla, 2001). Todo lo demás, se presume, queda en manos del meso ("regiones").

Según la misma Constitución, la potestad de legislar puede extenderse a las regiones, pero sólo a ellas, mientras que las "funciones administrativas" –que se distinguen de la potestad reglamentaria– son un atributo del nivel local, salvo justificaciones de ascenso competencial. (Debemos adelantar aquí que, a diferencia de lo que hacen los italianos, es mejor llamar "administración" tanto a la "reglamentación" como a la "ejecución" de una competencia).

c) Finalmente, tenemos que estudiar la "autonomía" en el terreno lingüístico. Por supuesto, afirmar que "autonomía" significa "autolegislación" no cuadra perfectamente con la etimología. Podemos entender "normar" simplemente como opuesto a "ejecutar" algo. Ya Weber diferenció el hecho de "normar" del hecho de "darse", uno mismo, autoridad. Por tanto, no es suficiente decir "normar". Al mismo tiempo se debe explicar qué tipo de norma está siendo puesta en juego: una de tipo legislativo o una de tipo reglamentario. Aunque con Cicerón el término griego "nomos" pasó a ser el "lex" latino, ambos no son equivalentes.[5]

5 Una exploración sobre el advenimiento del término "nomos" desde su ancestro más directo ("thesmos": ¿instructivo?) hasta su igualación con "lex" en Cicerón puede verse en C. Schmitt (1959) "Nomos - Nahme - Name" en *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, G. Maschke, Berlin, 1995, 578 ss.

Por eso es que en lo que sigue de este estudio, y conscientes de la natural polisemia del término y de las restricciones de su etimología, hablaremos de "autonomía" en un sentido fuerte, para referirnos a "autolegislación".

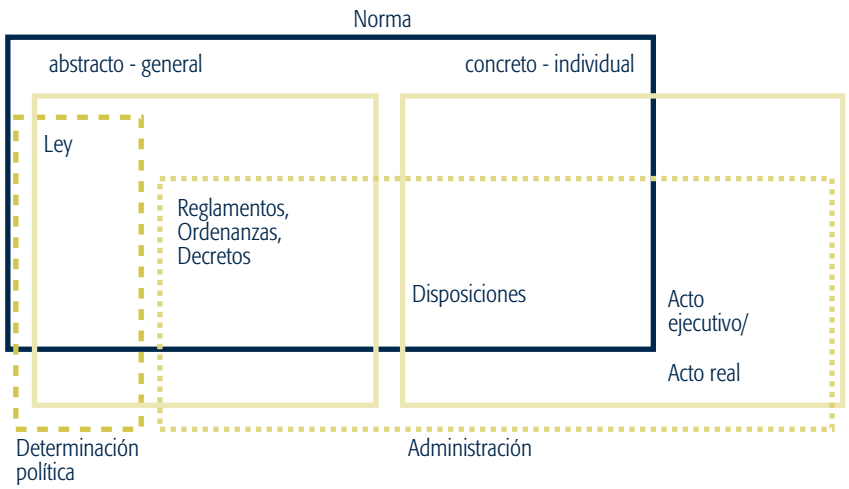
Hay que tener una dosis de paciencia para tolerar otras definiciones que no tienen un carácter estrictamente técnico y son convencionalismos muy difundidos. No tiene sentido pelear por sustituirlas por expresiones mejores. Los debates constituyentes difícilmente están libres de las negociaciones simbólicas. Recuérdese que en la elaboración de la Constitución de Sudáfrica de 1996 se acordó poner el concepto de "esfera" territorial en vez del de "nivel", por el sabor de subordinación que éste último término tenía para el gusto sudafricano (Devinish, 1998).

Cuando el Art. 114 de la Constitución italiana bautiza como "autónomas" a cuatro figuras subnacionales (urbe, municipio, provincia y región), pero luego, en el Art. 117, aclara que –junto "al Estado"– sólo la región puede legislar, salta a la vista que la autonomía tiene distintos grados y alcances. Algo semejante ocurre con el Art. 137 de la Constitución española, que otorga autonomía a provincias y municipios, al igual que a las comunidades autónomas, aunque la Ley de Bases del Régimen Local aclara que el municipio sólo posee potestad administrativa.

Si bien estas discusiones de palabras son accesorias, bien pueden enturbiar el debate y por tanto conviene tratarlas.

En todo caso, para nosotros, la autonomía en sentido fuerte es "política", no porque se elijan las autoridades políticas subnacionales, lo que también ocurre en otros casos, sino porque no se trata de *administración* del territorio.

GRÁFICO 3: COMPONENTES NORMATIVOS



Fuente: Sobre la base de Ruch, 2007.

El Gráfico superior intenta resumir lo ya dicho, combinando las categorías de tres autores. Por un lado, el principio de que las normas no tienen por qué ser sólo específicas (Kelsen, 1920).[6] Luego la idea de que el gobierno incluye la determinación política y la administración. Y que la administración también puede generar normas generales (Jellinek, 1910). Finalmente, la distinción entre la toma decisiones políticas sustantivas frente a su ejecución o control (Löwenstein, 1957).

Hemos destacado ex profeso la relevancia que tiene la autolegislación como detonante de transformaciones territoriales estructurales. Ese énfasis tiene sus riesgos. Por un lado, omite las evidentes zonas grises que existen en la hipótesis de que la norma tipo ley saldría de un legislativo, mientras que la norma tipo reglamento saldría de un ejecutivo. Resulta que en la dinámica diaria de los gobiernos esto no es tan simple ni está tan separado. Muchas constituciones habilitan al ejecutivo para que emita normas comparables a las legislativas, si bien con resguardos. Más allá de ello, como nos lo recuerda Craig en torno al caso británico, el ejecutivo acaba cooptando la acción legislativa. La creciente tecnificación de los procesos de gestión pública hace que el papel del ejecutivo y sus equipos de expertos adquieran un papel preponderante (Craig, 2005).

El otro riesgo de hacer equivaler directamente "autonomía" y "autolegislación" es que parecería que tratamos de darle un enfoque "legislativista" a los procesos de descentralización. Está claro que éstos no se agotan en el dar o no dar legislación, por mucho que esta condición sea estructural. Una territorialización de porte trae consigo una serie de fenómenos, efectos y configuraciones que relativizan la importancia de la autolegislación.

4. La cualidad gubernativa: *¿Por qué la autolegislación no lo es todo?*

Pasamos a considerar la conformación de los órganos políticos subnacionales, el ejecutivo y el órgano deliberante, sabiendo de antemano que, dada nuestra definición restringida de "autonomía", este último es un legislativo (pero no todo órgano deliberante debe serlo. De hecho, las asambleas departamentales colombianas, que la Constitución define sugerentemente como "corporaciones *administrativas*",[7] deliberan pero no legislan, aunque sí norman reglamentariamente).

Una territorialización profunda del poder exige que las autoridades políticas sean directa democráticamente elegidas. Por otra parte, no hace falta recordar que la sola elección de las autoridades subnacionales, sin autolegislación, no es suficiente para dotarle a un ente de "autonomía", tal como la concebimos. Cuando se elige democráticamente a las autoridades, sin concederles la facultad de legislación, el resultado es una *desconcentración*.

6 En esta misma línea, véase Millar, E. (2006) "Qu'est-ce qu'une norme juridique?" en *Cahier du Conseil constitutionnel*, No. 21.

7 Cursiva del autor.

Autonomía y autocefalía (Weber) constituyen, pues, el piso del proceso de configuración de un poder subnacional.

Pero restan todavía otras variables que confluyen en una descentralización profunda. El ámbito subnacional tiende a la mímesis. Los entes territoriales aspirantes suelen desplegar una red de instituciones, órganos y agencias que replican, hasta donde es posible, el organigrama del nivel nacional. Por ello surge, tarde o temprano, una discusión sobre la situación en la que, luego de la territorialización del poder, quedarán las cortes, las contralorías, las superintendencias, pero también las agencias estatales especializadas y otros organismos. Muchas veces, ciertos servicios estatales del nivel nacional ya existen en el área subnacional, por ejemplo los juzgados y las agencias de recaudación impositiva. La territorialización profunda no puede dejar de afectar a estas entidades y a sus funciones.

Hasta aquí hemos planteado un primer bloque de variables referidas a la institucionalidad territorial (autonomía, autocefalía y mímesis orgánica). Pasemos ahora a analizar un otro grupo de asuntos.

Este segundo bloque incluye dos problemas muy conocidos: la estructura competencial y la cuestión financiera. Se trata de dos aspectos de la provisión estatal de servicios. Para comenzar, los entes territoriales que gozan de un poder superior tienen, reconocidamente, un conjunto de asuntos propios. La doctrina austriaca refleja este principio cuando el Art. 118 de la Constitución de este país distingue, para el caso municipal, el ámbito "propio" y el ámbito "traspasado" de competencias.

La noción de "propio" es compleja, pues junto con la evolución socio-histórica y tecnológica cambian las competencias que pueden considerarse "locales", "regionales" o "departamentales". Algunas teorías optimistas quieren que lo social sea tendencialmente local y el desarrollo económico tendencialmente meso, dejando al nivel nacional el manejo de los bienes públicos puros.

Por otra parte, se considera que los "asuntos propios" deben ser manejados de forma exclusiva por el ente territorial concernido, bajo una codificación clara en el catálogo competencial.

Existen, entonces, dos formas de entender lo mismo. Lo siguiente es buscar una coincidencia entre lo "propio" en el sentido de competencia que corresponde con las características del nivel (los parques son *propiamente* municipales) con lo "propio" en el sentido de todo asunto que no se produce por encargo de un superior.

En el primer sentido, la noción "propio" no sólo alude consideraciones de escala, sino también de eficiencia. El profesor Schmitt-Eichstaedt propone, por ejemplo, que la determinación de lo "propio" se derive de las facilidades de procesamiento de la información que se calcule como necesaria para alimentar una decisión administrativa adecuada a las preferencias ciudadanas y sus peculiaridades; y de la posibilidad de hacer converger al *decisor* con el *afectado* de las actuaciones estatales (Schmitt-Eichstaedt, 1981: 137).

Por otra parte, muchas veces los asuntos "propios" por escala o por identidad (es decir, por familiaridad entre un asunto y el organismo encargado del mismo) son asumidos por otros niveles estatales debido a la escasa musculatura gerencial del proveedor natural de la competencia.

El Art. 29 de la Constitución alemana acoge muchos de los criterios recién analizados al momento de normar los límites territoriales del meso. Tal definición depende, entre otras cosas, de la posibilidad gerencial de los entes para proveer servicios y toma en cuenta las vinculaciones culturales e históricas, la optimización económica y las dimensiones geográficas.

El obvio correlato de las competencias asignadas está en los recursos para financiarlas. Y aquí aclaremos otra cosa. No se trata simplemente de contar con recursos suficientes para determinadas competencias, independientemente de su fuente y de su modalidad de uso. El ente territorial debe poder contar con garantías de ingresos. Por eso una parte de estos deben ser propios, sea en sentido amplio (que incluye las transferencias de un nivel territorial superior siempre y cuando éstas no sean condicionadas) o restringido (sólo incluye los impuestos propios y otros ingresos autogenerados).

Tanto la reforma constitucional italiana de 2001 como la francesa de 2003 incluyeron cláusulas sobre los recursos financieros propios. El Art. 119 de la Constitución italiana, por ejemplo, insiste en distinguir la autonomía del ingreso frente a la del gasto, y garantiza que los territorios obtengan recursos como fruto de la decisión política de sus habitantes.

Francia puso en su Constitución el principio de que los recursos propios deben representar "una parte determinante" de los ingresos territoriales. Sin embargo, se discutió desde un inicio cómo definir "parte determinante". Finalmente, tuvo que ser el Consejo de Estado[8] el que determinara que el presupuesto ya asignado al ente territorial también debía considerarse dentro de la "parte determinante". Los críticos apinaban que este parámetro medía la suficiencia económica de un territorio, pero no su esfuerzo financiero.

Veamos ahora otra característica de una descentralización profunda. El ente territorial verdaderamente descentralizado debe estar blindado, por regla, al *control de oportunidad*. Las ya varias veces citadas reformas italiana y francesa coincidieron al respecto. En el caso de Italia, la reforma disminuyó el alcance del control de oportunidad interniveles (D´Atena, 2007), mientras que en Francia se ha eliminado la tutela entre colectividades territoriales que implicó, en algún momento, el control *a priori* de los prefectos por parte del gobierno nacional, lo que desactivaba la descentralización. Ahora el control se halla en manos de instancias jurisdiccionales y por tanto ya no es de *oportunidad*, sino de *legalidad*.

Cuando un ente está sujeto a un control de oportunidad significa que no es más que el agente de un principal (por ejemplo, del nivel nacional). A menudo este "control" se produ-

8 Decisión 2004-500

ce con anterioridad al hecho administrativo. En cambio, el control de legalidad debe ventilarse en la justicia administrativa y es *a posteriori*.

En la Constitución alemana, la sujeción al control de oportunidad o a una combinación de éste y el control de legalidad está consagrada en los Arts. 83 y 86. Cabe hacer notar que dicha normativa sirve para cuando el nivel nacional ha decidido desprenderse de la administración de una competencia. En los casos en los que este traspaso no exista, sea porque la competencia es privativa del nivel nacional, o porque es exclusiva del meso, no se aplica. Por lo general, para las materias exclusivas subnacionales se prefiere el control de constitucionalidad.

GRÁFICO 4: LA CUALIDAD GUBERNATIVA

Podemos ahora sintetizar lo dicho en este acápite reuniendo bajo un sólo concepto los factores mencionados. Así pues: a) autonomía, b) autocefalía, c) mímesis organizacional, d) ámbito de asuntos propios, e) fiscalidad propia y f) sujeción por control de legalidad, cuando existen sincrónicamente en un determinado grado producen lo que se llamará *cualidad gubernativa*.

Por tanto, un territorio goza de cualidad gubernativa no sólo cuando elige a sus autoridades. Al mismo tiempo se tiene que detectar la existencia de los otros factores. Algunos entes territoriales *parecen* tener cualidad gubernativa, pero una revisión pausada puede develar que ese no es el caso. El que unos territorios no tengan cualidad gubernativa puede ser una decisión premeditada y, en más de un caso, una forma óptima de territorialización del Estado. Sin embargo, sólo la distribución de la cualidad gubernativa expresa un elevado grado de estatalidad subnacional.

5. Espacio y Estado: *¿Por qué todo territorio es espacio pero no todo espacio es territorio?*

En las discusiones sobre "regiones" ha surgido siempre la necesidad de saber de qué realmente se está hablando. En la teoría económica cobró importancia el concepto de *clusters*, pero no quedó muy claro cómo éste se articularía con la descentralización. Más de uno ha quedado sorprendido con esas normas que supuestamente son de ordenamiento *territorial*

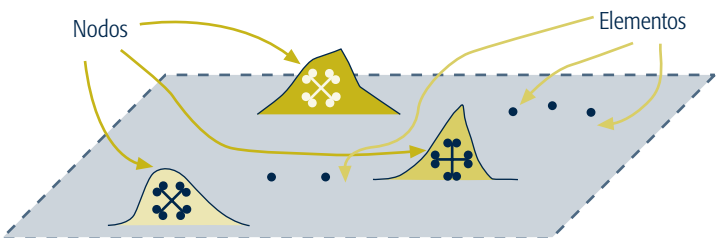
pero engloban asuntos correspondientes al ordenamiento *espacial*. Toda la discusión sobre "territorios originarios", "habitat" y otras nociones parecidas ha incrementado las dudas sobre el significado de "territorio" y, a la vez, sobre la importancia del concepto de espacio. Este acápite procura proporcionar algunas pautas sobre este tema. Para eso es necesario comenzar con una discusión general sobre el espacio, a fin de llegar, después, a sus formas más complejas de manifestación.

Comencemos recordando que se ha dicho que, en los humanos, la noción de espacio precedió a la de tiempo (Jammer, 1954: 3). Análogamente, se puede decir también que, antes del Estado, está el espacio. Éste no necesita del Estado para existir. Puede considerarse que el espacio es una suerte de "contenedor" y que algunos de los elementos que se encuentren dentro de él convergen sobre la base de un determinado patrón de *relaciones* entre ellos (Schaztki, 1991: 651) o por efecto de la *similitud* de sus rasgos. A diferencia del concepto newtoniano de espacio *absoluto* –según el cual éste puede ser independiente de los objetos o del mismo tiempo– el espacio no es sólo un concepto relacional, sino *relativo*, en la medida en que depende de los objetos que contiene y en cómo estos se mueven (Sack, 1980: 326).

En la visión de Leibniz (Läpple, 1992: 108) el espacio consiste en redes de relaciones entre las cosas, aunque también es posible que contenga elementos aislados que no respondan a una determinada cohesión en torno a algo ni a la homogeneidad (Paasi, 1986: 115).

Como quiera que fuera, a partir de aquí a estas redes de relaciones y a estos agregados por rasgo común los llamaremos *nodos espaciales,* recalcando que su existencia se establece sin importar, por lo pronto, lo que el Estado haga en relación a ellos.

GRÁFICO 5: NODOS ESPACIALES



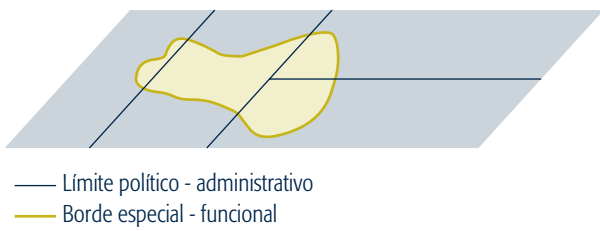
Ahora tratemos de averiguar la relación entre estos nodos y el Estado. Para no entrar mal a esta difícil cuestión debemos comenzar aclarándonos lo siguiente. Resulta que los nodos espaciales tienen *bordes* que no son fronteras o límites político-administrativos (Simmel, 1994: 694). Por ejemplo, los complejos biofísicos, medioambientales o geoeconómicos. Ahora bien, aunque la noción de territorialidad es impensable sin el concepto de límites, no todo aquello que en el espacio tenga límites debe ser necesariamente un territorio. Está de-

más decir que tener bordes tampoco implica la posesión de un caparazón hermético, pues los nodos espaciales, para su propia reproducción, necesitan intercambiar información con sus entornos (Portugali, 2005: 652).

Ahora bien, ¿dónde se ubica el borde del nodo espacial? Pues hasta donde existe un efecto mensurable de las interrelaciones de sus elementos concatenados (Poeschel, 2004: 422), sea por vínculo funcional, es decir, por sus "leyes de movimiento" (Bourne, 1980: 400), o por solidaridad de rasgo.

Vale la pena insistir en que estos nodos existen independientemente de que el Estado se interese o no por ellos. Para existir tampoco requieren de un observador, lo que entra en tensión con la teoría kantiana del espacio, que lo considera una habilidad apriorísticamente instalada en el sujeto para su apropiación perceptiva del mundo (Kant, 1787: 72).

GRÁFICO 6: BORDES Y LÍMITES



No siempre es posible la concordancia entre los bordes de los nodos espaciales y los límites político-administrativos (Rumley, 2002: 20). Esta discrepancia ha sido un eterno dolor de cabeza, tanto para la ingeniería social como para las revoluciones justicieras. Al enfoque ingenieril le parece ineficaz no expresar administrativamente esas redes con externalidades positivas que constituyen un espacio. Al justiciero le parece una desfachatez resignarse ante la invariabilidad de los límites político-administrativos, que han fragmentado culturas y pueblos y que acrecientan las desigualdades. Ambas ansiedades se fundieron conocidamente en los jacobinos con los resultados conocidos de un intento de "sanación" ingenieril-justiciero aplicado a la división político-administrativa del antiguo régimen (Ozouf-Marignier: 1986: 1194 / Schmitt, C. 1921: 153).

Los nodos no sólo se forjan alrededor de variables geofísicas, sino en torno a redes de relaciones o rasgos comunes, que pueden ser de variada índole: la económica, la urbana o la infraestructural, por no mencionar las relaciones más complejas de tipo socio-identitario. Con el tiempo, la sociedad busca dominar esas relaciones y desarrolla el *ordenamiento espacial* como una disciplina particular que, en tanto trabaja específicamente con las concatenaciones funcionales de factores o con agregados por rasgo común, no es sinónimo de *ordenamiento territorial*.

En la tradición alemana del ordenamiento espacial (elevado, por lo demás, a rango constitucional en el Art. 77 de la CP alemana), el criterio de *funcionalidad* aparece bajo la forma de "enmarañamientos" de los flujos de desplazamiento humano, de los sistemas de transporte urbano metropolitano o de las configuraciones de formación estelar de los asentamientos humanos (Blotevogel, 1996: 58). El concepto de *homogeneidad* sirve para detectar porciones del espacio coherentes a causa de algunos atributos compartidos (Weichhart, 1996: 34). Ambas visiones no se contradicen, pues estamos hablando de espacios homogéneos y/o funcionales.

La espacialidad, para ser tal, debe ser un efecto genuinamente atribuible a la posición de los objetos o sujetos, a los radios dibujados por sus interrelaciones, a los efectos de la aglomeración, la estrechez, la lejanía, la cercanía y la distancia de los actores sociales (Simmel, 1992: 716). En este contexto, vale la pena recordar que la injusticia social puede provenir de lo que se ha llamado (in)*justicia espacial* (Davoudi, 2007: 3) aunque se ha advertido, al mismo tiempo, en contra de cargar la iniquidad social a la espacialidad, cuando es probable que su origen sea más bien social o económico (Bourdieu, 1991: 33).

Al distinguir el *borde* de un nodo espacial funcional/homogéneo y la *frontera* de los entes político-administrativos, iniciamos la discusión en torno a las relaciones entre el Estado y el espacio. Veamos un poco más de cerca estas relaciones.

En las sociedades humanas aparecen unos nodos particulares en los que se configura una pugna por el dominio político. Como es conocido, Weber (1980) propuso que las relaciones de dominio se llamen "políticas" cuando integren las variables de coerción, espacio y administración.

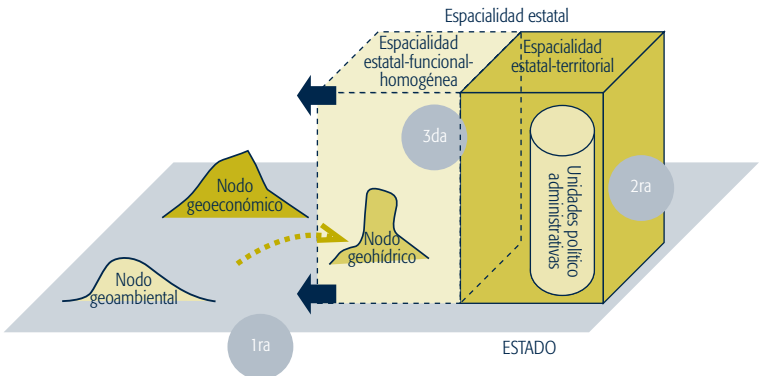
Algún momento unos de estos nodos se rutiniza en lo administrativo y se impone en lo coercitivo, desplazando a los demás. Sólo uno de ellos vence hasta alzarse con el monopolio de la coerción legítima (Weber, 1980: 81) y podemos afirmar entonces, figurativamente, que el Estado ha nacido como una particular forma de especialización de las relaciones políticas de dominación, que, por lo demás, implican siempre un efecto espacial. El *territorio* es pues la forma de manifestación del espacio cuando surge lo político, y se tecnifica y generaliza sin precedentes a través de una de las modalidades de lo político, que es el Estado propiamente dicho, cuyo nacimiento –como se acaba de sostener con Weber– se basa en el monopolio de la violencia legítima.

Ahora bien, la relación que entabla el Estado con el espacio no es de una sola vía y tiene tres momentos:

a. Mediante el despliegue de un manto de dominio espacial, de modo que todo lo que caiga dentro sea potencialmente afectado por el Estado (Simmel, 1907: 206).
b. A través de la creación de unidades político-administrativas y el diseño de una malla territorial para el ejercicio rutinizado y concreto del poder estatal.

c. Cuando el Estado, adicionalmente, decide incorporar a su práctica rutinizada nodos de índole especial (geoeconómicos, medioambientales, etc.) para ampliar y diversificar sus actuaciones de gestión pública, aunque sin llegar a convertir necesariamente dichos nodos en unidades político-administrativas, por mucho que se hallen afectados activamente por él.

GRÁFICO 7: RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y EL ESPACIO



La espacialidad estatal, entonces, se expresa con diferentes intensidades. Hay porciones de espacio que prácticamente existen sin contacto real con el Estado. Hay incluso situaciones en la que porciones de la geografía simple y llanamente no conocen al Estado ni siquiera tácitamente.

Cuando hablamos del espacio como "territorio" debemos aceptar que lo que eran "bordes" de un espacio funcional/homogéneo se han vuelto "fronteras". Pero sucede algo aún más decisivo. El nodo político-administrativo que, como apropiación espacial concreta y activa del Estado, no es otra cosa que la territorialidad misma, acaba desviándose de su origen y se convierte en una concepción universal, multipropósito y, por definición, heterogénea. Las unidades espaciales de tipo territorial son pues, por regla, heterogéneas. Es llamativo que esta inevitable evolución de las cosas sea para muchos observadores arbitraria, cuando no injusta.

6. La cuestión regional dentro de los Estados: *¿Qué tipos de regionalización existen?*

Hemos sentado las bases analíticas para encarar el tema de la regionalización, ya que hemos visto que además de la apropiación tácita del espacio por el Estado, primero, y de la creación de unidades político-administrativas, segundo, el Estado puede también apropiarse de los nodos espaciales y usarlos para la provisión de servicios.

Sin embargo, tenemos que admitir que el término "región" puede también ser empleado para denominar unidades político-administrativas de la escala meso (Italia o

Chile), o dentro de una unidad meso (Inglaterra). Debemos dejar de lado esta posibilidad por un momento, para mantener una discusión de la "región" desde la perspectiva del ordenamiento espacial.

Vimos en ese sentido que el Estado puede apropiarse del espacio, aprovechando los nodos funcionales u homogéneos para el despliegue de su rutina administrativa, sin que, por ello, estos nodos se transformen necesariamente en unidades político-administrativas. Recordemos que dichos nodos existirían igual si el Estado no se los apropiara y que tienen, por tanto, una vida propia, la cual se explica por la interrelación o por la solidaridad de los rasgos de sus factores.

¿Por qué el Estado tendría interés de apropiarse de esos nodos? Por razones de utilidad pública en la provisión de bienes y servicios estatales. Tomemos el caso de los nodos de transporte conurbano y de los nodos geoeconómicos. Razones de eficiencia, protección ambiental y otras pueden hacer que estos espacios sean objeto del apoyo estatal.

Pues bien, cuando un nodo funcional u homogéneo es absorbido por la maquinaria de la gestión estatal decimos que se produce una *regionalización* primaria. Es lo que otra literatura ha llamado "región como unidad de acción" (Weichhart, 1996: 29 ss); "región de actividad" (Blotevogel, 1996: 58ss); o "región normativa" (Wiechmann, 2000:176)

Una ventaja inocultable de los límites regionales es que, al ser bordes espaciales, pueden cruzar o sobreponerse a las fronteras político-administrativas. El desafío es, justamente, evitar que las operaciones estatales en los nodos debiliten el cumplimiento de las competencias que poseen las unidades político-administrativas.

También se pueden formar regiones respetando los límites político-administrativos, pero en tal caso éstos sólo servirían como criterios de referencia. Auténticamente, la región no es otra cosa que una forma de manifestación de un espacio funcional/homogéneo.

Un espacio puede ser conformado desde arriba como desde abajo. La mancomunidad de municipios acaba siendo un espacio funcional/homogéneo por decisión de los municipios asociados, mientras que la "región" suele constituirse por una instrucción de arriba, muchas veces como resultado de la planificación estratégica estatal. En esa medida, para constituirse, la "región" no dependerá necesariamente de los límites político-administrativos ni de las decisiones de las autoridades de las unidades político-administrativas que forman parte de ella.

Al ser la región *primaria* resultado de una apropiación espacial del Estado, no se excluye que *posea un aparato administrativo* aunque sin ser, por eso, una unidad político-administrativa. También es posible que en la región se formen órganos deliberantes. Sin embargo, por mucho que tenga una máxima autoridad ejecutiva, un directorio social y un aparato administrativo, la región no deja de ser un *ente espacial y no territorial*.

Un ejemplo de regionalización primaria nos lo ofrece el Brasil. En el Art. 43 de la Constitución brasileña se establece que "a efectos administrativos la Unión podrá articular su

acción en un mismo complejo geoeconómico y social...". Dos de los conceptos explicados aquí aparecen nítidamente en la fórmula brasileña: la idea de nodo ("complejo geoeconómico") y la idea de apropiación estatal ("a efectos administrativos").

Luego, en su Art. 23, esta Constitución añade la opción de regionalizaciones intra-meso. Si la región del Art. 43 tiene como creadora a la Unión, en el Art. 23 se establece que "los Estados [unidades meso federadas] podrán... instituir regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y microregiones constituidas por agrupaciones de municipios limítrofes para integrar la organización y la ejecución de las funciones públicas de interés común...". La conclusión que podemos sacar es que la región, como ente espacial de intervención estatal, puede tener diferentes escalas.

No es imprescindible que la regionalización se inscriba en una Constitución: podría ser parte de leyes subconstitucionales. Su ascenso al rango constitucional, sin embargo, tampoco parece ser un contrasentido, siempre y cuando, en cualquier caso, se delimite bien su utilidad y naturaleza. En la dinámica de la gestión pública, bajo determinadas condiciones, se torna imprescindible aprovechar las relaciones sociales que sobrepasan los límites político-administrativos, sea por externalidades o por economías de escala. El espacio fucional/homogéneo, bajo la forma de región, permite canalizar estas relaciones para beneficio de los ciudadanos. Esto es posible porque, como ya hemos señalado, los bordes de las regiones son fluidos (Kunzmann, 1996: 87). Con la regionalización, el Estado se dota de una herramienta para internalizar los problemas o las virtudes de los nodos, algo que las unidades político-administrativas, por su rigidez, no pueden ofrecer.

Adicionalmente, debemos tomar en cuenta dos contrastes entre la región, espacio funcional/homogéneo, y toda unidad político-administrativa. Por principio, la unidad político-administrativa no sólo es más rígida, sino también, como ya se anticipó, heterogénea, mientras que el ente espacial es homogéneo. Por otro lado, la unidad política-administrativa busca ser multitemática, mientras que los espacios regionales primarios tienden a lo monotemático. Ésta es justamente su virtud como herramientas alternativas de gestión pública.

Esto no significa que no hayan regiones espaciales de perfil multitemático, como las inglesas de finales de los 90 (Bianconni/Gallent, 2006: 321). En Alemania tampoco han faltado regionalizaciones multipropósito (Mecking, 1995: 138), por ejemplo la "región de planificación", aunque no se tradujeran en acciones concretas de gestión pública.

También se ha dado el caso de que, habiendo nacido con perfil monotemático, las regiones acaben siendo multitemáticas; ésta fue la evolución francesa de la región (Greffe, 1984). Notablemente, esta evolución coincide con la transformación de la región en una unidad política-administrativa, lo que corrobora nuestra hipótesis.

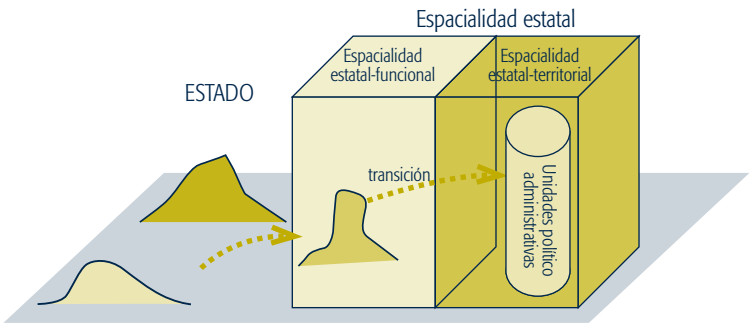
Cuando, como sucedió en Francia entre 1982 y la reforma constitucional de 2003 (Art. 72), lo que fuera un nodo espacial funcional/homogéneo se acaba convirtiendo en una unidad político-administrativa, llamaremos a esta conversión una *regionalización secundaria*.

La Constitución colombiana contiene una interesante versión de regionalización secundaria. Según su Art. 286, "los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas" son de entrada "entidades territoriales", pero la ley podrá conferir a las "regiones" el mismo carácter.

Por su lado, el Art. 306 establece que la región puede ser una mancomunidad de departamentos para fines de planificación y administración. Se acepta que estos espacios tengan un cuerpo institucional, es decir, "personería jurídica, autonomía y patrimonio propio. Su objetivo principal es el desarrollo económico y social del respectivo territorio".

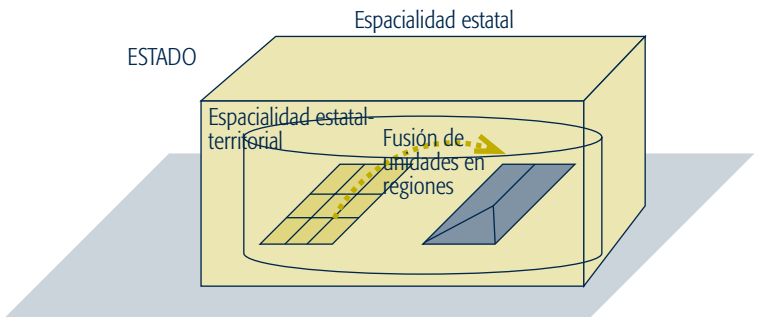
En suma, la región puede o no convertirse en "entidad territorial". En el primer caso, el Art. 307 impone que, una vez normada la "conversión" de una región en entidad territorial, la decisión congresal sea sometida a referendo departamental.

GRÁFICO 8: REGIONALIZACIÓN SECUNDARIA



Existe una tercera forma de regionalización que surge cuando las unidades político-administrativas se agregan, pero no para hacer una mancomunidad, sino una nueva división político-administrativa estable. El ejemplo más llamativo de esto –que puede llamarse una *regionalización terciaria*– fue el fallido caso peruano de regionalización de mediados de esta década.

GRÁFICO 9: REGIONALIZACIÓN TERCIARIA



La idea fue que los departamentos fueran fusionados en regiones, con el propósito de buscar una mayor racionalidad geoeconómica. Sin embargo, desde una perspectiva menos constructivista, ingenieril y justiciera, era fácil constatar, de partida, que no había coincidencia entre las "regiones económicas" y las "regiones geopolíticas" (Gonzales de Olarte, 2006: 15). Sin embargo, se procuró una convergencia entre ambas realidades, dejando la última palabra al voto ciudadano. Era una aspiración loable y entendible. Ahora bien, eso no suele ser suficiente para lograr el éxito.

La regla es que resulta contraproducente que las burocracias tecnocráticas o revolucionarias fuercen la coincidencia de las dos dimensiones. Cuando el espacio funcional-homogéneo genera unidades político-administrativas, el éxito dependerá de que se trate de una transformación orgánica –y generalmente lenta.

7. "Tierra y territorio": *¿Es una reforma agraria sinónimo de reforma territorial?*

Cuando en el Convenio 169 de la OIT se habla de las "tierras que ocupan" los pueblos indígenas y, más abajo, de las "regiones donde habitan", es evidente que se mantiene una cierta coherencia, diferenciando lo que es un factor productivo –la tierra– de lo que es un emplazamiento espacial –la región.

Pero el mismo texto del Convenio contiene confusiones con las cuales es urgente lidiar. Por ejemplo, se implica allí, bajo el concepto de "tierra", el de "territorio", aunque después se use este último término en el sentido de "totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan". Por tanto, considerar sinónimos a "tierra" y "territorio" (Art. 13/2) no parece haber sido una decisión feliz en términos de claridad técnica y de coherencia conceptual. Mejor hubiera sido decir que el concepto de "territorio" es el que implica el de "tierra", aunque, tarde o temprano, afloraría la constatación de que se trata de dos cuestiones distintas.

Como era previsible, luego el Convenio se ve obligado a diferenciar, en la práctica, la cadena conceptual "territorio/hábitat/región" del concepto "tierra". La "tierra" (Art. 14) equivale a los predios tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas. Su carácter productivo se sugiere cuando el Convenio norma que, en el traslado de pueblos, se prevea que las tierras que se diera a éstos en compensación sean de "calidad" parecida. Los pueblos afectados también pueden optar por un resarcimiento pecuniario. Nada de esto –calidad, compensación dineraria– se aplica al concepto de territorialidad.

La sección del texto constitucional ecuatoriano referida a los derechos colectivos de los pueblos indígenas es impecable en esta materia. No menciona "territorio" sino "tierra", cuando habla de derechos, y sólo cambia en el acápite dedicado a la descentralización, en el Art. 224, donde habla de "circunscripción *territorial* indígena".

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de finales de 2007, en lugar de aclarar la diferencia entre tierra y territorio que había en el Convenio 169 de la

OIT, ha relajado aún más las distinciones. En el Art. 26 de la Declaración, por ejemplo, se extiende los atributos aplicables a la "tierra", tales como "sistema de tenencia", "posesión" o "adquisición", a la variable "territorio". En otros artículos, sin embargo, da la impresión de que lo que se está normando tiene como objeto, en realidad, a la tierra como factor de producción, y entonces lo de "territorio" no es más que un ruido conceptual. Así, en el Art. 28/II, donde se habla de la indemnización de "igual calidad... o indemnización monetaria".

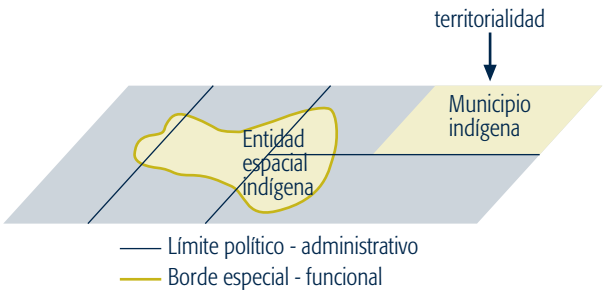
Parece que el binomio "tierra y territorio" se usa como expresión simbólica contra la exclusión indígena, pero hay que mencionar que como par conceptual simplemente perturba el análisis.

Un tema recurrente en este debate ha sido el de la ancestralidad territorial. Algunos autores advierten sobre el hecho de que la dimensión territorial está ya de tal manera entrelazada con el Estado –diríamos ya desde el Estado colonial– que no es realista intentar reconstruir los dominios territoriales ancestrales (Papillon, 2004: 6) en un sentido pleno, incluso aceptando que el advenimiento de ese Estado tuvo un contenido opresor. En esta lógica, la meta realista para los indígenas sería más bien establecer un margen real de "autogobierno" en relación con el Estado, pero sin enemistarse con él.[9]

Los pueblos indígenas pueden darle una *dimensión territorial* a sus reivindicaciones sin impugnar al Estado como el soberano final sobre el territorio. Algo de ello parece implicar el Art. 4 de la Declaración cuando se refiere al "ejercicio del derecho a la libre determinación", estableciendo que ello significa tener el "derecho a la autonomía o autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales [de los indígenas]...".

La Constitución colombiana, en su Art. 329, distingue "territorio indígena" de "entidad territorial indígena" y establece que la conversión de "territorio indígena" (que sería en nuestra nomenclatura espacio funcional/homogéneo) en "entidad territorial indígena" (que sería unidad político-administrativa) debe pasar por varios exámenes congresales.

GRÁFICO 10: ESPACIALIDAD Y TERRITORIALIDAD INDÍGENA



9 Lo ancestral, dicho sea de paso, puede también referirse a la propiedad de la tierra y no sólo a la cuestión territorial propiamente dicha, con lo que se repone la dicotomía conceptual vista hace un instante. Eso se expresa por ejemplo en el Art. 84/3 de la Constitución ecuatoriana, que dice que se mantendrá "la posesión ancestral de las tierras comunitarias y el derecho a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley".

La interpenetración histórica, nunca libre de abusos e injusticias, entre los pueblos indígenas y el Estado que los contiene, empuja las pretensiones de "autogobierno indígena" a insertarse en la malla territorial estatal vigente, antes que a destruirla. Esta *opción espacial* de administración indígena permitiría que las demandas territoriales ancestrales, que resultan inviables en una lógica de "reconstitución", sean posibles como unidades de gestión pública, sin necesidad de desplazar la división político-administrativa.

Por supuesto, los municipios, distritos, provincias o departamentos indígenas sólo podrían merecer este nombre siempre y cuando los gobiernos instalados en ellos demuestren una calidad genuinamente indígena. Ahora bien, como se sabe, mientras más grandes son los territorios, menor es la posibilidad efectiva de aplicarles los sistemas políticos originarios, sistemas que en cambio sí funcionan todavía en ciertas partes, pero a nivel local o regional. En definitiva, la naturaleza indígena de un territorio no puede derivarse de su censo de población, por muy alta que sea la proporción de habitantes indígenas que tenga el mismo.

Junto al tema de "tierra y territorio" viene, por supuesto, el de los recursos naturales. En el Convenio se garantiza el derecho de los pueblos indígenas de "participación en la utilización, administración y conservación" de los recursos naturales, no la propiedad sobre ellos.[10] En el caso de los recursos naturales estratégicos (no renovables y renovables) los pueblos tienen derecho a participar de procedimientos de consulta y a participar en los beneficios, así como a la indemnización por daños.[11]

8. Áreas, colectividades y entidades territoriales: *¿Cuál es la razón de una creciente complejización de las unidades político-administrativas?*

El Estado despliega una malla de unidades político-administrativas en distintos niveles, con diferentes tamaños, diversas funciones y naturalezas varias. La Constitución colombiana, antes de meterse al sistema de entidades territoriales propiamente dichas, anuncia: "*Fuera de la división general del territorio*, habrá las que determine la ley" (Art. 285, cursiva nuestra).

Llamaremos *áreas* a las unidades básicas que todo Estado posee como piso de su organización territorial, y que la anotada formulación de la Constitución colombiana señala como "división general del territorio". Las áreas son inevitablemente desplegadas por el nivel nacional y se escalonan de arriba hacia abajo, pudiendo subsistir como referencias de intervención estatal, independientemente de que, con el tiempo, lleguen a coincidir con unidades político-administrativas más complejas. Las áreas de administración, por definición, sólo admiten un modo restringido y limitado de *desconcentración* de responsabilidades. Una

10 Cf. Art. 15/1 del Convenio.

11 Cf. Art. 15/2 del Convenio

provincia declarada "área" puede acabar obteniendo un estatus de autonomía, pero al mismo tiempo debe ser usada por el nivel nacional como referencia para sus propias operaciones, que como máximo estarán desconcentradas.

Por otro lado, dentro de una provincia, el nivel nacional puede mantener o crear unidades de administración menores, que respeten o no la subdivisión político-administrativa de las provincias.

Una provincia o un departamento también pueden subdividirse en áreas de administración, aunque, por razones de armonización, el ordenamiento territorial los fuerce a compartir estas subdivisiones, ya sea en términos materiales (límites) o nominales (se suele llamar "distritos" a las áreas administrativas, las use quien las use).

En la actual ley boliviana de municipios se dice, por ejemplo: "La distritación municipal deberá realizarse tomando en cuenta los siguientes criterios[…] La distritación municipal conservará la estructura territorial del cantón, allá donde exista coincidencia de factores geográficos, sociales, culturales, económicos y productivos antes señalados..." (Art.166).

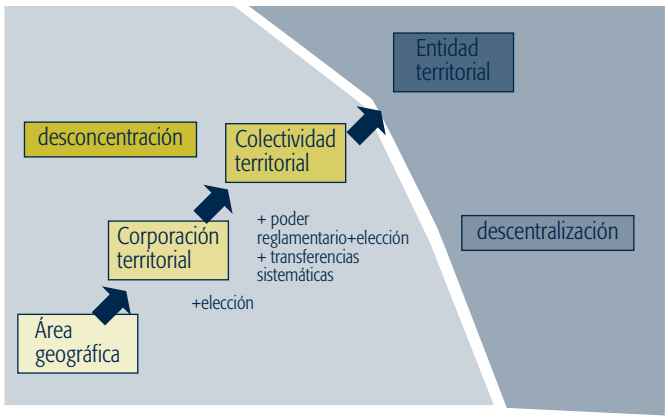
La misma armonización puede también exigirse a los sectores administrativos. En la misma ley de municipios podemos leer que: "Los sectores de salud, educación y otros órganos de la administración pública y entidades privadas deberán adecuar la organización territorial de sus servicios a los criterios de distritación." (Art.167).

No todas las áreas administrativas del Estado son, sin embargo, unidades de provisión de bienes y servicios clásicos. Tenemos que considerar también las circunscripciones electorales de un país, caso ejemplar de áreas de administración estatal (que pueden coincidir o no con las áreas de provisión estatal de bienes y servicios).

Ahora bien, como efecto de un primer paso de complejización, las áreas pueden convertirse en *corporaciones territoriales* cuando adquieren alguno pero no todos los factores de la cualidad gubernativa. Por ejemplo, cuando sus autoridades son elegidas pero gran parte –cuando no todas– sus tareas se cumplen por delegación del nivel territorial superior. En Bolivia, esta extraña posibilidad se expresa en el "cantón", que cuenta con un agente cantonal electo por voto directo, pero con una musculatura administrativa insignificante.

Usando la nomenclatura francesa, se puede analizar ahora un siguiente paso de complejización y convenir en llamar *colectividad territorial* a la unidad político-administrativa que adquiere un nuevo peso y perfil por tener autoridades electas, recursos financieros más o menos sistemáticamente transferidos, competencias libres del control de oportunidad y un poder reglamentario relativamente desarrollado. Las colectividades territoriales ya no son meras áreas ni débiles corporaciones territoriales, sino unidades que han desarrollado la mayoría de los factores de las cualidad gubernativa. Son la modalidad más avanzada de territorialización del poder estatal dentro de los límites de la desconcentración. Al punto de que su aparición suele denominarse como "descentralización", como en el Art. 1 de la Constitución francesa, que califica la organización de la república gala como "descentralizada".

GRÁFICO 11: LA COMPLEJIZACIÓN TERRITORIAL



Finalmente, indaguemos qué sucede si damos un paso más en la complejización del tejido estatal. Entonces vamos más allá de las formas desconcentradas de territorialización estatal y nos topamos con las *entidades territoriales* que gozan de cualidad gubernativa y, por tanto, de autonomía (en el sentido de autolegislación). Cabe apuntar que este ascenso de lo más sencillo a lo más complejo no implica que unas formas desplazan y sustituyen a las otras. En realidad, todas estas modalidades político-administrativas coexisten unas con otras. De hecho, el nivel nacional nunca renunciará a tener sus propias áreas administrativas. Por eso, normalmente, el desafío es armonizar los aparatos y las funciones, una tarea importante tanto por razones de claridad en la rendición de cuentas como de eficiencia.

Anotemos aquí que son los entes territoriales como tales –una provincia o un departamento– los agentes receptores de las competencias territoriales, y no los "gobiernos" subnacionales. Así lo vemos en constituciones como la española o la alemana. En la primera, son las comunidades autónomas (Art. 148), en la segunda, los Länder (Art. 30), los que reciben las competencias.

9. Escalas, estratos, estamentos, niveles y segmentos territoriales: *¿Cuáles son las cadenas posibles de entes territoriales?*

Hasta aquí hemos analizado los entes territoriales en su individualidad. En la práctica, sin embargo, estos acaban conformando cadenas con sus pares. Antes de analizar la diversidad de cadenas conformadas por entes territoriales comparables, debemos hacer una explicación previa sobre las *escalas espaciales* de provisión estatal. Para ello ya contamos con la teorización realizada en torno a lo espacial.

Las escalas permiten una *optimización espacial de la provisión estatal de bienes y servicios*. Cada escala permite la agregación de factores, con lo que se economiza ("economías de escala"), se gana capacidad para internalizar costos y se aumenta el alcance.

Esta agregación suele variar según las condiciones, por lo que son varias las escalas posibles, cada una con su propio óptimo. La escala ciertamente no es algo dado, sino un producto de la interacción de agentes (Mansfield, 2005: 468) o efecto de una relación social (Howitt, 1998: 49). Siguiendo esta hipótesis, se ha afirmado que más lógico sería sostener que las prácticas sociales tendrían siempre una dimensión de escala y no tanto que las prácticas ocurren a escalas preestablecidas (Mansfield, 2005: 468).

Algunos autores insisten en que las escalas, si bien pueden ser finalmente referidas a lo político, no deberían ser automáticamente asociadas al Estado y su administración, y proponen que más bien la escala se entienda como un efecto necesario de la interacción de diversos actores de la sociedad (Delaney, Leitner: 95).

Para nosotros, las escalas son líneas de optimización espacial y, por tanto, *no territorial*. Esta afirmación no es otra cosa que una extensión de la teoría espacial analizada arriba, según la cual los espacios, por ejemplo, los geoeconómicos, no requieren expresarse en el Estado para existir.

A pesar de ello, estas escalas suelen conocerse por medio de una nomenclatura territorial. Por ejemplo, se habla de "escala *supraprovincial*" por la existencia de ciertas operaciones públicas que se realizan óptimamente a una escala superior a la de la provincia, aunque no sea necesaria una "administración supraprovincial". Lo mismo observamos en los procesos estrictamente económicos que suelen usar el denominativo de "región" para llamar a los nodos tecnológicos o de inversión privada especialmente potentes para alentar la innovación productiva (Bunnel/Coe, 2001: 575).

Las escalas también son nombradas de forma más genérica, como cuando usamos el término "local", que puede, según la tradición político-administrativa de cada país, contener más cosas que el municipio.

La escala incluso puede ser sólo un referente de cálculo que nunca se traduce en una provisión estatal.

Es por todas estas consideraciones que las escalas no se relacionan entre ellas por relaciones de mando, aunque nos apresuramos a aclarar que esto no significa que finalmente no se integren en un sistema articulado de forma vertical (Brenner, 2001: 609).

Ahora bien, a partir de un determinado momento, la convergencia entre las escalas de provisión estatal y las líneas territoriales de poder político resulta inevitable. Esto tiene que ver con lo que Parr llama una "centro-coincidencia", o sea, con la coincidencia entre el centro administrativo y el centro funcional de provisión de bienes y servicios públicos (2007: 1257). También las superficies alcanzadas por lo espacial y lo territorial pueden coincidir.

Un país puede tener tantas láminas territoriales como escalas, pero no más. Se podría formalizar este principio según la inecuación:

$$Es \geq ET,$$

Donde: Es, escala; E, estrato; y T, territorial

Llamaremos *estratos* a la primera forma de expresión político-administrativa de las escalas. Desde el instante en que se le llama "estrato", la escala implica administración, recursos y coerción.

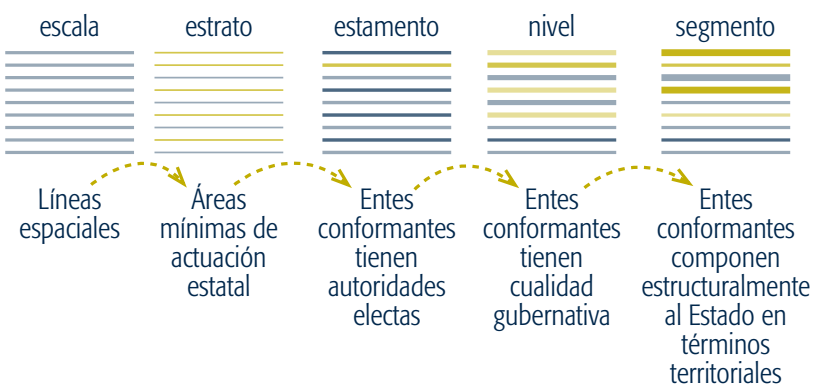
Allí donde el Estado instale una línea de provisión de servicios, por muy básica y limitada que ésta sea, hay ya, por lo menos, un estrato territorial. Se trata de "unidades burocrático-espaciales" (Parr, 2007: 1256), en otras palabras, de las áreas de administración estatal que describimos más arriba.

Es obvio, entonces, que la escala nacional coincidirá con un estrato nacional de administración, que la escala provincial coincidirá con el estrato de las provincias, y así sucesivamente.

Salvo el caso del estrato nacional, que siempre contiene una sola pieza, los estratos territoriales sólo se entienden si se los comprende como cadenas de entes: el estrato municipal está formado por los municipios del país; el provincial, por las provincias; el departamental, por los departamentos, etc. Es importante retener la idea de que todas las piezas en juego –municipios, provincias, departamentos– fungen como áreas básicas, aunque alguna de ellas, simultáneamente, existan como corporaciones o entidades territoriales.

Pero, ¿qué pasa cuando la cadena territorial de piezas político-administrativas reúne piezas de una mayor complejidad que las áreas de administración?

GRÁFICO 12: ESCALAS, ESTRATOS, ESTAMENTOS, NIVELES Y SEGMENTOS



Cuando los entes que conforman un estrato no son simples áreas de operación mínima estatal, sino lo que hemos llamado corporaciones o colectividades territoriales, entonces debemos hablar de *estamentos*. Los entes que conforman los estamentos nos son simples lugares donde el Estado opera directamente. Cuentan con autoridades electas, con un determinado grado de suficiencia fiscal y, en el mejor de los casos, con lo que arriba hemos llamado "poder reglamentario", es decir, con un momento normativo.

Si las piezas son entidades territoriales, o sea, gozan de cualidad gubernativa, la cadena forjada se llamará *nivel*. Un país puede tener, en consecuencia, 10 escalas, 8 estratos, 5 estamentos, pero sólo tres *niveles* territoriales.

Cuando esta interesante constelación de posibilidades no es comprendida por el analista, se confunde escalas, estratos y niveles.

Adicionalmente hay que señalar, como coronación de esta taxonomía, que las láminas territoriales no tienen un mismo *peso estructural*. El Estado discrimina entre ellas, y sólo algunas son parte de la distribución territorial del poder. Por lógica, los privilegiados no pueden ser los estamentos y mucho menos los estratos. La decisión estructural final sólo opera sobre los *niveles*, que, una vez seleccionados, hacen las veces de *segmentos* territoriales. En un país federal, por ejemplo, los segmentos son sólo dos: la federación y la cadena de los entes federados; los municipios quedan invisibilizados.

La teoría de la segmentación es fundamental para discutir los aspectos más estructurales de la composición de lo territorial, como haremos más abajo. Ahora expliquemos otra cuestión más urgente: cuando una misma lámina territorial incluye diversos tipos de autonomía y de administración de los entes.

10. La (a)simetría estructural, competencial y diferencial: *¿Es posible la coexistencia entre entes autónomos y otros que no lo son en un mismo nivel territorial?*

El caso normal es que, se trate de un estrato, de un estamento o de un nivel, las piezas que los conformen compartan el mismo rasgo definidor: tener legislación o no tenerla. Pero en la realidad puede suceder que, dentro de la misma lámina territorial, una pieza se *desvíe*, por así decirlo, de la "media estructural".

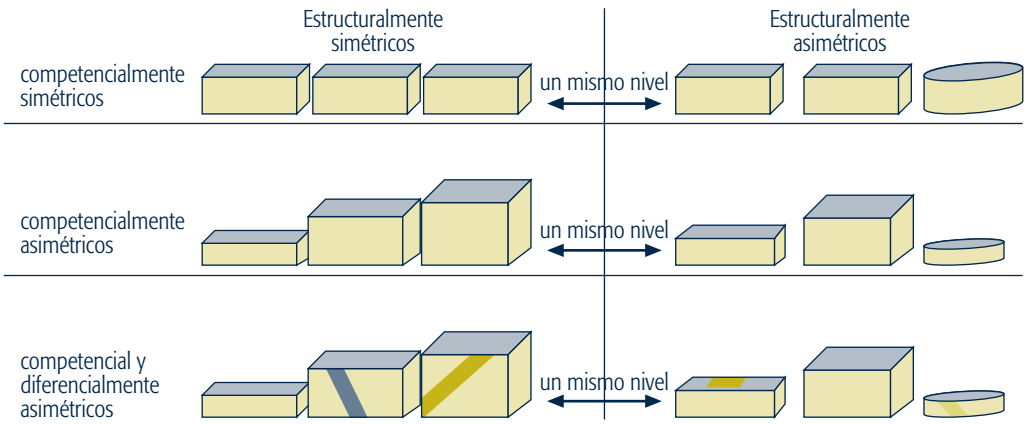
El *nivel* territorial, por ejemplo, en principio debe estar formado por entes territoriales con cualidad gubernativa. Sin embargo, puede suceder que una o más de sus piezas no posea este rasgo. Tal es el caso paradigmático de Gran Bretaña, que en 1999 ha concedido a Escocia, pero no a Gales, la facultad de legislación (Jones/Williams, 2004: 80). En cierta forma este fenómeno se da también con ciertos entes franceses de ultramar, que gozan de mayores márgenes de autonomía que las regiones de la Francia continental.

El hecho de que una de las piezas de un nivel territorial tenga diferente peso no implica que forme parte de un nuevo nivel, pues la escala es la misma. Un país con esta asimetría –que llamaremos estructural– tiene un mismo número de niveles territoriales, pero en uno de ellos no todas las piezas comparten el mismo gen estructural. Unas pueden gozar de autonomía (entendida como autolegislación), mientras que otras carecer de ella.

En países como Alemania no existe tal asimetría estructural, pues todas las piezas que componen el meso gozan de cualidad gubernativa.

Cuando se presenta la simetría estructural se hacen más nítidas las diferencias derivadas de la capacidad gerencial y del tamaño de los entes territoriales. No siempre todos los entes de un mismo estamento o nivel tienen la posibilidad de asumir igual cantidad de competencias. En España este fue el diseño constitucional: se posibilitó que los estatutos de cada comunidad autónoma reclamaran las competencias que pudieran cumplir de acuerdo a sus capacidades. Así, puede haber simetría estructural, pero, al mismo tiempo, *asimetría competencial*.

GRÁFICO 13: MODALIDADES DE ASIMETRÍA



A estas dos formas de asimetría hay que agregar ahora una tercera, para completar el cuadro. Si, como ocurre en Canadá, dentro de un mismo nivel territorial todos legislaran, pero uno –Quebec– lo hiciera siguiendo un sistema jurídico distinto (Smith, 2005:2), tendríamos este nuevo espécimen de asimetría: la de tipo *diferencial*. Dentro del mismo nivel territorial, alguno o algunos entes territoriales se dotan de una particularidad que los distingue.

Las asimetrías diferenciales pueden producirse en diversas temáticas. Esto es notorio en Bélgica, por ejemplo. Los flamencos han fusionado los órganos políticos de la "comunidad" meso con los de la "región" meso, mientras que los walones han preferido no hacerlo. También puede producirse una asimetría diferencial por causas fiscales, que fue lo que sucedió con el llamado arreglo de "concertación económica" vasco, que se desvía del régimen común válido para la mayoría de las comunidades autónomas españolas.

Vimos que las asimetrías estructurales no generaban nuevos niveles territoriales, pero sí pueden configurar *tipos* de territorialización distintos en un mismo nivel ("departamento autónomo" vs. "departamento desconcentrado"). En cambio, las asimetrías diferenciales no pueden hacerlo.

11. Disociación entre el Estado y el nivel nacional: *¿Cómo evitar que el nivel nacional pretenda ser el ordenamiento supremo?*

De acuerdo a nuestras premisas, es lógico sostener que el nivel nacional también es autónomo. Algunos especialistas reaccionan desconcertados frente a esta afirmación, pues creen que se está poniendo en debate la soberanía. En realidad, la soberanía está en el pueblo y en el Estado, pero no en el gobierno o nivel nacional del Estado.

Las leyes emanadas por el Congreso nacional son la prueba de la autonomía de este nivel (que no es la del Estado).

¿Cómo comprender esto? Las primeras luces al respecto nos las dan los llamativos cambios que se introdujeron en la Constitución sudafricana en 1996 y en la italiana en 2001. En la primera, el Art. 40 habla de que en lar, el gobierno se compone de tres "esferas": la nacional, la provincial y la municipal. Por tanto, se deslinda la república de la "esfera nacional". La reforma italiana es, por su lado, más atrevida, pues el Art. 114 hace que la república se componga de municipios, urbes metropolitanas, provincias, regiones y *el Estado*. Por tanto, el Estado es uno de los componentes de la república, igual que los municipios o las provincias.

Al no confundir república y "esfera nacional", la formulación sudafricana evita que el nivel nacional se convierta en la dimensión final, englobadora de todos. La llamada "esfera nacional" está tan por debajo de la república como las demás "esferas" subnacionales. La redacción italiana es más enigmática, ya que el uso de la noción de "Estado", como una de las partes de la república, no resulta la más feliz. Aunque no cabe duda de que en realidad se hace referencia al "nivel nacional".

En un reciente reporte del Consejo de Estado español se aborda esta cuestión. Según este dictamen, la Constitución española emplea el término "Estado" en dos sentidos. En un caso se trata de una referencia a la "organización jurídico-política de España"; en el otro, de "solo el aparato institucional cuyo poder se extiende a la totalidad del territorio nacional y monopoliza las relaciones exteriores" (CE, 2006: 167). El Consejo afirma también que esta "ambivalencia" conlleva "malentendidos en la vida política".

Este dilema teórico tiene su fuente más famosa en la propuesta del Kelsen de distinguir, dentro de lo territorial-estructural, un ordenamiento general ("Estado global") del Estado en su nivel nacional (Kelsen, 1967: 200). El Tribunal Constitucional alemán coqueteó en sus inicios con esta teoría (Schwage, 2004: 553) pero con el pasar de los años se distanció de ella notoriamente (Haug, 2004 :190). Como lo demuestran los casos sudafricano e italiano, esta cuestión será considerada en los años venideros.

GRÁFICO 14: DISOCIACIÓN DEL ESTADO DEL NIVEL NACIONAL

En la tradición constitucional boliviana existe un antecedente notable. Al dividir las rentas del Estado, el Art. 146 de la Constitución vigente distingue lo nacional, lo departamental y lo municipal.

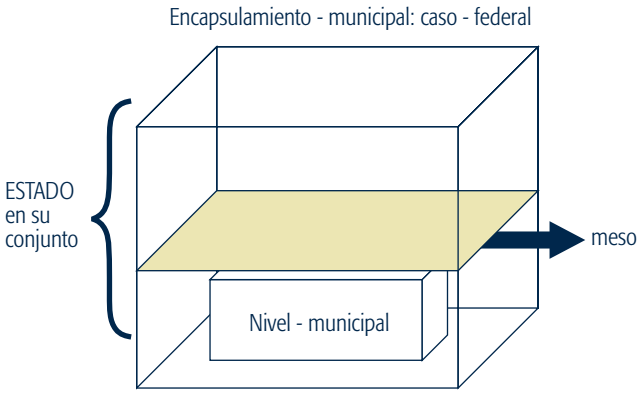
El valor práctico de esta discusión radica en que la disociación entre Estado y el nivel nacional posibilita:

a. Una articulación más cristalina de competencias. El nivel nacional tiene las suyas y el Estado se ocupa de todas las que existan.
b. Un policentrismo estructural territorial, pues el nivel nacional ya no es lo supremo sino un nivel más, el cual se relaciona de forma más horizontal con los otros niveles territoriales.

12. El encapsulamiento del nivel municipal: *¿es posible sacar al municipio de lo meso y de lo nacional?*

El nivel municipal a veces se halla encapsulado dentro de un orden territorial superior, sea el meso o el nivel nacional. El primer caso es un fenómeno típicamente federal, pues en este modo de Estado los municipios suelen ser "criaturas" de cada ente federado. Por ello es entendible que en Alemania, por ejemplo, haya una legislación municipal *diferente* dentro de cada jurisdicción federal. La doctrina alemana sólo reconoce dos órdenes de "estatalidad": la federación (amalgama del Estado y el nivel nacional) y el meso (Kirchhof, 2004: 980). No aparece el nivel municipal, y menos otras instancias subnacionales de administración, estructuralmente más débiles. Los municipios alemanes son considerados entidades administrativas con potestad de normar pero no de legislar.

GRÁFICO 15: ENCAPSULAMIENTO MUNICIPAL: CASO FEDERAL



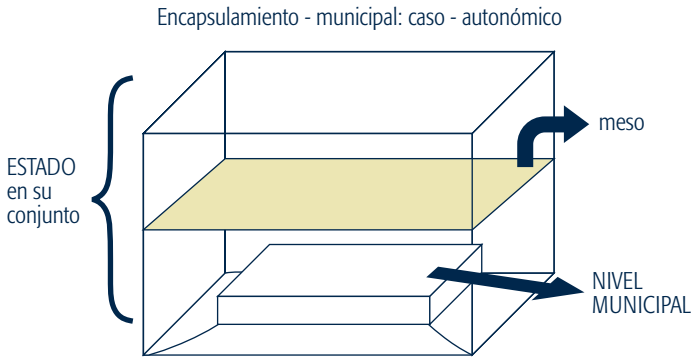
En España, la cuestión del papel del nivel municipal ha desatado una larga discusión doctrinal. Se ha acariciado la idea de una "segunda descentralización" pro-municipal para reparar el esquema prevaleciente desde 1978 (García, 2008: 18). Algún autor ha llegado a sostener que el municipio español tiene "igualdad" con los otros niveles "salvo la *singularidad* de las entidades locales [pues] no están dotadas de potestad legislativa" (García, 2008: 17, cursiva nuestra). Pero de eso justamente se trata. Que el municipio español no legisle no es una "singularidad", sino un fenómeno decisivo de este ordenamiento territorial. Lo acabamos de ver en el caso alemán: el encapsulamiento está íntimamente vinculado a la concepción del municipio como parte del régimen administrativo.

Conscientes de estos dilemas teóricos sustanciales, algunos expertos españoles admiten que el municipio está ubicado de una manera efectivamente peculiar y advierten, correctamente, que, a diferencia del caso federal, no están encapsulados dentro del meso, sino del nivel nacional. Esto no ha impedido que otros expertos españoles aboguen porque, de una buena vez, el municipio sea internalizado por cada comunidad autónoma (Font, 2006: 19).

La Ley de Bases del Régimen Local español anuncia que corresponden a los municipios las "potestades *reglamentarias* y de autoorganización" (De Carreras/Gavara de Cara, 2003: 1064).

En Italia, por usar otro ejemplo, el Art. 117 de la Constitución dice de entrada que el techo normativo máximo del municipio –y también de las provincias y urbes metropolitanas– es el poder reglamentario. También se declara que el ámbito por excelencia donde actúa el municipio es el de las "funciones administrativas" (Art. 118).

GRÁFICO 16: ENCAPSULAMIENTO MUNICIPAL: CASO AUTONÓMICO

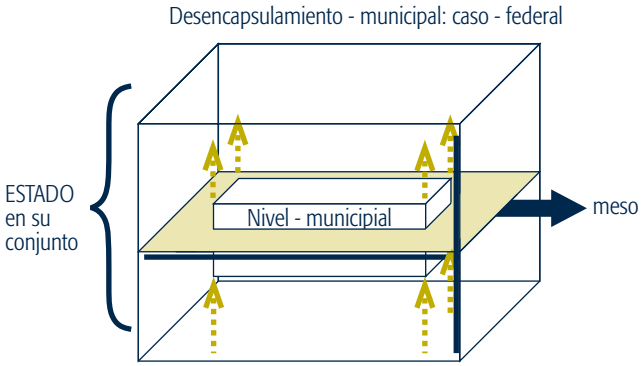


Encapsular al municipio ya sea dentro del meso (caso federal clásico) o dentro del nivel nacional (caso autonómico) es una opción históricamente legítima de los países. No obstante, el aporte de la Constitución del Brasil de 1988 y las novedades que al respecto trajo la Constitución de Sudáfrica, son dignos de mención. Si bien en ambos casos el empoderamiento estructural del municipio no ha sido aplicado hasta sus últimas consecuencias, las interesantes menciones a una "legislación" municipal anuncian lo que podría ser, eventualmente, un Estado trisegmentado.

En la Constitución del Brasil la situación de los municipios es peculiar. El Art. 20/2 estipula que la participación en los ingresos por explotación hidrocarburífera estarán a disposición de la Unión, los Estados (más el distrito federal) y los municipios. En cuestiones competenciales, se determina que los municipios también tienen la responsabilidad de velar por la Constitución, junto con la Unión y el meso (Art. 23). Hay una mención explícita a lo legislativo para los municipios (Art. 30) y al "poder legislativo municipal" (Art. 31). Sin embargo, estas declaraciones deben escrutarse con cuidado, pues no siempre comportan el peso que uno se imagina. En la Constitución ecuatoriana, la palabra "legislación" del Art. 228 no surte efecto estructural, pues es una referencia a las "ordenanzas" y otras disposiciones menores.

Pese a ello, nuestra hipótesis es que en el caso brasileño la mención del texto constitucional es una señal genuina de trisegmentación. Esto puede probarse con las interpretaciones que los expertos han hecho de la peculiar existencia de un tercer actor territorial en el modelo brasileño. Se ha hablado, por ejemplo, de un "federalismo triple" (Souza, 1997:3). Ahora bien, hay que decir también que Brasil no acabó de realizar una trisegmentación territorial perfecta. Los municipios, a diferencia de los entes federados, permanecen sujetos tanto a la Constitución federal como a las "constituciones" de los entes federados respectivos y tienen menos poder que éstos (David, 2005:24).

GRÁFICO 17: DESENCAPSULAMIENTO MUNICIPAL: EL CASO FEDERAL



En Sudáfrica también se produjo un anuncio de trisegmentación territorial, aunque, igualmente, no se llevó del todo a la práctica. En términos generales, sin embargo, el caso sudafricano parece más robusto que el brasileño. En la ya comentada fórmula de las "tres esferas", postulada en la Constitución sudafricana, pudimos ver una primera manifestación de la trisegmentación del Estado. La cual es complementada por el Art. 43 de la Constitución de esta país, que trata de "la autoridad legislativa de la república" y dispone que la misma sea conferida, *por igual*, al congreso para la esfera nacional, a la "asamblea" correspondiente para la esfera provincial, *y al "concejo municipal"* para la esfera local. Es concordante con ello que la legislación municipal, al igual que la del meso, no se litigue en la jurisdicción administrativa (Currie/De Waal, 2001: 220).

Sin embargo, la facultad legislativa municipal goza de menos protección que la legislación meso (Devenish, 1998: 207). Ella se concibe como reactiva: el cuerpo legislativo local sólo puede legislar en estricta continuación de una decisión del ejecutivo (Currie/De Waal, 2001: 218). Es igualmente revelador que la Constitución use el término "by-law" (Art. 156) cuando habla de la legislación municipal, pues éste es un denominativo que hace referencia a la "legislación secundaria" en la jerga jurídica anglosajona.

13. Equipotencia constitucional interterritorial: *¿Cómo es posible la unidad del Estado con niveles territoriales de igual poder?*

La discusión sobre la autonomía como autolegislación y las novedades de la trisegmentación brasileña y, en especial, de la sudafricana, nos conducen a debatir uno de los elementos más sutiles del diseño territorial contemporáneo. En realidad, el problema nace en el caso federal, en el cual, como se señaló líneas arriba, la Constitución concede un peso constitucional comparable a la unión o federación y al nivel intermedio. Es decir, se trata siempre de un ejemplo de bisegmentación territorial. De ahí que Kelsen, en su análisis sobre lo federal, usara la noción de "coordinación" para describir la articulación estructural entre el orden nacional y el subnacional, colocando ambos por debajo del Estado global (Kelsen, 1966).

La concesión de una dignidad comparable a dos niveles territoriales distintos parece contradecir el principio de jerarquía que se verifica en cualquier construcción estatal. ¿Cómo puede decirse que la unión y el meso poseen un peso parecido cuando lo lógico es que la primera se halle por encima del segundo? Esto puede resultarnos más comprensible si disociamos el Estado del nivel nacional, pues en tal caso lo que se iguala son los niveles nacional y meso, mientras que el Estado como tal se mantiene por encima de todo.

La dificultad de esta solución es que muchas normas contienen, al mismo tiempo, disposiciones para el nivel nacional y para el Estado tomado en su conjunto, frecuentemente indistinguibles las unas de las otras. Es como si el texto constitucional del Estado fuera, simultáneamente, la norma fundamental del nivel nacional, su "estatuto".

En Italia se cuestionó por qué el nivel nacional no podía compararse con una región si compartían rasgos estructurales comunes, como la elección directa de las autoridades (Caravita di Torito, 2002: 2). En los Estados compuestos existe un rasgo común todavía más fuerte: la potestad de legislación (el nivel nacional a través del congreso y los entes territoriales meso a través de sus asambleas legislativas).

Frente a ello está el principio que llamaremos de equipotencia, que la Constitución sudafricana sustenta mejor que cualquier otra. Recordemos que su Art. 40 divide la república en tres "esferas": la nacional, la provincial y la local. También establece que estas tres esferas son "distintas, interdependientes e interrelacionadas", por lo que no existe prelación de la esfera nacional sobre las otras dos. En el apartado II se adiciona la idea de que "*todas* las esferas deben observar y adherir a los principios[…] y deben conducir sus actividades dentro de los parámetros provistos en este capítulo" (cursiva nuestra).

Ahora bien, estos parámetros, que se enlistan en el Art. 42, suman un poco más de una decena. Entre los más llamativos para nuestra exposición están los siguientes:

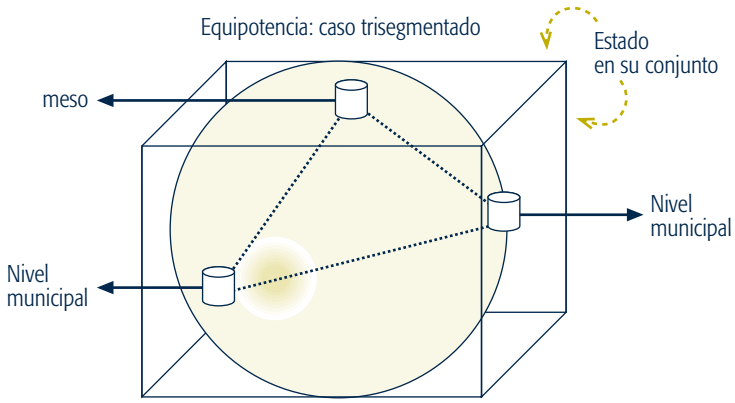
a. "Respetar el estatus constitucional, las instituciones, los poderes y las funciones de gobierno de las otras esferas".
b. "Ejercer sus poderes y desempeñar sus funciones en una manera que no invada la integridad geográfica, funcional o institucional de gobierno de una otra esfera".
c. "Cooperar entre ellas en mutua confianza y buena fe[…]"
d. "Coordinar en acciones y legislación una con la otra[...]"
e. "Evitar querellas judiciales entre ellas[…]"

En el Art. 71 de la CP sudafricana aparece el núcleo de la posición equipotente de las esferas de gobierno. Se sostiene que la legislación se ejercerá, por igual, desde el congreso, la asamblea provincial y el concejo municipal. Por tanto, resulta que *la equipotencia está fundamentada en la facultad de legislar*.

Sin embargo, esta facultad es sólo una condición *necesaria* –a la luz de todos los problemas que hemos visto en las trisegmentaciones, incluida la sudafricana–, mientras que la condición *suficiente* es considerar la legislación subnacional como plenamente equiparable a la legislación nacional. Esto es absolutamente obvio y normal en un Estado federal como Alemania, donde la legislación del meso es tan estructuralmente pesada como la legislación del nivel nacional. Pero no cabe este beneficio para los municipios alemanes, cuyas normas sólo son parte del poder reglamentario.

Por cierto, el principio de equipotencia queda suspendido cuando se produce un caso excepcional de intervención del nivel nacional, según dispositivos que analizaremos luego. Del mismo modo, equipotencia no supone que se suspenda la posibilidad de realizar delegaciones específicas, en las que el receptor queda como agente del principal. Por tanto, este principio, en determinadas situaciones excepcionales, se relativiza.

GRÁFICO 18: EQUIPOTENCIA: CASO TRISEGMENTADO



14. Principio de no tutela o de no subordinación interterritorial: ¿Puede haber no subordinación sin equipotencia territorial?

Una cosa es la equipotencia constitucional entre niveles territoriales, otra muy distinta la *no* subordinación entre entes territoriales, aunque a primera vista ambas cosas parezcan lo mismo. Para existir, la primera depende de condiciones necesarias (potestad de legislación) y suficientes (respeto a la legislación subnacional por parte del ordenamiento jurídico). En la segunda, no es necesario que los entes tengan potestad de legislación.

La subordinación no es sino otro nombre para lo que el derecho estatal francés llama *tutela*. Cuando se prohíbe la tutela, se logra blindar a los entes territoriales frente al control de oportunidad. En ese sentido, no están subordinados entre sí, aunque no tengan facultad de legislar.

Debe introducirse algunos matices. Obviamente, el blindaje no es perfecto y se abre en casos específicos. Pero esto no debe ser la regla. Por otro lado, el blindaje no se extiende al

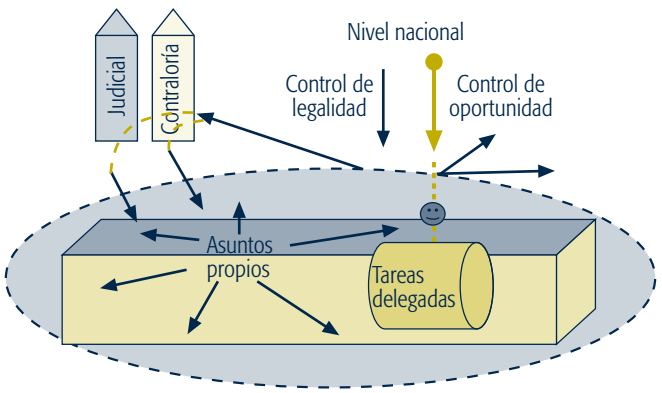
control de legalidad. Sólo que éste no puede ser *a priori* ni prescindir de la vía jurisdiccional. Precisamente esto es lo que prohibió la Constitución francesa al suspender la tutela entre colectividades territoriales en 2003 (Documentation Francaise, 2006).

Una conclusión de lo dicho es que un Estado puede seguir intacto y erguido aunque algunos de sus niveles tengan la misma potencia constitucional (sobre la base de que tienen facultad legislativa en el sentido pleno del término) o sus entes territoriales no estén subordinados entre sí.

Si hay un ejemplo de suspensión de la tutela es la Constitución alemana. Esto se norma en su Título VIII, denominado "Ejecución de las leyes federales y administración federal", que instruye la aplicación de las leyes nacionales a través de los entes meso, *cual si fueran propias de éstos*. Por tanto, el nivel nacional sólo podrá ejercer en estos casos un control de legalidad. Las objeciones que el nivel nacional pudiera tener, en torno a la implementación por parte de los entes federados de sus leyes, se tramitarán de tal forma que no debilite la fuerza que se le ha dado a estos entes, al hacerlos administradores de las leyes nacionales. Por eso el nivel nacional debe hacer sus observaciones frente a la Cámara Territorial, en la que los entes federados están representados. Y si esta Cámara le diera la razón, los entes meso aún tienen a su disposición la vía del Tribunal Constitucional para defenderse (Art. 84).

La Constitución alemana contiene otra disposición que explicita el contraste entre control de legalidad y control de oportunidad. Se trata de la "administración federal por encargo" (Art. 85). Aquí el receptor está sujeto tanto al control de oportunidad como al de legalidad y sólo le queda el margen de maniobra operativa e institucional para ejecutar los encargos del nivel nacional. Al punto que las mismas autoridades ejecutivas federales que aplican los encargos son designadas de acuerdo con el gobierno nacional. A favor del ente receptor, se evita empero que los instructivos lleguen directamente a estas autoridades, y deben pasar previamente por la cabeza política del ente federado.

GRÁFICO 19: CONTROL DE OPORTUNIDAD Y DE LEGALIDAD COMO BASE DE LA TUTELA TERRITORIAL



15. Cómo contabilizar niveles territoriales: *¿Es posible un conteo sin tomar en cuenta el peso estructural?*

Algunos autores trabajan la idea del "gobierno multinivel" o de un "sistema de gobierno en niveles múltiples" (Jordana, 2004: 127), pero esto puede llevar a banalizar el debate sobre el peso específico de cada uno de estos "niveles". Hablar de los niveles tal como éstos se nos aparecen sensorialmente y contabilizarlos sin tomar en cuenta sus pesos constitucionales, constituye un grave error. Es igual de cuestionable que si la física pretendiera comprender una pintura con el análisis a cada una de sus partes, cuando de lo que se trataba es de ver la totalidad, pues cada parte está como presente al mismo tiempo en todos los lugares (Planck, 1953: 23).

La enumeración simple de los "niveles" territoriales de un Estado podría llamarse "conteo aritmético", mientras que el cálculo que calibra el peso constitucional que tienen estos niveles, podría llamarse conteo "algebraico", por el efecto de reducción que logra.

Obviamente debe precisarse el factor que permite discriminar los pesos entre niveles territoriales. Siguiendo las premisas teóricas elaboradas hasta aquí, debe reconocerse que el hecho de conferir o no legislación es lo que altera la estructura territorial en un Estado. Contra esta afirmación se encuentra una conocida corriente que considera que la elección democrática es el rasgo decisivo (Jordana, 2004: 127).

Como quiera que fuera, al desarrollar el conteo algebraico de niveles podemos evitarnos las siguientes incongruencias:

a. Creer que "independientemente de la naturaleza federal o unitaria del Estado cabe destacar que existe mayor complejidad en las relaciones intergubernamentales cuando existe tres niveles de gobierno[...] que cuando hay dos[...]" (Jordana, 2004: 131). Pero no se puede contabilizar *algebraicamente* niveles territoriales "independientemente de la naturaleza federal", pues ella asigna pesos diferentes a los niveles. Todo Estado federal se *segmenta* en sólo dos bloques: la Unión y el meso, mientras que encapsula al nivel municipal. Si no pesan bien los niveles, algunos autores pueden llegar a creer que el caso federal tiene "3 niveles" (Alarcón, 2006: 15).
b. Suponer, como hacen algunos, que el Estado llamado "unitario" tiene "dos niveles de gobierno" (Alarcón, 2006: 15). Al contrario, hay que sostener, con otro autor, que el "Estado unitario tiene *un solo nivel* de poderes" (Aja, 2003: 43, cursiva nuestra).
c. Caer en un facilismo cognitivo y tomar los estratos territoriales por segmentos, como si todos los huesos de un cuerpo fueran vértebras. Ese error lleva a otro autor (Molina, 2005), a la conclusión de que, tendencialmente, los Estados en general tienen "tres niveles". No sorprende entonces que se llegue a mezclar a Colombia con México y que luego, más confusamente aún, se distinga otros "Estados intermedios o en transición", que también tendrían un "diseño territorial de tres niveles", y entre los cuales estaría Bolivia.

La comprensión cabal de la estructura territorial de un país no se puede deducir de la cantidad de niveles percibida a primera vista, sino, como lo recordó el profesor Delpérée, de las *modalidades de relación* (Delpérée, 2000: 369) entre estratos territoriales. Una determinación errada o confusa puede entorpecer las opciones de producir recomendaciones aplicables en el diseño constitucional.

El caso español es uno de los más complejos de caracterizar. Esto explica por qué en el debate español no hay coincidencia en torno a la cantidad de niveles territoriales del Estado. Arriba apuntamos que la Constitución española habla indirectamente de tres estamentos territoriales subnacionales: el conformado por las comunidades autónomas, el de las provincias y el de los municipios (Art. 137). Pero viene un experto español y sostiene, correctamente, que en "España existe…un *doble nivel* de poderes…el Estado y las comunidades autónomas" (Aja: 2003: 51, cursiva nuestra). Resulta pues que, de los tres estamentos subnacionales introducidos por el Art. 137 de la CP española, Aja repara sólo en uno –el meso– y añade el nivel nacional. Queda la pregunta: ¿por qué ignoró a los otros estamentos subnacionales (provincias y municipios)? Luego otro analista sostiene que en España hay "tres niveles de administración": Estado, meso y entidades locales (García, 2003: 17). A diferencia de Aja, este autor recupera lo local. Podría decirse que Aja habla de "poderes" mientras que García lo hace de "niveles de administración", por lo que no hay comparación; pero, en realidad, García pretende expresar una "potestad de igualdad" entre niveles, por lo que también habla de "poderes".

Creemos que las categorías explicadas en este estudio nos permiten encontrar una salida al problema de cuántos niveles territoriales contiene un Estado. Pues es muy diferente contar segmentos, niveles o estratos territoriales.

16. Desconcentración y descentralización: *¿Cuán potente y compleja puede ser una desconcentración?*

La inestabilidad del término "descentralización" es tan o más turbulenta que la del término "autonomía"; y ello sin contar con las teorías confusas que quieren extender la "descentralización" al ámbito privado, considerando a los actores privados como receptores de poder.

El término "descentralización" viene adherido a calificaciones que se han hecho usuales: descentralización "administrativa", descentralización "política", descentralización "operativa", etc. Suele también oponerse "descentralización" a "autonomía", dando a entender que aquella es menos profunda que ésta.

En la doctrina francesa, "desconcentración" se usa para describir procesos de territorialización del poder que suceden dentro de una misma persona moral (el Estado), mientras que el vocablo "descentralización" se emplea para una modalidad de territorialización que supone la existencia de una persona jurídica distinta, con un poder de

actuación que, en el marco de la ley, se beneficia de la "libre administración" y tiene autoridades electas, aunque no disputa el monopolio de la legislación detentado por el nivel nacional (Mercier, 2000: 107).

La desconcentración francesa puede admitir "cierta autonomía" en los agentes pero parte de la premisa de que, a diferencia de lo que ocurre en la "descentralización", el "Estado" no comparte poder (Mercier, 2000: 477). Dentro de la desconcentración así entendida, se aplica tanto un control de oportunidad como de mérito (LGC, 2005: 2). El superior goza de poderes de instrucción (mediante directivas que señalan cómo el agente debe llevar a cabo las acciones), de reformación (puede reemplazar una decisión del agente por una propia, aunque sin efecto retroactivo) y de anulación (hace desaparecer los actos pasados del agente).

En la "descentralización" francesa, como ya hemos dicho, entra en juego una personalidad jurídica "distinta de la del Estado", se incorporan los órganos deliberantes electos (no así los ejecutivos), y una "cláusula general competencial" que busca satisfacer las necesidades de los mandantes, aunque está limitada por una enumeración explícita de las competencias asignadas (LGZ, 2005: 3).

La "descentralización", entonces, implica un mayor margen de acción que la "desconcentración". Sin embargo, no hay que olvidar que, como producto de una decisión de la Corte Constitucional en 1991, cualquier transferencia descentralizadora queda en el ámbito administrativo y está impedido el acceso de los entes territoriales subnacionales a la legislación. La doctrina francesa calificaría esto como una "descentralización política".

En concordancia con el sistema conceptual avanzado hasta aquí, y combinando las pautas que ofrecen los derechos francés y alemán, proponemos hacer depender la definición de desconcentración y de descentralización de la cuestión de la facultad legislativa. En consecuencia, calificaremos toda modalidad de territorialización del poder que, independientemente de su profundidad, no altere el monopolio de la legislación detentado por el nivel nacional, como una desconcentración, mientras que será descentralización toda ruptura de este monopolio.

GRÁFICO 20: DESCONCENTRACIÓN VS DESCENTRALIZACIÓN

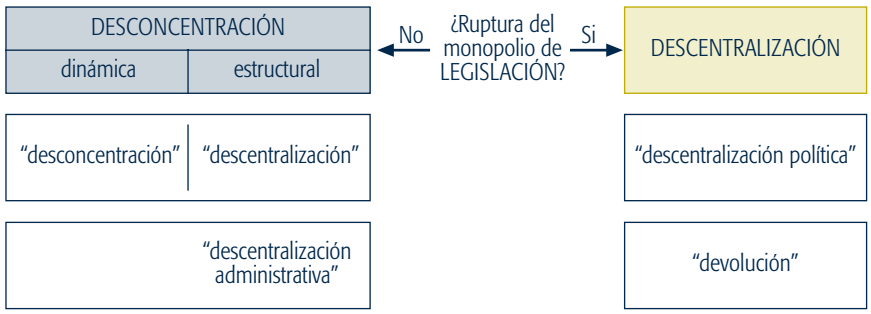
Ya que la descentralización será abordada con suficiente detalle cuando hablemos de la asignación competencial, nos focalizaremos ahora en la desconcentración, usualmente opacada por el interés que existe en torno a la descentralización y las autonomías.

Un primer elemento es que no hay una sola forma de desconcentrar el poder. Uno segundo es que la desconcentración tiene virtudes intrínsecas que la pueden llevar a coexistir con la descentralización, y no es una fase previa de ésta, como alguna literatura parece insinuar (Martínez / Bahl, 2005: 6).

La desconcentración avanzada puede producir intensos efectos de territorialización del poder y gozar de ciertas ventajas en comparación con la descentralización, en especial cuando ésta es débil o costosa. Por otro lado, tampoco se puede desconocer que, bajo determinadas condiciones históricas y sociales, el expediente de la desconcentración puede ser insuficiente para resolver las demandas territoriales.

Dentro de la desconcentración debemos diferenciar dos grandes clases, a saber: la *dinámica* y la *estructural*. Ésta última representa la opción más avanzada sin llegar a romper el monopolio de legislación nacional. Veremos que cuando algunas tradiciones hablan de "descentralización" describen en realidad lo que llamaríamos aquí una desconcentración estructural. Y que la "descentralización política" es lo que aquí denominamos "descentralización", a secas.

GRÁFICO 21: DESCONCENTRACIÓN ESTRUCTURAL Y DINÁMICA

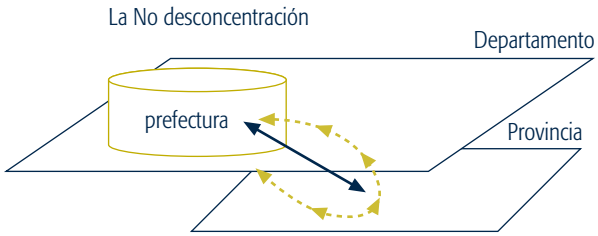


Revisemos primero la desconcentración dinámica.

Por muy paradójico que resulte, la comprensión de la desconcentración sólo será posible si averiguamos qué está antes de la desconcentración misma. Por ello es que el primer estadio de una taxonomía de la desconcentración es la presencia estatal *espacialmente periférica*, que en realidad no desconcentra nada aunque pareciera que sí lo hace. Esto ocurre porque una primera característica de cualquier desconcentración es cierta estabilidad institucional del receptor del poder desconcentrado.

Veamos esto de cerca. Si una entidad del nivel nacional envía día tras día a operadores o funcionarios hacia distintos lugares, sin dejar en ellos alguna forma institucional estable, estaremos frente a una presencia administrativa periférica que aún no llega a ser desconcentración. La rotación de recursos humanos y materiales es tan alta que esta presencia nunca se asienta ni estabiliza.

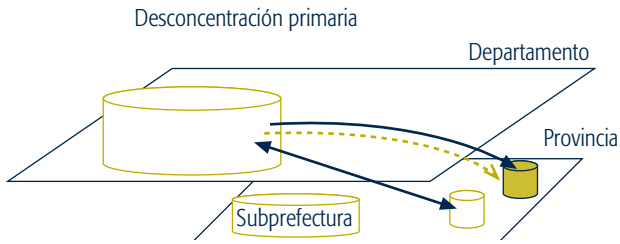
GRÁFICO 22



La fijación institucional es, pues, la primera característica de una desconcentración. Además, un segundo elemento imprescindible es la *modalidad de sujeción* del agente territorial en cuestión. En el primer estadio, se aplica el control de oportunidad y de legalidad por parte del emisor al receptor del poder; es decir, éste depende de instructivos diarios o recurrentes del primero y se halla respecto a él en una relación de tutela plena.

En un segundo estadio comienza la desconcentración. Hay una fijación institucional en el lugar, pero el agente está todavía sujeto a controles de oportunidad y legalidad, aunque empieza a flexibilizarse la tutela plena. Esta posibilidad de desconcentración puede producirse tanto a favor de entes con personalidad jurídica propia o sin ella. Se puede suponer, empleando la jerga francesa, que el agente es parte de la misma persona moral que la matriz, y por tanto lo más probable es que haya tutela plena. Sin embargo, no es posible descartar que se decida conferir al agente desconcentrado personalidad jurídica o un patrimonio propio, con lo cual la la tutela plena sería poco probable.

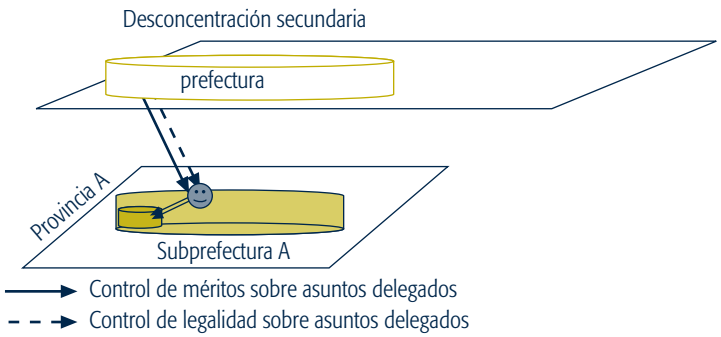
GRÁFICO 23



La desconcentración primaria recién expuesta es la primera forma de desconcentración dinámica, pues en ella se combinan las dos formas de control, tenga o no personalidad jurídica el receptor. Hay una forma más de desconcentración dinámica que llamaremos desconcentración secundaria. Se da cuando el receptor está dentro o coincide con un ente territorial propiamente dicho. En estas condiciones se trata de una desconcentración por delegación, es decir, una instancia territorialmente superior le encarga a un ente territorial

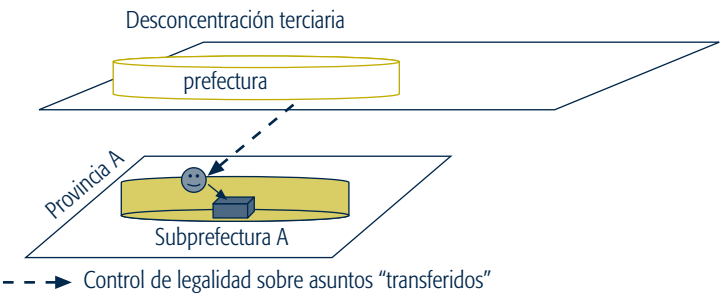
la realización de una tarea determinada, reservándose el derecho de revertir tal decisión cuando le parezca y aplicando, aunque por intermediación de la máxima autoridad del receptor, controles de oportunidad y de legalidad. No desaparece el doble control pero, a diferencia de la desconcentración primaria, éste debe hacerse a través de la máxima autoridad del ente territorial receptor.

GRÁFICO 24



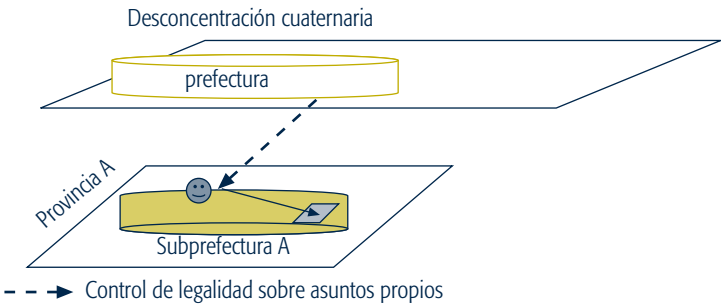
Con la desconcentración secundaria concluyen las desconcentraciones *dinámicas*. Veamos ahora qué sucede cuando el emisor no delega, sino que traspasa o transfiere las tareas, autoimponiéndose restricciones para revertir este proceso y, lo que es más decisivo aún, renuncia al control de oportunidad. Se parte de la existencia y reconocimiento de que el ente territorial subnacional tiene un ámbito de asuntos propios. Esta desconcentración terciaria es una primera manifestación de desconcentración *estructural* y corresponde a la "descentralización" de los franceses.

GRÁFICO 25



Finalmente, la desconcentración cuaternaria es la que aplica el principio de la sistemática alemana, descrita arriba. El agente territorial inferior asume tareas de interés del superior, pero lo hace *como si fueran propias*, por lo que sólo cabe el control de legalidad.

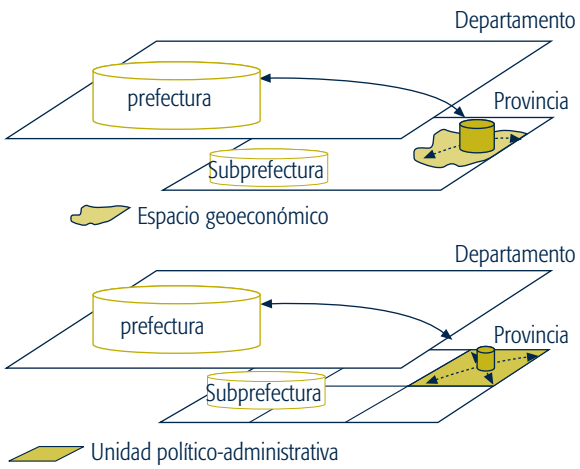
GRÁFICO 26



Nótese que, en cualquier caso, las desconcentraciones estructurales sólo admiten un control de legalidad y la autoridad máxima del ente territorial es el interlocutor del ente desconcentrante.

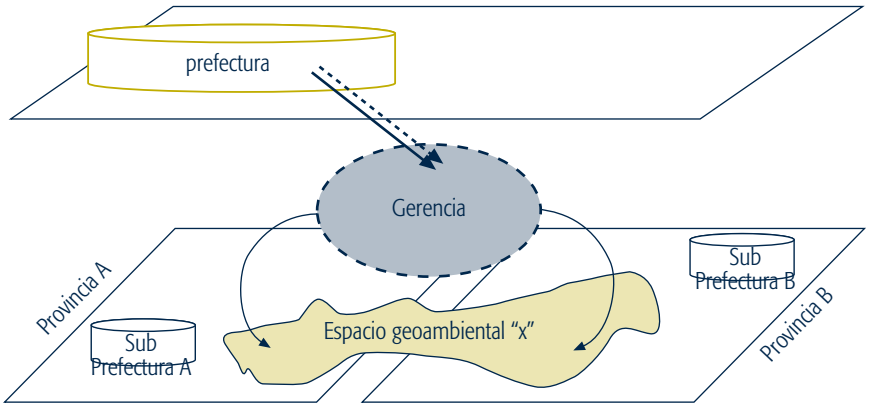
Luego de lo discutido en torno a la problemática espacial y regional, sabemos que la desconcentración puede también producirse a favor de un espacio, que actúa como agente receptor, y no sólo por una vía estrictamente territorial. En la figura inferior se encontrará dos ejemplos de desconcentración por vía espacial, uno de un espacio totalmente separado de los límites político-administrativos, el que los usa como mera referencia.

GRÁFICO 27: DESCONCENTRACIÓN POR VÍA ESPACIAL



La ventaja de la vía espacial está en que la desconcentración puede liberarse de los límites de las unidades político-administrativas, como muestra el siguiente ejemplo:

GRÁFICO 28: DESCONCENTRACIÓN ESPACIAL QUE NO TOMA EN CUENTA LOS LÍMITES DE LAS UNIDADES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS



Tipo	Descripción
Desconcentración por espacio homogéneo transprovincial	Se trata de un agente estable de la prefectura que asume un proyecto o actividad que atraviesa varias provincias según espacio geoeconómico u otro.

Se puede decir, en síntesis, que aquellas desconcentraciones en las que el receptor es poseedor de un ámbito reconocido de asuntos propios, o sea no sólo ejecuta encargos, está protegido contra reversiones de la asignación de tareas y sólo se sujeta al control de legalidad, son desconcentraciones estructurales. En cambio, las desconcentraciones en las que el receptor está sometido tanto al control de oportunidad como al de legalidad sólo son dinámicas.

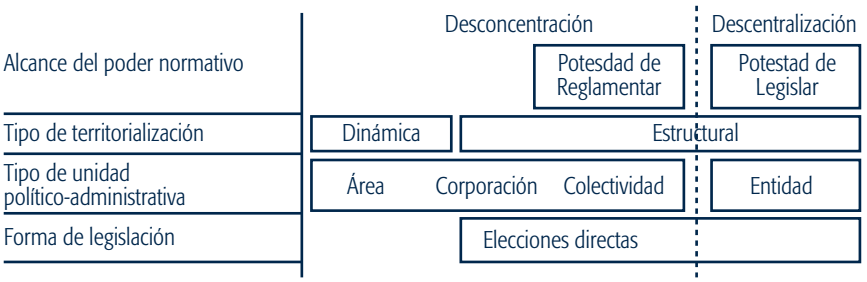
Por otro lado, las desconcentraciones estructurales variarán en función de la solidez institucional del agente receptor y de los márgenes de decisión que le son conferidos, incluyendo la forma de conformación de sus órganos y su estabilidad financiera.

Cuando se considera la eliminación del control de oportunidad se piensa primero –y así se ha expuesto hasta aquí– en la interrupción del mando del nivel territorial superior. Pero otra forma de ver esta historia es descubriendo que, cuando una autoridad territorial subnacional no está bajo control vertical, se halla, sencillamente, bajo la mirada política de sus electores (Cassia, 2005: 251).

GRÁFICO 29: DESCONCENTRACIÓN ESTRUCTURAL Y DESCENTRALIZACIÓN

Combinemos ahora nuestra tipología de la desconcentración con las definiciones realizadas más arriba. Tenemos entonces que el "área" es la unidad territorial de la desconcentración dinámica, y que cuando hay unidades político-administrativas que funcionan como "corporaciones" o como "colectividades" territoriales, estamos ante desconcentraciones estructurales.

GRÁFICO 30: DESCENTRALIZACIÓN Y DESCONCENTRACIÓN EN RELACIÓN A LOS ENTES TERRITORIALES



17. Modo de Estado: *¿Cuál es la más agregada y estructural noción del ordenamiento territorial?*

Los conceptos desarrollados hasta aquí son claves indispensables del ordenamiento constitucional del territorio. Sin considerarlas, mal podríamos saltar hacia el diseño competencial propiamente dicho. Esta parte del presente trabajo no puede cerrarse sin discutir brevemente el concepto en el que se condensa todo lo anterior. Ese concepto es el de *modo de Estado*.

La intención perseguida con tal categoría es la de aislar, ante tantas otras definiciones fundamentales del Estado, aquella que remite al aspecto territorial, y, más concretamente, a la distribución estructural del poder en términos territoriales.

En efecto, una Constitución suele contener varias definiciones estructurales. Por ejemplo, al referirse al "tipo de Estado", los textos constitucionales definen su perfil económico. Pueden optar por un Estado interventor o por uno más bien "abstencionista" (Garrido, 2001: 30). El tipo de Estado puede ser, si se elige la primera opción, uno de carácter "social".

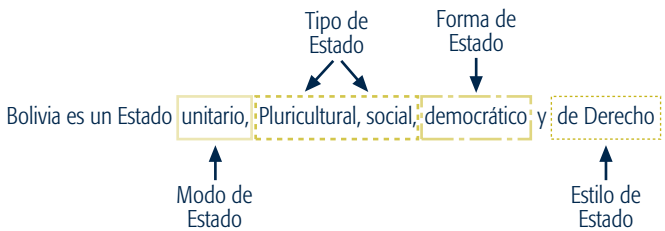
En las nomenclaturas generalmente aceptadas la "forma de Estado" se refiere a la naturaleza democrática del Estado, es decir, a la definición en torno al grado de legitimidad del poder (Garrido, 2001: 44). Otras tradiciones jurídicas emplean lo democrático en contraposición a lo monárquico (Dürig, 1996: XVIII).

Una tercera decisión estructural sobre el Estado implica responder a la disyuntiva de si se debiera o no tener un Estado de Derecho. Optar por el Estado de Derecho, dicho sea de paso, no debería confundirse con la elección del principio democrático, por mucho que, a

partir de cierto momento en el desarrollo de las sociedades humanas, ambos se combinen. El Estado de Derecho es un fenómeno parecido al de la división de poderes o a lo que Kant llamó el principio republicano, que opuso al despótico (Kant, 1992: 62). A falta de mejor término, lo consideraremos resultado del *estilo* del Estado.

Además de decidir sobre el tipo, la forma y el estilo del Estado, las constituciones de los países deben tomar una decisión estructural y máxima en cuanto a la distribución territorial del poder en el Estado. Para esta definición convenimos ahora en emplear el término "modo" de Estado.

GRÁFICO 31: TIPO, FORMA, ESTILO Y MODO DE ESTADO



Sería legítimo objetar que la doctrina ya resolvió este tema de manera satisfactoria. Sin embargo, no es así: no es estable al respecto. En general, lo aquí llamamos "modo de Estado" recibe denominativos diferentes en las varias tradiciones nacionales. Cuando se trata de abordar las definiciones territoriales en Francia, por ejemplo, se habla de "arquitectura del Estado" (Moreau, 1995: 32); de "modo de organización política" (Chantebout, 1991: 67) o de "formas de Estado" (Pactet, 1999; 46). En Gran Bretaña todo esto aparece simplemente como "Constitución" (McEldowney, 2002: 11). En Alemania suele encontrarse el término "forma de Estado" (Isense, 1990: 519) o "forma del ordenamiento constitucional" (Hesse, 1991: 89) y es posible tropezar también con "forma de organización" (Stein, E.; Frank, G., 2002: 104).

En el "modo de Estado" se expresa si un país es federal o no. Que una clarificación técnico-conceptual en torno a este concepto es necesaria lo prueba, a su manera, la notable inestabilidad teórica que se da respecto al caso autonómico español. En efecto, sobre cuán federal es el modelo español hay una variedad inesperada de opiniones. Hay quienes sostienen que España es llanamente federal (Blanco, 2005:81) o "casi-federal" (Maíz/Beramendi/Grau, 2002: 381). También se sostiene que se trata de un caso de Estado "regional" (Requejo, 1999: 322). Otros dicen que el caso español no es ni regional ni federal, sino "autonómico" (Entrena, 2001: 53). Un autor señala que el modelo español "comparte ya los rasgos esenciales de los federalismos" aunque, no por ello, él defienda que "España se convierta en un sistema federal" (Aja, 2003: 51).

Quienes descartan que España sea federal suelen pasar revista a una, en general, convincente lista de rasgos de federalidad que no es posible encontrar en España (Fossas, 1999: 284). Al contrario, quienes sostienen una aproximación del modelo español y el federalismo encuentran características de federalidad en España que son menos convincentes (De Carreras, 2004). Como si todo este embrollo no fuera suficiente, no se puede dejar de mencionar que se ha llegado al extremo de catalogar a España, desde afuera, como un "estado unitario" (Joumard/Yokoyama, 2005).

Uno los más notables impedimentos para ponerse de acuerdo en torno al modo de Estado es la famosa contraposición entre "unitario" y "federal". Los manuales de derecho público y politología están definitivamente poseídos por esta idea. Para mayor complicación, los mismos textos constitucionales incorporan este lenguaje, como cuando el Art. 1 de la Constitución colombiana habla de una "república *unitaria*".

La contraposición "unitario" vs. "federal" es indiscutiblemente una disyuntiva que pertenece al radio de influencia del "modo de Estado". El problema está en que dicho par conceptual no es, desde el punto de vista teórico, el más feliz.

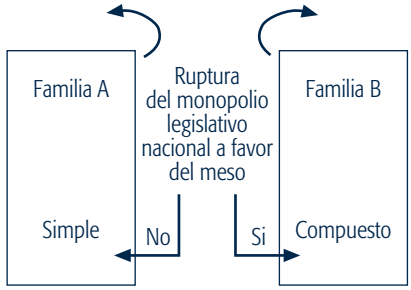
La disyuntiva entre lo *unitario* y lo federal introduce de entrada un elemento de sospecha en contra de lo federal, a saber, que por definición tendría un alcance "no unitario". Esta sospecha se acrecienta porque lamentablemente no falta quien aún crea que lo federal es una "reunión de Estados", aunque la idea constituye un "non sense jurídico" (Delpérée, 2000: 367) o un "pensamiento absurdo" (Simmel, 1995: 135).

Lo federal pensado como algo contrapuesto a lo "unitario" acaba ocultando que el modelo federal presupone inexorablemente la unidad estatal. Por otra parte, esta disyuntiva reduce las opciones de distribución territorial del poder a lo "unitario" o a lo federal, cuando la evolución contemporánea ha producido nuevas variantes como la española, que ni es "unitaria" ni tampoco federal. Esto ha llevado a algunos especialistas a suponer que el modelo autonómico es un puente de transición entre ambos extremos, lo cual, como veremos, no tiene sentido.

Se necesita, pues, de un par conceptual alternativo. Se propone que éste sea el siguiente: lo territorialmente *simple* versus lo territorialmente *compuesto*. Esta alternativa necesita una justificación, para la cual tendremos que apelar a las premisas teóricas previas.

Como se sabe, nuestra clasificación territorial depende de si se rompe o no el monopolio de la legislación detentado por el nivel nacional. Este punto provoca el surgimiento de dos grandes modos de Estado: el simple y el compuesto. En el modo de Estado simple el monopolio se mantiene incólume, independientemente de si hay no desconcentración. Por el contrario, en el modo de Estado compuesto la facultad legislativa ya no es un monopolio del nivel nacional. En principio, no importa tanto quién del ámbito subnacional reciba la opción de legislar. El hecho está en que la territorialización del poder tenga una dimensión legislativa. Surge así lo que Delpérée llamó un Estado "plurilegislativo".

GRÁFICO 32: LO SIMPLE VERSUS LO COMPUESTO

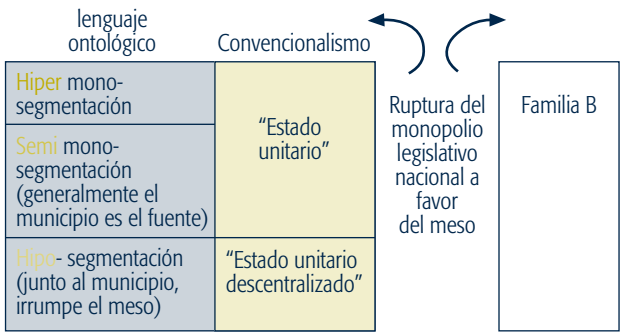


Como el gráfico 32 señala, cada modo de Estado es una familia, pues incluye variantes. En el modo de Estado simple se puede observar por lo menos tres grandes variantes. Una donde tanto el nivel intermedio como el local son estructuralmente débiles. Esto quiere decir que no llegan a ser instancias que contengan colectividades territoriales, sino áreas o, a lo máximo, corporaciones territoriales. Por tanto, no sólo que no gozan de facultad legislativa, sino que tampoco tienen acceso a ninguna desconcentración estructural.

En una segunda variante, al menos uno de estos dos importantes estamentos territoriales, el meso y el local, adquieren mayor relevancia. El resultado normal son países "unitarios" con fuertes municipios y debilitados niveles intermedios.

La tercera posibilidad es que tanto el estrato local como el meso gocen de una fuerza comparable, gracias a alguna forma de desconcentración estructural. Éste fue en buena medida el resultado al que llegó el proceso colombiano, cuya reforma constitucional de 1991 relanzó al estrato departamental para que se sumara al nivel municipal, ya potenciado desde los años 80.

GRÁFICO 33



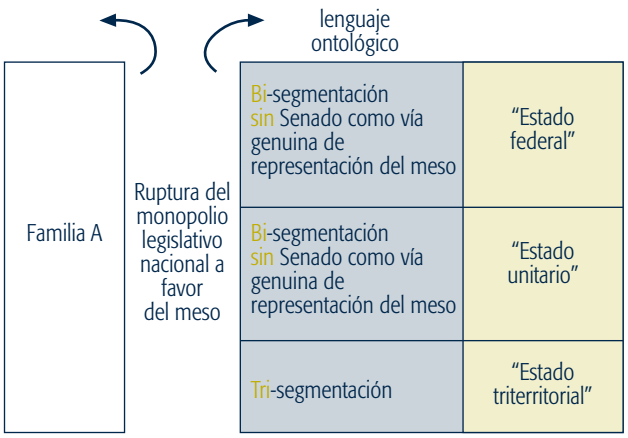
El modo de Estado simple presupone una monosegmentación o, como el profesor Aja decía, en él sólo hay "un nivel de poder". Sólo el nivel nacional legisla y, por ende, no existe cualidad gubernativa en ninguna otra instancia territorial.

El modo de Estado compuesto también tiene variantes. La ruptura del monopolio legislativo no tiene por qué beneficiar sólo al segmento meso, pese a que ésa ha sido la regla. En el modelo federal se produce un bisegmentación entre la Unión y el meso, y el municipio es encapsulado por éste último. En esto no se diferencia del caso autonómico de inspiración española, que también es bisegmentado: por un lado el "Estado" y por el otro las "comunidades autónomas".

Sin embargo, varios elementos del modelo federal no valen para el modelo autonómico. Destaquemos los más relevantes. Por un lado, en el primero es indispensable que el segmento meso participe en las decisiones del Estado. Esto sucede normalmente por la vía de una cámara territorial o de un senado. En el modelo autonómico, el senado no necesariamente representa los intereses del meso. Un segundo rasgo del modelo federal es que la norma subnacional fundamental tiene el formato de una "constitución", al extremo de que cada ente federado puede llegar a instalar su propia instancia de control de la constitucionalidad.

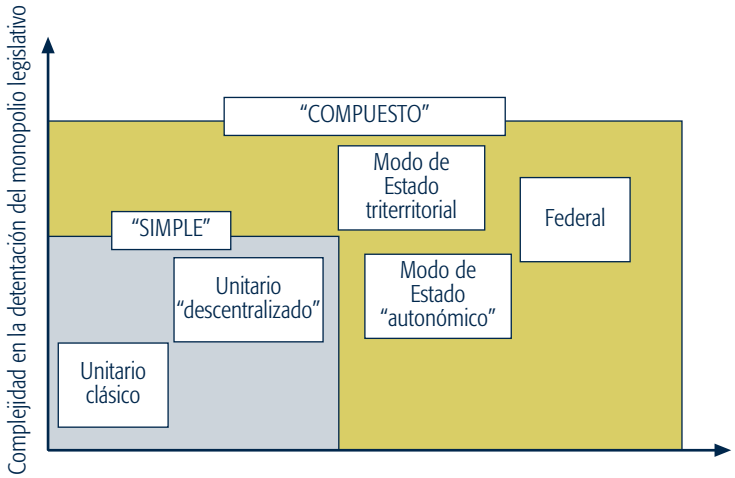
En las experiencias de Sudáfrica y Brasil, descritas en los párrafos precedentes, encontramos que el modo de Estado compuesto puede poseer, en el mediano plazo, una variante más: incorporará al nivel municipal como segmento equipotente y será trisegmentado. De esta manera, el modo de Estado compuesto dejará de ser sinónimo de lo federal.

GRÁFICO 34



Nótese que el caso autonómico no es un puente entre lo "unitario" y lo federal, sino parte del modo de Estado compuesto. Ello explica la convergencia de su diseño respecto al del modelo federal.

GRÁFICO 35: CUADRANTES DEL MODO DE ESTADO



18. Sistema político subnacional endógeno: *¿Hasta dónde llega el sector público subnacional?*

Todo diseño constitucional incluye también al sistema político subnacional. Antes de analizarlo debemos aclarar su contexto. Dicho sistema es un subconjunto del *sector público subnacional*. Éste último agrupa un sinnúmero de instancias, órganos, funciones y recursos subnacionalmente emplazados, que responden a diferentes lógicas y fuentes de legitimación. Llamaremos sistema político subnacional *endógeno* a la parte expuesta a rendir cuentas ante un electorado "regionalizado".

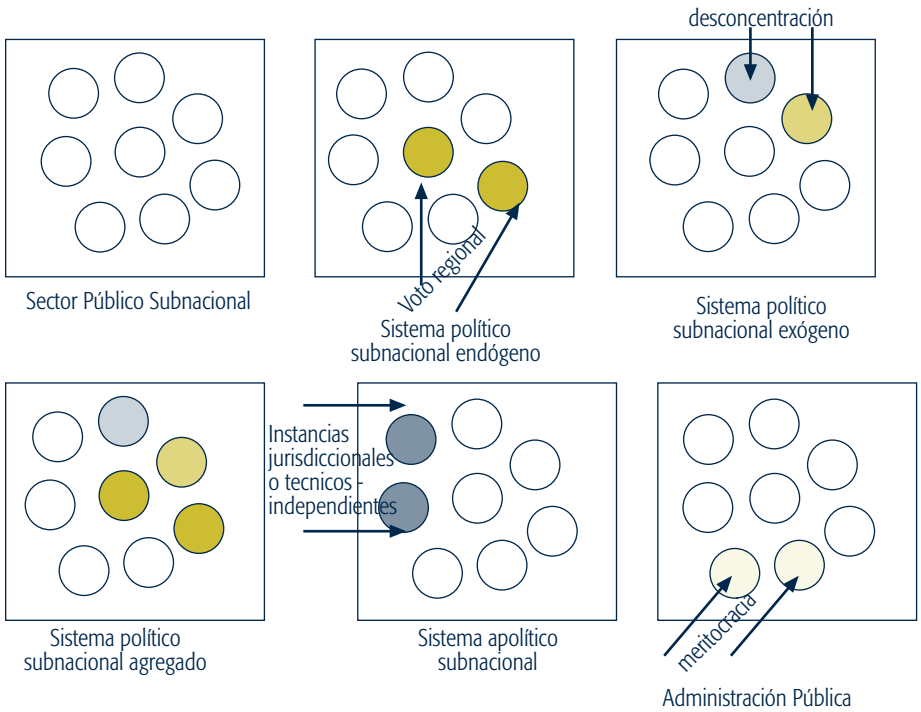
Junto a este componente existen, paralelamente, otros agentes desconcentrados, también políticos, pero que forman parte del sistema político subnacional *exógeno*. En Francia esto se cristaliza en la figura del prefecto, el cual está a cargo de una serie de servicios, como representante de los ministerios nacionales, y actúa al mismo tiempo que otras tantas autoridades electas. Puede también tratarse de agencias técnicas especializadas, cuyas matrices se encuentren en el nivel nacional.

El sector público subnacional, por supuesto, no se agota en el sistema político, sea éste exógeno o endógeno. Junto a él se encuentran las instancias jurisdiccionales o técnicas, los tribunales de justicia y los órganos de control fiscal. Como infraestructura de estos componentes políticos (gobierno regional, representantes del nivel nacional) o apolíticos (justicia, contraloría), suele funcionar además un sistema de servicio civil que, según el grado de desarrollo de un país, dota de continuidad y profesionalidad a la provisión de bienes y servicios estatales.

La "administración pública", como podríamos llamar al servicio civil, no llega a expandirse a todos los puestos del sector público, ya sea porque está impedida de llegar a los cargos políticos de libre designación; o simplemente porque no se requiere para llenar cargos

de administración logística. En el gráfico siguiente se muestra la complejidad del sector público subnacional.

GRÁFICO 36: EL SECTOR PÚBLICO SUBNACIONAL Y SUS COMPONENTES



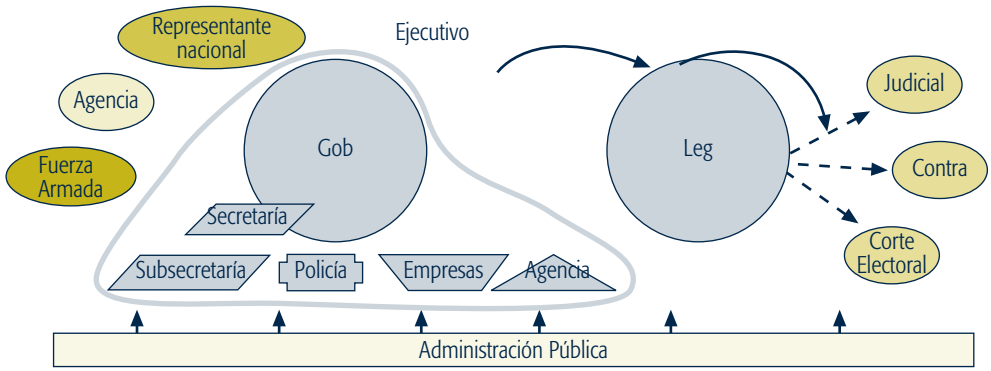
Veamos ahora de más cerca el sistema político subnacional endógeno. Una parte del mismo es lo que usualmente se llama "poder ejecutivo", mientras que la otra parte es el "poder legislativo", si es que se trata de un Estado compuesto. El poder ejecutivo, a su vez, puede desagregarse en dos componentes: el "gobierno" propiamente dicho, sobre el cual recae la *dirección estratégica* de este poder; y los organismos y recursos especializados en la aplicación de las decisiones estratégicas tomadas por el gobierno. Tal es la formulación de la Constitución francesa: "El gobierno determina y conduce la política de la nación...es responsable frente al parlamento" (Art. 20).

En algunos casos, bajo el término de "gobierno" puede colocarse también al legislativo subnacional. En la Constitución del Ecuador se dice que, para el ámbito subnacional, el "gobierno" recae en los órganos deliberantes (Art. 228), aunque forma parte de ellos la cabeza ejecutiva, por lo demás, elegida por voto directo.

Aquí asumiremos que "gobierno" es distinto de parlamento. Así lo hace el constituyente español que, como el francés, diferencia al "gobierno" del poder legislativo y que lo separa,

por otro lado, de la "administración pública" (Art. 103). Del mismo modo opera la Constitución colombiana, cuando dice que el congreso ejercerá "control político" sobre el "gobierno y la administración" (Art. 114).

GRÁFICO 37: EL SECTOR PÚBLICO SUBNACIONAL DESAGREGADO



19. Bifuración y desdoblamiento de la autoridad política subnacional: *¿Se necesita una autoridad nacional paralela a la electa subnacionalmente?*

La *bifurcación* es la presencia del nivel nacional junto a la administración subnacionalmente responsable, y el *desdoblamiento* la toma por parte de la administración subnacional de las tareas nacionales. Depende de la capacidad que tenga el sistema político subnacional *endógeno* para absorber la mayor cantidad de actuaciones estatales, cualquier fuera el origen de éstas. Implica una suerte de "gobierno paralelo" en las instancias subnacionales. La Constitución ecuatoriana, por ejemplo, llama "gobernador" (Art. 220) al representante del nivel nacional que está a lado del "prefecto" que es la autoridad electa ejecutiva del meso.

La bifurcación del sistema político subnacional francés es paradigmática. Según el decreto relativo a la administración prefectural promulgado en 2004, el prefecto –sea éste regional o provincial– representa a los ministerios, dirige servicios desconcentrados, supervisa que se aplique las normas, está a cargo de los intereses nacionales y es "depositario de la autoridad del Estado" (Art. 1). Formalmente, el prefecto depende tanto del primer ministro como de los otros ministros sectoriales (Bernard, 2000). Si bien el prefecto francés es, por lo tanto, fuerte, no puede extender sus tareas de supervisión a los órganos jurisdiccionales o de control de cuentas subnacionales (Art. 32).

Francia está tan bifurcada que el ministerio de finanzas mantiene agencias propias a nivel local, provincial y regional (Thönig, 2005: 689), y se ha calculado que la cantidad de empleados estatales de nivel nacional subnacionalmente emplazados supera en un 40 por ciento la cantidad de los dependientes de las colectividades subnacionales. Vale la pena hacer notar

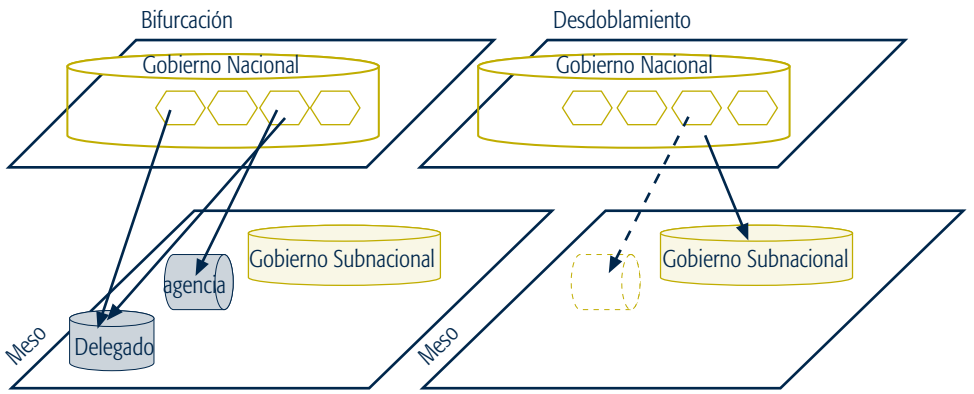
que esta enorme presencia nacional en el ámbito subnacional francés no ha impedido una dinámica informal de arreglos políticos entre los agentes que deben realizar los mandatos nacionales, por un lado, y las autoridades locales, por el otro (Thönig, 2005: 698).

La situación española guarda cierta similitud con la francesa. Los llamados "delegados de gobierno" se han mantenido como instrumentos que "representan al gobierno" en el territorio de las comunidades autónomas y dependen del presidente del gobierno (Lofage, Art. 22). También se dice, en la normativa de la administración general, que la "representación ordinaria del Estado" recae en los presidentes de las comunidades autónomas, lo que ya es poco francés, porque implica un desdoblamiento antes que una bifurcación. Otra diferencia con Francia es que la normativa española no exige que toda intervención del nivel nacional en el ámbito subnacional se realice a través de la delegación (Lofage, Art. 33).

En la perspectiva general, España apunta a una simplificación de los efectos de bifurcación, debido, en especial, a la fuerza de las comunidades autónomas (Lofage, 1997). Se ha proyectado incluso una supresión (Souvirón, 2000: 227) de la llamada "administración periférica", que es una red de operaciones dependientes del nivel nacional que funciona a lado de la autonómica o debajo de ella. En otras palabras, se ha venido planteando la meta de una "administración única" o, en su caso, la reducción de la administración periférica hasta los "límites imprescindibles" (Fernández Allez).

La figura colombiana del "gobernador departamental", agregador del poder estatal nacional y subnacional, es el caso opuesto al francés. La Constitución colombiana elimina la bifurcación en el Art. 303, de la siguiente manera: "En cada uno de los departamentos habrá un *gobernador* que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento; el gobernador será *agente del presidente* de la república para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la nación acuerde con el departamento" (cursiva nuestra).

GRÁFICO 38: DESDOBLAMIENTO Y BIFURCACIÓN



En Alemania no existe la bifurcación en sentido gubernamental, pero sí existe la posibilidad de que las agencias nacionales tengan presencia subnacional, aunque esta posibilidad está muy constreñida en señal de reconocimiento de la estatalidad del meso (Schmidt-Bleibtreu, 2004: 85).

No hay que olvidar que es común que la bifurcación se aplique menos o se elimine, conforme uno va bajando de niveles territoriales. Un ejemplo de ello lo da Francia, ya que en ella la bifurcación se da a nivel meso y submeso pero, curiosamente, se interrumpe en el nivel local, donde se da un desdoblamiento a favor de los municipios. Por ello es que se dice que el alcalde francés es representante de "dos colectividades, la comuna y el Estado" (Cassia, 2004: 425). En su calidad de representante del Estado, el alcalde francés está protegido frente a su concejo municipal y se halla jerárquicamente por debajo del prefecto provincial, quien puede aplicarle controles de oportunidad y legalidad. Más aún: para tareas jurisdiccionales del nivel nacional, el alcalde ya no depende del prefecto, sino de las autoridades judiciales correspondientes (Ibid., 255), por lo cual acaba siendo un agente del poder judicial nacional.

20. Territorialización de otros órganos: *¿Cómo se descentraliza la justicia?*

El modo del Estado plantea pautas decisivas para la territorialización de las funciones estatales que no son las del poder ejecutivo o del legislativo. La doctrina alemana, por ejemplo, supone que la cláusula pro meso del Art. 30 de la Constitución se extiende al poder judicial (Schmitt-Bleibtreu, 2004: 1.674). O sea, mientras la Constitución no diga lo contrario, también la administración de justicia es un asunto meso. De hecho, la posibilidad de conformar juzgados para asuntos específicos está mucho más abierta en los entes federados que en el nivel nacional. Una expresión de la territorialización de la administración de justicia es la disposición de que una ley del ente federado pase los litigios del meso a los juzgados federales, que actúan como instancias últimas (Art. 99).

Sin embargo, el diseño alemán permite, al mismo tiempo, que una decisión del nivel nacional reduzca las posibilidades mencionadas. La federación alemana ha hecho uso de sus prerrogativas, definiendo la conformación de juzgados subnacionales o el derecho procesal, lo cual ha dejado al meso, en la práctica, con competencias "saldo", como la fijación de los distritos judiciales (Ibid.: 1.694). Una amplia legislación nacional para lo judicial en un modelo federal –que, según se cree, deja todo a los entes federados– se justifica por la búsqueda de un grado mínimo de uniformación, en aras de la seguridad jurídica y del Estado de Derecho (Proelss, 2005: 50).

Hay que reconocer que, en general, la territorialización de la justicia y los órganos de control fiscal es más pobre. Ya los expertos españoles advirtieron que las formas en las cuales lo judicial se "descentraliza" difieren de las formas empleadas para los órganos y funciones estándar (Aja, 2003: 116).

Según Rafael Entrena, un síntoma de la menor elasticidad de la descentralización judicial es el hecho de que el texto constitucional español hable de "*poder* judicial", al mismo tiempo que no emplea el término "poder" para el ejecutivo y el legislativo, en el entendido de que "también las comunidades autónomas son titulares de la potestad legislativa y ejercen las funciones políticas y ejecutivas", mientras que "el Estado monopoliza las supremas instancias de decisión judicial" (Entrena, 2001: 53).

Una duda similar emerge al abordar la situación de los órganos de control fiscal y también podría extenderse a otro tipo de instituciones, como el sistema de regulación sectorial o las defensorías del pueblo. Discutamos esta compleja cuestión mediante una revisión detallada de la experiencia española al respecto.

Algunos autores sostienen que las comunidades autónomas simplemente no tienen poder judicial (Murillo, 2000: 93). "Los órganos judiciales situados en una comunidad autónoma –nos dice Murillo– están en ella pero no son de ella". Esto lo ratifica el hecho de que la regulación del poder judicial se hace mediante leyes nacionales.

Sin embargo, el modo compuesto del Estado español también ha dejado sus huellas en el poder judicial. Así, los tribunales superiores meso toman decisiones referidas al derecho de origen autonómico (Murillo, 2000: 95). También ha surgido la "administración de la administración de justicia" como una suerte de ámbito disponible para la comunidades autónomas (Murillo, 2000: 97). En este ámbito se encuentran las cuestiones de insumos materiales y humanos para los juzgados. Se ha abierto también la posibilidad de que algunos vocales de los tribunales superiores sean propuestos por las asambleas legislativas meso, aunque la decisión final siga en manos del Consejo Nacional de la Judicatura. Asimismo, se ha incorporado como parámetros de designación el que los candidatos conozcan derecho civil especial o idiomas de la región donde ejercerán sus funciones (Murillo, 2000: 100).

A pesar de todo, estas medidas no alteran la arquitectura española del poder judicial, que mantiene como "unitaria" la potestad jurisdiccional y la organizacional. Ello sin perjuicio de que se amplíen, a favor del poder subnacional, los márgenes de decisión judicial, tanto en lo jurisdiccional como en lo gubernativo. Esas ampliaciones gubernativas son resultado de delegaciones o las desconcentraciones del órgano nacional afectado, en este caso, del Consejo Nacional de la Judicatura.

Si el Estado se hubiera fraguado como resultado de la integración del Estados previamente existentes, sería más probable una mayor territorialización del poder judicial (Murillo, 2000: 110). En cambio, en el "federalismo funcional" el poder judicial se resiste a la territorialización.

Con ocasión de la reforma del Estatuto de Cataluña se ha vuelto a revisar esta cuestión. Un autor recordó que éste era el "único poder del Estado no susceptible de descentralización" (Alcubilla, 2006:103). No obstante, en las reformas estatutarias se prevé una "descentralización" del Consejo General del Poder Judicial, la reducción de las fun-

ciones del Tribunal Supremo Nacional a la de unificar la doctrina y el reforzamiento del Tribunal Superior de Justicia autónomo. Según algunos autores, debido a la presión de reformas estatutarias en curso, se estaría pasando a una estructura crecientemente "federal" de organización de la justicia, tanto en lo orgánico como en lo procesal (Alcubilla, 2006: 108). Se buscaría agotar en los tribunales superiores de cada ente autónomo el conocimiento y la decisión jurisdiccional.

En relación al sistema de control fiscal español, la presión estructural del modelo autonómico impidió que se concretara la ley 12 de 1983, que quería establecer "secciones territoriales" del Tribunal Nacional de Cuentas para hacer el control en las comunidades autónomas (De Vega, 1999: 218). En lugar de eso se aprobó la creación de unos Órganos de Control Externo (OCEx) en cada comunidad autónoma que añaden, a las funciones consultivas, las fiscalizadoras (De Vega, 1999: 220).

Aunque no prosperó la fundación de agencias desconcentradas de control fiscal, España parte del supuesto de que el órgano nacional de control fiscal tiene una condición suprema, que no puede ser puesta en cuestión por las comunidades autónomas.

Se ha afirmado que no existiría, en el sistema de control, una delimitación competencial, sino una imbricación y una "coordinación en el ejercicio de la función fiscalizadora" (De Vega 1999: 230). De ahí que si una comunidad autónoma no tiene su propio OCEx, el Tribunal Nacional de Cuentas asuma la tarea (Ibid.: 231). Por tanto, la acción fiscalizadora de un OCEx es constitucional siempre y cuando no impida que el Tribunal, a su turno, efectúe su control en los mismos ámbitos (Ibid.: 233). Por todo ello es que, finalmente, el Tribunal Constitucional español, en la STC 18/1991, da por aclarado que el Tribunal Nacional de Cuentas tiene "supremacía" sobre los OCEx.

En conclusión, pese a la existencia de órganos territorializados de control fiscal, el modelo español de contraloría está anclado en el modo de Estado simple o "unitario" (Biglino). Sin embargo, puede convenirse que, como efecto natural del proceso autonómico, es lógico que, buscando "completar el cuadro de las propias instituciones de autogobierno", se llegue a "descentralizar el control de cuentas". Los OCEx son un paso en ese sentido.

Surge otro problema: el control fiscal de los municipios. En algunos casos, el Tribunal Nacional delega esta tarea a las contralorías meso. Biglino afirma que la lejanía de este Tribunal alienta el relajamiento de las entidades locales.

También en Francia, reputada de monolítica, se produjeron procesos de territorialización de los controles de cuentas (Benoit, 2003). La creciente politización que experimentó el poder subnacional francés empujó a pasar el control legal y contable-financiero externo a entidades independientes del ámbito subnacional (Thönig: 2005: 699).

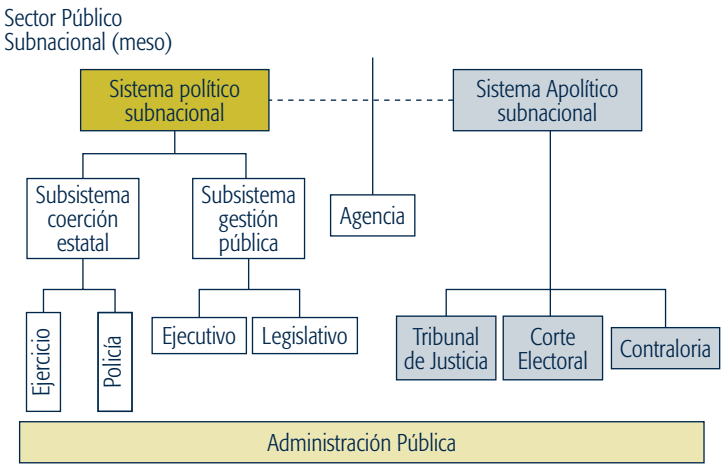
En resumen, entonces, nada parece impedir que, crecientemente, se territorialicen las tareas judiciales y fiscales por eficiencia y calidad. De este modo, los tribunales superiores meso podrían agotar las decisiones jurisdiccionales en lo civil, penal y contencioso-admi-

nistrativo, con lo que la Corte Suprema se convertiría en instancia de casación. Las tareas de administración de la administración de justicia podrían igualmente territorializarse. Ello implicará que el poder judicial sea cada vez más financiado por los presupuestos meso.

Las cortes meso así fortalecidas, sin embargo, no tienen por qué aplicar principios que no sean los definidos por leyes nacionales. De modo que en el sistema judicial no existiría un descentralización, en el sentido estricto de la palabra. Pero tampoco habría solamente delegación de los tribunales supremos nacionales. Se trataría de una desconcentración dinámica.

Esta desconcentración tiene peculiaridades debido, por un lado, al hecho de que el poder reglamentario no siempre está en manos del poder ejecutivo respectivo sino también de organismos independientes como los tribunales y consejos nacionales. Por otro lado, por la naturaleza técnica de estos sistemas públicos, que deben operar convenientemente aislados de la política subnacional.

GRÁFICO 39: TERRITORIALIZACIÓN SUI GENERIS DE LA JUSTICIA Y EL CONTROL FISCAL



21. Las competencias: *¿Deseos, materias, verbos?*

Encaremos ahora el tema de la asignación competencial. El primer paso para comprenderla es aclarar lo que significa *competencia.* Es común que por competencia se hable de muchas otras cosas. Se lee, por ejemplo, que "los departamentos autónomos asumirán... competencias:... Educación" (Urenda, 2005) o que una competencia es la "Corte electoral" (Galindo, 2005).

En la normativa peruana de descentralización, las competencias están expresadas mediante verbos como "promover", "facilitar", "concretar" (LBD, Art. 35).

Otra confusión es postular la competencia como una función administrativa, que es lo que sucede cuando se usa "planificar".

Como el Estado busca darle *un sentido* a la política pública, es usual que la competencia se la confunda con éste, siendo que en realidad es un ámbito de actuación, el cual admite diferentes políticas y diferentes sentidos políticos.

El primer punto que debemos comprender es que para que las tareas estatales se realicen, el ordenamiento jurídico no sólo distribuye recursos, sino que distribuye *habilitaciones* a los órganos estatales para que éstos produzcan determinados bienes o servicios. No todos pueden hacer de todo, por lo que cada quien recibirá campos potenciales de actuación y, en tal medida, límites. Estas habilitaciones para la actuación es lo que define la palabra "competencia".

La competencia es, por tanto, un ámbito acotado de actuación (März, 2001:812), una "aptitud legal de obrar" (Gordillo, 2003: XII-5). Salvo en el derecho constitucional suizo, cuya premisa es que la competencia implica una obligación (Rhinow, 2000: 74), se puede considerar que la competencia es más bien una potencialidad (Isensee, 1988: 65).

En consecuencia, si la competencia es un ámbito acotado de potencial actuación permitida, debe evitarse cualquiera de las siguientes formulaciones:

a. "El departamento tiene como competencia *la educación...*" (confusión con sector).
b. "El departamento tiene como competencia *la equidad* entre hombres y mujeres..." (confusión con deseo).
c. "El departamento tiene como competencia *planificar...*" (confusión con función).
d. "El departamento tiene como competencia *coadyuvar* en el logro de..." (confusión con verbo).

Si en las negociaciones constituyentes un grupo de presión lograra que se inscribiera como competencia un deseo de política (como podría ser la demanda por "salud gratuita"), desde la perspectiva técnica, el catálogo competencial quedaría malogrado. Sin embargo, a veces es difícil convencer a todos de las ventajas de una nomenclatura rigurosa. En este ejemplo, los diseñadores constitucionales deberían intentar convencer al grupo de presión diciéndole que no es que la aspiración a "salud gratuita" no les parezca atendible o justa. Y habría que mostrarles en qué otra parte del texto constitucional podría entrar esa exigencia sin disminuir la claridad del sistema de asignación competencial.

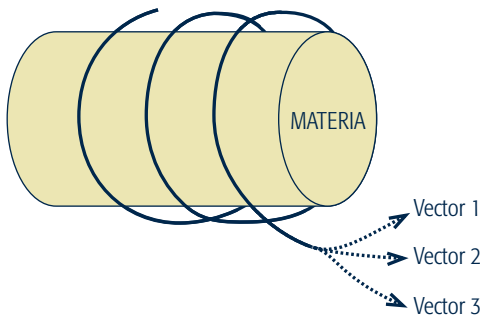
22. La competencia y sus dimensiones: *¿Por qué tiene tres dimensiones?*

Una competencia tiene una dimensión objetiva. Nos referimos a lo que el Tribunal Constitucional de España llamó un conjunto de asuntos relativos a un "sector de la vida social" (STC 132/1989). La competencia encuentra su concretización objetiva ideal en la *materia*. En el gráfico inferior ponemos algunos ejemplos:

GRÁFICO 40: MATERIAS COMPETENCIALES

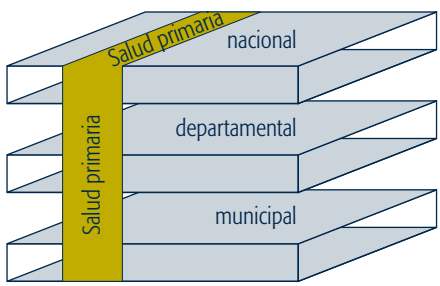
Igual que la competencia no implica política pública alguna, ningún "sentido" o "vector" preciso, tampoco la materia, aunque tenga un contenido determinado ("salud primaria", "educación secundaria", etc.). Por tanto, hay que evitar las mismas confusiones sobre las que ya se advirtió al hablar de competencia.

GRÁFICO 41: MATERIA COMPETENCIAL Y VECTOR



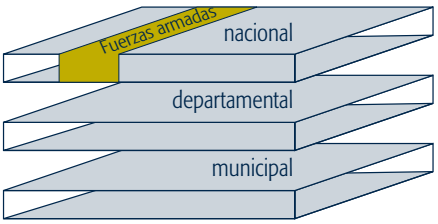
La segunda dimensión de la competencia es la *territorial*, pues siempre se imputa a una instancia territorial. La competencia, además de su componente objetivo-material, adquiere una dimensión territorial. Véase en el gráfico siguiente una de las posibles combinaciones entre la dimensión material y la territorial. La materia "salud primaria" puede atravesar, por así decirlo, todos los escalones territoriales. En otras palabras, puede ser que cada nivel territorial tenga "algo" que hacer o decir con respecto a la materia en cuestión. En la gestión pública, el que más de uno se ocupe de una misma materia no es infrecuente.

GRÁFICO 42: DIMENSIÓN TERRITORIAL Y MATERIAL DE COMPETENCIA



Pero otras situaciones son también posibles –como lo muestra el siguiente gráfico–. Puede ser que una materia sea abordada sólo desde un nivel territorial.

GRÁFICO 43: DIMENSIÓN TERRITORIAL Y MATERIAL DE COMPETENCIA: CASO PUNTUAL

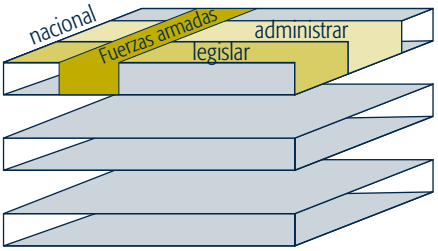


Como siguiente paso hay que indagar qué es lo que cada nivel puede decir o hacer en torno a una determinada materia. Con ello entramos a una tercera dimensión de la competencia, la *potestativa*, que establece cómo se engrana cada nivel territorial con cada materia. En otras palabras, para que un ente territorial tenga clara su asignación competencial debe poseer un determinado *conector* entre él y la materia.

Un autor español dice algo equivalente con estas palabras: "las materias objeto de distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas se refieren a distintas realidades físicas, jurídicas o económicas: montes, museos... transportes...; y sobre estas materias pueden a su vez ejercitarse distintos tipos de funciones o potestades" (DeVega, op.cit: 229).

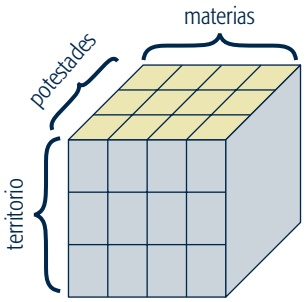
La dimensión potestativa se deriva de las consideraciones teóricas precedentes, pues recupera nuestro debate sobre la potestad de legislación frente a la de administración. En efecto, un nivel territorial puede conectarse con una materia por la vía de legislar sobre ella; pero habrá que analizar si podrá ejercer, *además*, la potestad de administrarla sin el concurso de otros. En el gráfico que proponemos a continuación hemos encontrado un punto de intersección hipotético entre: "nivel nacional+(legislación+administración)+fuerzas armadas", en el que se legisla y administra. En ese punto el nivel nacional asume potestades legislativas y administrativas sobre la materia.

GRÁFICO 44: DIMENSIÓN TERRITORIAL Y MATERIAL DE COMPETENCIA: FFAA



Por tanto, para distribuir una competencia de forma integral es necesario hacer precisiones materiales, territoriales y potestativas. Se puede decir que deben definirse tres asuntos: *el qué, el dónde y el cómo*. Si nos sujetamos a esta combinación de tres dimensiones, podemos representar el problema de la siguiente manera. De las potestades ya hemos explicado dos: la de legislar y la de administrar (dejando para luego la de financiar). Las materias, por su lado, son indeterminadas. Y la cantidad de niveles territoriales en juego depende del "gramaje" estructural de cada uno, o sea, del conteo que hemos llamado "algebraico".

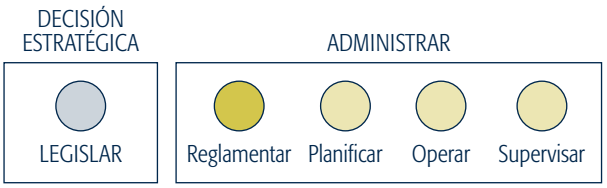
GRÁFICO 45: EL CUBO COMPETENCIAL



23. La potestad administrativa y sus funciones competenciales: *¿Por qué comienza la administración con el poder reglamentario?*

Pasemos ahora a explicar la estructura y lógica de la potestad de administración, que acabamos de mencionar como una de las variables de la dimensión potestativa de la competencia. La comprensión de esta potestad es urgente, pues de ella se desprenden las *llaves de la asignación* competencial.

GRÁFICO 46: POTESTAD ADMINISTRATIVA Y FUNCIONES COMPETENCIALES



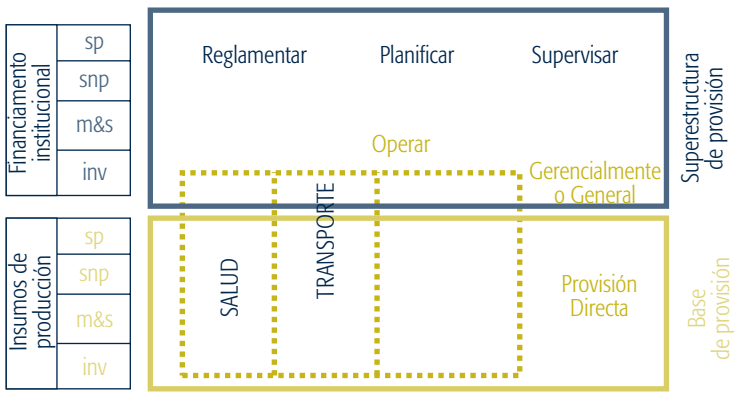
Contra el sentido común, la potestad de administrar arranca con el poder reglamentario y no con la operación misma. Por tanto, lo normativo está presente, bajo la forma de una norma general, en el acto de administrar. Éste normalmente supone la definición previa de un curso estratégico, el cual se produce, como se ha explicado en las páginas precedentes, mediante otra potestad, la de legislación.

Unas funciones administrativas están más cerca de los ciudadanos en tanto beneficiarios de bienes y servicios públicos. Las funciones que podríamos llamar "superestructurales" son *reglamentar, planificar y supervisar*, mientras que la función de base es *operar*.

Ya hemos discutido la función de reglamentar antes. Ahora debemos apuntar algunas consideraciones sobre las otras funciones superestructurales. Comencemos con "planificar", que para que sea una función competencial debe ser incidente y estrátegica. Lo primero significa que tiene que poder afectar la conducta de los agentes, ya sea afectando el gasto público o por medio de prohibiciones y mandatos. Por tanto no puede ser una programación operativa de corto plazo.

La función de "supervisar", por su lado, no tiene que ver con el control fiscal o social. Se refiere al control técnico-sectorial en línea. Si se asigna a un nivel territorial específico, el seguimiento de la efectividad y el impacto de una actuación estatal se agota en este nivel, por lo que el ministerio sectorial nacional sólo recibe información para fines de registro. Por eso, la retención de esta función en el nivel territorial encargado de la operación puede proteger a este nivel de los ministerios nacionales sectoriales que, con el pretexto de la supervisión técnica, influyen en las actuaciones sectoriales subnacionales.

GRÁFICO 47: FUNCIONES COMPETENCIALES SUPERESTRUCTURALES



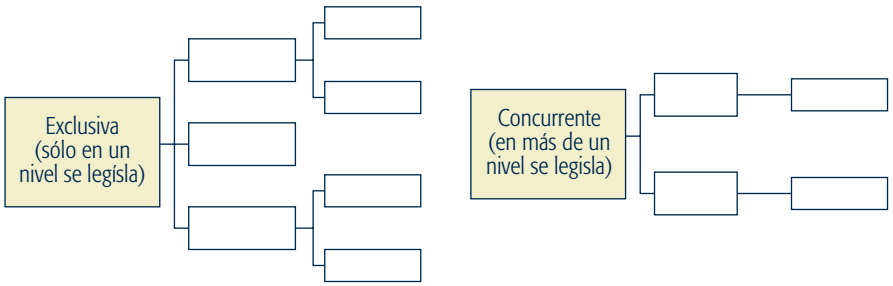
Las funciones superestructurales están a cargo de los órganos políticos y las estructuras directivas, mientras que la operación es responsabilidad de los operadores mismos y de los gerentes operativos. Sería un error creer que sólo la base, y no así la superestructura, tiene costos. Todas las funciones activan prácticamente las mismas partidas presupuestarias.

Como ya hemos dicho, dentro de la potestad de administrar, la función de operar constituye el punto de conexión más inmediato con el consumidor. En ella se confronta siempre por lo menos dos fenómenos. Por una parte, lo orgánico, por otra parte, la función misma. Lo orgánico se refiere a los agentes encargados, que pueden ser varios al mismo tiempo: en salud, por ejemplo, un secretario sectorial, un agente ministerial y un director de hospital.

24. Las llaves de asignación competencial: *¿Por qué la raíz es la legislación y la administración el accidente?*

Todas las opciones de asignación competencial se ramifican de dos grandes troncos.

GRÁFICO 48: EXCLUSIVIDAD Y CONCURRENCIA

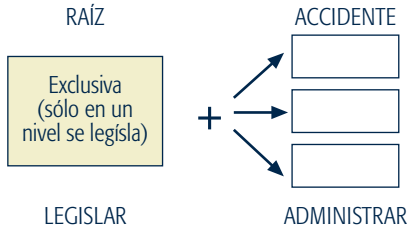


O sólo se legisla en un nivel territorial ("exclusividad") o, de lo contrario, dentro del Estado en cuestión, además de legislarse en el nivel nacional, se lo hace en otro nivel ("concurrencia"), según disponga la Constitución. No hay que buscar mucho para descubrir, aquí, la disyuntiva entre modo de Estado simple y modo de Estado compuesto. Sin embargo, si bien la "exclusividad" nos dice que hay monopolio de la legislación en un nivel territorial, no nos dicen todavía en cuál. La exclusividad, por lo tanto, no es sinónimo de que sólo el nivel nacional legisla (modo de Estado simple). Únicamente dice que, sobre una materia determinada, legisla un solo nivel –cualquiera fuera éste.

GRÁFICO 49: MODALIDADES DE EXCLUSIVIDAD

La asignación competencial exige realizar un paso adicional, a saber, definir –y los textos constitucionales de los Estados compuestos suelen llegar a este detalle– la situación en la que queda la potestad de administración. A quién se asigna la potestad administrativa es un "accidente" en relación a la "raíz", que es la decisión sobre la potestad de legislación.

GRÁFICO 50: RAÍZ Y ACCIDENTE EN LA ASIGNACIÓN COMPETENCIAL

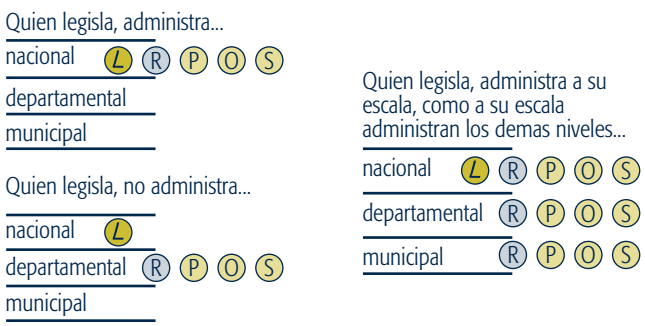


En estas condiciones, existen las siguientes alternativas:

a. Que el nivel que legisle retenga para sí todas las funciones competenciales.
b. Que el nivel que legisle retenga las funciones competenciales a su escala, pero que los otros niveles territoriales, que no legislan sobre la materia, administren a su escala respectiva;
c. Que el nivel legislador pierda la administración a favor del ámbito inferior.

Ninguna de estas variantes altera la exclusividad, el que un solo nivel legisle, pues sólo se refieren a la potestad de administración. Veamos estas tres variantes en un ejemplo en el que el nivel nacional posee la asignación exclusiva (recordando que la misma lógica se aplicaría, sin cambios, para cualquier nivel subnacional).

GRÁFICO 51: VARIACIONES ALREDEDOR DE LA POTESTAD DE ADMINISTRACIÓN



El primer caso se llama exclusivo *exhaustivo*, en la medida en que el nivel que legisla se queda, además, con todas las funciones administrativas. Si además no se permitiera la posibilidad de delegación de estas funciones, se hablaría de una asignación exclusiva (exhaustiva) *privativa*. En este último caso, si el nivel nacional, por ejemplo, necesitaría presencia subnacional, estaría obligado a instalar sus propias oficinas allí donde lo requiera.

La llave *ExcPriv* es la más rígida y centralista de todas, pero resulta muy necesaria para el caso del nivel nacional y las llamadas materias majestuosas, como "Fuerzas Armadas" o "moneda".

La segunda ramificación del tronco de la exclusividad es aquella en la que si bien el nivel nacional retiene las funciones administrativas (hasta allí sería exhaustiva), los otros niveles, por justificaciones de escala, las asumen también. Llamaremos a esta variante una asignación exclusiva *paralela* ("ExcPar").

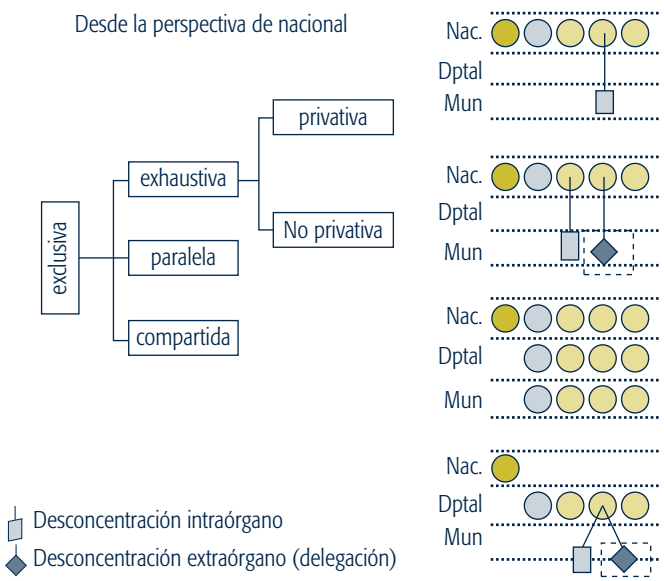
Un ejemplo sería una "Ley Nacional de Control Fiscal" válida para todos los niveles territoriales, al mismo tiempo que la Contraloría General se encarga sólo de las auditorías nacionales, mientras que las contralorías subnacionales, sobre la base de la mencionada ley, se ocupan de las entidades del sector público departamental.

En la tercera ramificación el que legisla se desprende de la administración, sea de manera preceptiva y general (caso del Art. 83 de la CP alemana), o de manera voluntaria y de acuerdo a una lista de materias (llave exclusiva *compartida* o "ExcCom"). En este caso se encuentran las materias que, por alguna razón, el Estado quiere legislar a nivel nacional pero administrar en el departamento o el municipio.

Pongamos como ejemplo la materia "tierra". El constituyente puede decidir que, aunque la ley debe ser la misma para todos, lo mejor es transar con los poderes subnacionales para que la administración se quede con ellos.

El costo para el centro de esta llave "ExcCom" es que, al ceder la administración, cede también, como el primero de sus momentos, la función reglamentaria. No podría evitar que una entidad territorial meso haga algo más que operar las oficinas de tierras. Por tanto, el nivel nacional, aunque reteniendo la legislación para sí, debe ceder más poder que en el caso "Excpriv".

GRÁFICO 52: ÁRBOL RESUMIDO DE LA ASIGNACIÓN EXCLUSIVA



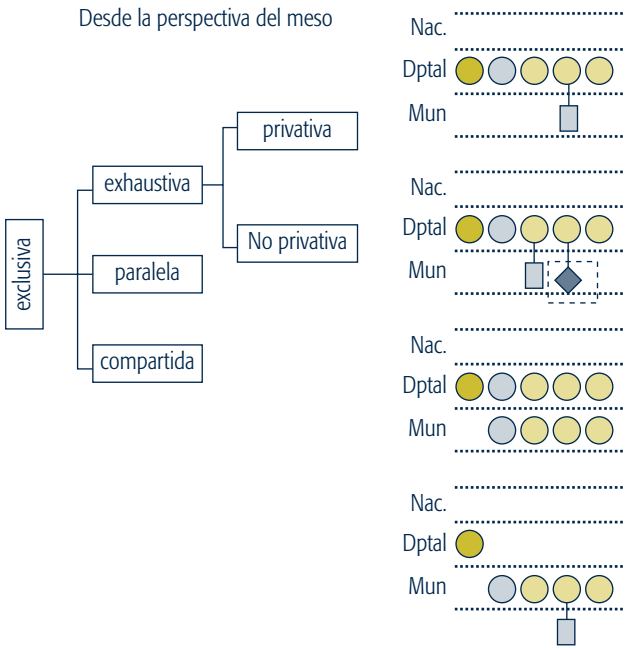
Como el gráfico muestra, la llave "ExcCom" no cierra la posibilidad de que el receptor de las funciones competenciales desconcentradas decida, a su turno, delegarlas "hacia abajo" o intra-órgano. Sin embargo, mal podría el receptor pasarla al nivel territorial siguiente por la vía de una desconcentración estructural, o sea, ir más allá de la delegación (desconcentración dinámica). En este caso, lo mejor sería saltárselo y llegar directamente hasta ese segundo receptor, que sería el que cuente.

También se supone que en el caso "Excpar", que tiene una justificación de escala, el nivel que detenta las funciones competenciales no puede desconcentrarlas, pues por algo se encontró que para su escala –y no para una inferior– eran necesarias estas funciones. Algunas desconcentraciones dinámicas podrían excepcionalmente ser permitidas y normadas.

Una tercera suposición tácita es que el nivel encargado de reglamentar, de hecho lo estará también de planificar y supervisar, para unificar las funciones superestructurales. Hay un margen de flexibilidad para la función "operar".

Veamos ahora lo que pasa si la asignación exclusiva es al meso y no al nivel nacional.

GRÁFICO 53: ÁRBOL RESUMIDO DE LA ASIGNACIÓN EXCLUSIVA; CASO MESO



Recapitulemos las llaves encontradas hasta aquí.

GRÁFICO 54: RECAPITULACIÓN DE LAS LLAVES DE LA ASIGNACIÓN EXCLUSIVA

		Nacional	Departamental	Municipal
+A	ExcPriv	✔ dio	✔ dio	✔ dio
	Exc noPriv	✔ dio+del	✔ dio+del	—
L +/-	ExcPar	✔	✔	—
L-A	ExcCom	✔	✔ dio+del	—

Dio: desconcentración intraórgano
Del: delegación a otro ente territorial

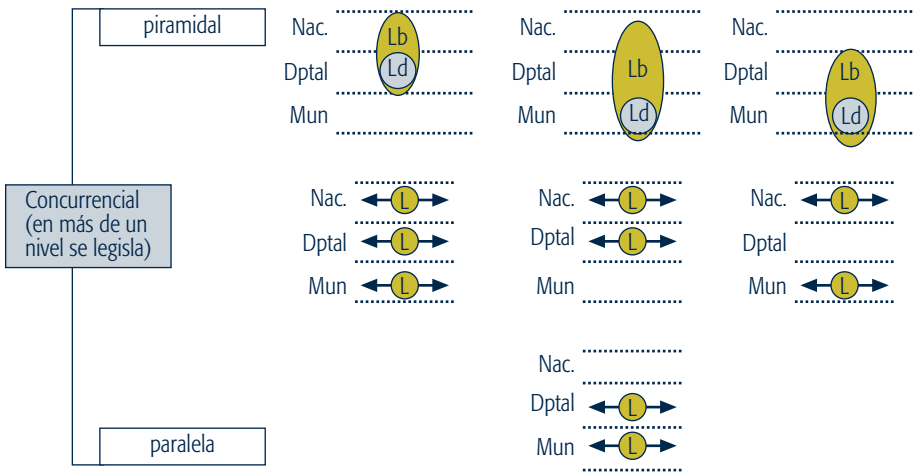
La tabla nos muestra tres oclusiones en los casilleros para "Exc noPriv", "ExcPar" y "ExcCom" para el municipio. Esto sucede debido a que, salvo que dentro del municipio se formen corporaciones territoriales, la aplicación de tales llaves sería impracticable, por el simple hecho de que debajo del municipio ya no hay otros estratos o niveles territoriales. Como el municipio a pesar de eso sí puede desconcentrarse intra-órgano, no habría oclusión en la llave "ExcPriv".

Hasta aquí las ramificaciones fundamentales del tronco de asignación exclusiva. Veamos ahora el tronco de la asignación concurrente. Manteniendo la hipótesis de un Estado con tres segmentos territoriales, podemos abordar el tema de la siguiente manera. Nuestro punto de partida es que en este caso se ha roto el monopolio de legislación –detentado normalmente por el nivel nacional– a favor del ámbito subnacional.

GRÁFICO 55: VARIACIONES DE LA ASIGNACIÓN CONCURRENTE

En la técnica de asignación concurrente se presentan dos opciones: combinar una "ley básica" con una "ley de desarrollo", o dejar que cada nivel legisle una materia para su propia jurisdicción, por el principio de apropiación de escala. El primer caso se llamará asignación concurrente piramidal ("ConPir"), mientras que el segundo, asignación concurrente paralela ("ConPar").

GRÁFICO 56: CONCURRENCIA PIRAMIDAL Y PARALELA



¿Qué idea está detrás de la conexión "ley básica"/"ley de desarrollo"? El nivel territorial nacional (para usar el ejemplo más frecuente) fija los principios dentro de los cuales los entes territoriales subnacionales pueden a su turno legislar, desarrollando esos principios.

Aquí urge aclarar que el desarrollo de la ley básica no se produce por reglamento sino por ley. Una de las críticas a este procedimiento ha sido que los niveles nacionales muchas veces no respetan los límites de *lo básico* y entran en detalles, reduciendo el margen de desarrollo legislativo que confieren a los niveles subnacionales. Estos excesos han sido controlados por los tribunales constitucionales, pero el debate se mantiene, por ejemplo en España (Aja/Viver, 2003: 88).

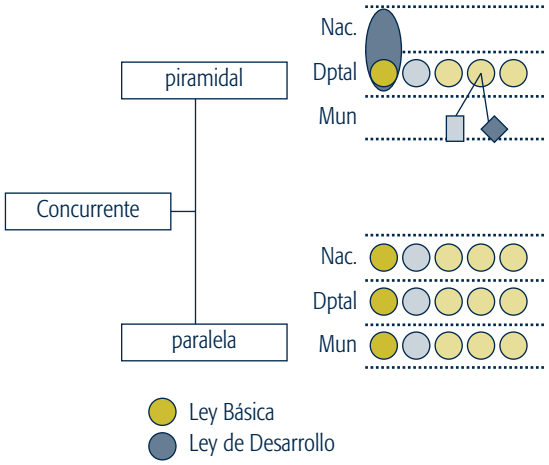
El vocablo "concurrente" pertenece a la nomenclatura italiana. La Constitución de este país, en su Art. 117, dice que "[en] las materias de legislación concurrente corresponde a las regiones la potestad de legislar, excepto para la determinación de los principios fundamentales, que se reserva a la legislación del Estado."

Esta técnica ya se usó en la Constitución imperial alemana de 1871 (Sannwald, 2004: 1.427) y se la conocía como "disposiciones marco" y "legislación meso". Curiosamente, fue eliminada por la reforma constitucional alemana de 2006, pero se mantiene en otros países europeos.

La otra forma de asignación concurrente, llamada *paralela*, se encuentra sobre todo en la doctrina suiza y se refiere a que un nivel actúe sobre "un mismo campo de la misma forma sin generar colisión" (Thalmann, 2000: 161-162). También se ha trabajado la idea en el derecho constitucional belga, que la justifica con razones de escala (Delpérée, 2000: 296).

Una vez hecho este análisis, debemos pasar a ver en qué situación quedan las funciones administrativas en este tipo de asignación.

GRÁFICO 57: SITUACIÓN DE LAS FUNCIONES EN LA ASIGNACIÓN CONCURRENTE



El uso de la llave "ConPir" debe reconocer que aquel que puede hacer legislación de desarrollo, mal no podría controlar las funciones administrativas. Tomemos en cuenta que la legislación de desarrollo es débil. Usar la llave "ExcCom" es posible cuando la legislación es exclusiva, por la fuerza que entonces tiene, pero no ocurre lo mismo cuando se trata de legislación de desarrollo. Sin embargo, el nivel que detenta esta legislación, por *muto proprio*, puede desconcentrar intra-órgano o delegar hacia abajo.

También es tácito que el nivel que detenta la legislación básica no puede retener ninguna función administrativa. Este recaudo surge para evitar que el nivel legislador retenga el poder reglamentario. Se trata de una posibilidad teórica sobre la que volveremos al final de este acápite.

Por último, el uso de la llave "ConPar" responde a necesidades de escala, por lo que mal podría esperarse que los niveles que legislan de forma paralela no busquen retener para sí las funciones administrativas correspondientes.

GRÁFICO 58: SÍNTESIS DE VARIANTES DE LA LLAVE CONCURRENCIAL

	Nacional	Departamental	Municipal
ConPir	✔	✔	(Ld)
ConPar	✔	✔	—

Recapitulando, tenemos lo siguiente:

GRÁFICO 59: RECAPITULACIÓN DE TODAS LAS LLAVES COMPETENCIALES

		Nacional	Departamental	Municipal
+A	ExcPriv	✔dio	✔dio	✔dio
	Exc noPriv	✔dio+del	✔dio+del	—
L +/-	ExcPar	✔	✔	—
L-A	ExcCom	✔	✔dio+del	—
+A	ConPir	✔	✔dio+del	(Ld) dio
+A	ConPar	✔	✔	✔

Dio: desconcentración intraórgano
Del: delegación a otro ente territorial

Para cerrar esta revisión, resta considerar algunas situaciones adicionales, como ser:

a. La posibilidad de que se mantenga el poder reglamentario en el nivel emisor, cuando se supone que más bien las funciones administrativas, especialmente las superestructurales, y entre ellas la de reglamentar, deben pasar al nivel receptor.
b. Que las funciones administrativas que se comparten no pasen en cadena al receptor.
c. La idea de un mecanismo de asignación "latente".
d. El carácter de las llaves de asignación.
e. La cuestión de con cuánto detalle debe estar la descripción de estas llaves en la Constitución.

En cuanto al punto "a", de hecho, el Art. 84 de la CP alemana, que es una clásica fuente de inspiración, admite en materias con asignación "ExcCom" la posibilidad de que el gobierno federal emita disposiciones generales de tipo reglamentario. Sin embargo, tal posibilidad depende del voto de la Cámara Territorial Federal. En el recientemente reformado Art. 75, esta Constitución disponía que, para el caso de ley básica/ley de desarrollo, sólo "excepcionalmente" las normas básicas federales podían contener disposiciones para lo particular o que tuvieran efecto inmediato.

En suma, la retención del poder reglamentario en el nivel nacional cuando se ha decidido aplicar "ExcCom" o "ConPir" sólo debería ser excepcional. Si en una materia como educación el nivel nacional cree difícil evitar que el ministro del área tramite constantes decretos supremos, probablemente será mejor que asigne esa materia con la llave "ExcExh-noPriv".

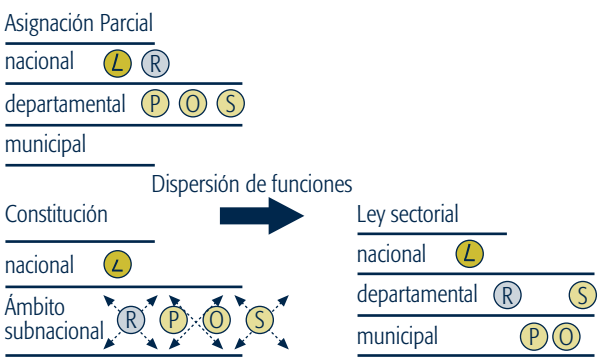
En el punto "b" se plantea la posibilidad de que, al separar al legislador de la administración, las funciones administrativas no caigan en cadena a un mismo nivel territorial, sino que premeditadamente se dispersen entre varios niveles subnacionales quedando, por ejemplo el *reglamentar* en el departamento y el *operar* en el municipio. Esta posibilidad pue-

de producirse cuando se realiza una asignación *parcial*, una de cuyas manifestaciones es el caso, ya visto en el párrafo anterior, en el que el nivel superior retiene la reglamentación a pesar de haber optado por aplicar "ExcCom" o "ConPir". Como se ha dicho, lo normal es que se asigne las funciones administrativas de forma *completa*.

Otra posibilidad es que la dispersión de funciones se produzca por decisión constitucional explícita, para lo cual, en vez de hablar de un receptor para las mismas, simplemente dirá que el nivel nacional las comparte "con el ámbito subnacional". Debe ser, entonces, una ley sectorial la que defina a qué niveles, finalmente, se encomendará estas funciones.

Otra posibilidad teórica sería que, habiendo el ente autónomo meso recibido las funciones administrativas para trabajar una determinada materia, decidiera traspasarlas, y no por delegación sino por desconcentración estructural, a los municipios. En este caso, la decisión del ente meso contravendría la intención original del constituyente, que si no hubiera querido pasarle a él la cadena completa de funciones, habría impuesto que ésta se comparta entre el nivel nacional y el "ámbito subnacional", dicho en general, sin especificar un nivel u otro.

GRÁFICO 60: ASIGNACIONES PARCIALES Y COMPLETAS



En cuanto al punto "c", existe un modelo que permite combinar varias llaves. Lo encontramos en el Art. 72 de la Constitución alemana. Según este dispositivo, una lista determinada de materias son de asignación exclusiva del meso, *mientras* y *en la medida* en que el titular real, en este caso, la federación, no legisle sobre ellas.

El cuarto punto ("d") nos indica que las llaves de asignación competencial varían de carácter. En el mecanismo del Art. 72, que acabamos de mencionar, la llave puede ser usada o no, de acuerdo a la voluntad de la Federación (o a una lista de requisitos). En cambio, el Art. 83 de la CP alemana introduce la llave "ExcCom" de forma preceptiva, pues ordena que *toda* ley nacional sea cumplida por el meso como propia. Esto podría haber sido diferente. En gran medida estas decisiones no son técnicas, sino que dependen de la negociación política entre los actores de una reforma constitucional.

Finalmente toquemos el punto "e". Está claro que, en los Estados compuestos, el detalle de las llaves debe estar en el texto constitucional, mientras que en los Estados simples normalmente es la ley la que decide las combinaciones, que se restringen a las funciones administrativas. Sin embargo, incluso en el primer caso podría dejarse algunas partes, por ejemplo la explicación de los acuerdos tácitos que respaldan la definición de una llave y no de otra, a leyes específicas.

En el caso de las listas de materias declaradas por la Constitución como exclusivas del departamento, podrían detallarse en el estatuto del ente meso, el cual podría señalar, por ejemplo, la situación en la que quedarán las funciones administrativas de estas materias y si se compartirán o no con los municipios. Esto quiere decir que el listado competencial municipal puede ser más amplio que aquel que le confiriera la Constitución, como efecto del estatuto del ente meso.

El Estatuto catalán reformado fue novedoso porque trató de ordenar lo que algunos analistas han llamado el arreglo "entrópico" de asignación (Souvirón, 2000: 47) logrado en la actual Constitución española. Ahora el Estatuto catalán le dedica tres artículos a las llaves de asignación. Llama "exclusiva" a la que aquí hemos llamado "exclusiva privativa" (Art. 110). Sin embargo, lo "privativo" se revela cuando el Estatuto aclara que habrá asignaciones donde, además de la "potestad legislativa", le corresponderá al ente territorial la "potestad reglamentaria" y la "función ejecutiva". La diferencia con nosotros es que hemos unido bajo el concepto de potestad administrativa tanto lo reglamentario como otras funciones que bien pueden corresponder a lo que el Estatuto catalán llama "función ejecutiva".

Luego, el Estatuto define como "compartida" la llave que aquí hemos llamado "concurrente piramidal",[12] aclarando que quien detenta la legislación de desarrollo, asume además lo reglamentario y la ejecución. Esto también ha sido considerado por nosotros más arriba.

Es interesante que el Estatuto catalán aclare que la Comunidad Autónoma establecerá "políticas propias" en las materias a las que se refieren estas llaves. Eso confirma nuestra opinión de que la legislación viene umbilicalmente unida a la posibilidad de formular políticas, lo que no se puede pretender –o sólo se puede pretender de una manera debilitada– con la posesión de poder reglamentario.

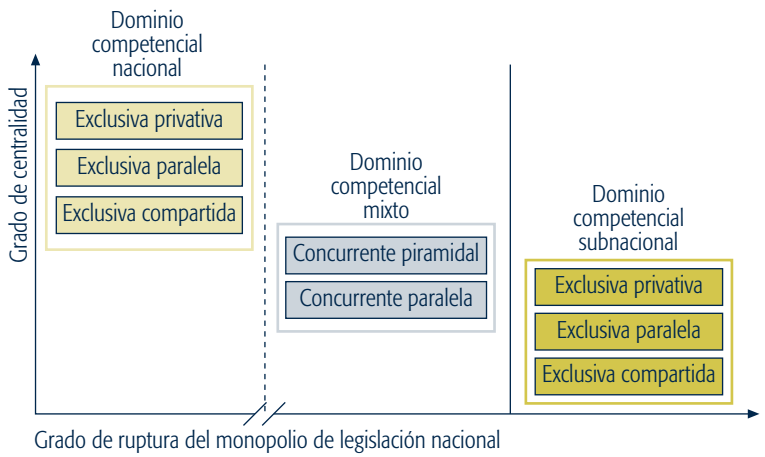
Finalmente, los redactores del Estatuto catalán llaman "competencias ejecutivas" a lo que aquí hemos denominado una asignación "exclusiva compartida". Se reserva a favor de la Comunidad Autónoma la "potestad reglamentaria" que el Art. 112 define así: "comprende la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado". Y de la "función ejecutiva" afirma: "que en todo caso incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la administración pública".

12 Hay que advertir que otros expertos españoles, como Aja (op.cit. 129), optan, como se ha propuesto aquí, por usar "concurrente" en el sentido de ley base/ley de desarrollo, y "compartida" en el sentido de desconexión del que legisla y la administración.

25. Los dominios competenciales: *¿Cómo se traducen las llaves de asignación en campos de poder territorial?*

Las llaves de asignación nos permiten configurar los *dominios competenciales,* que son como campos de gravedad que se despliegan alrededor de quien detenta la legislación sobre una materia. Hablaremos de "dominios" cuando uno sólo legisla y de "codominios" cuando más de uno legisla. La diferencia entre "dominio" y "exclusividad" y entre "codominio" y "concurrencia" radica en el énfasis que los primeros términos otorgan a la vinculación con un nivel territorial específico. En otras palabras, por cada materia habrá diferentes dominios en función de cuál nivel es el que detenta la exclusividad o en función de cuáles son los niveles involucrados en la concurrencia. La idea de dominio además busca sugerir la existencia de "manchas" de poder territorial, creadas por las llaves de asignación.

GRÁFICO 61: DOMINIOS COMPETENCIALES



Para aclarar mejor la idea de los dominios, veamos cómo se forman según los ejes de coordenadas. Advertimos así la posibilidad de tres grandes dominios competenciales. El primero es el dominio competencial *nacional*, que parte de la llave más rígida, la "ExcPriv". Obviamente, como se observa en el eje "x", mientras más lejos de esta llave se encuentre el dominio, menor será el grado de centralización del poder territorial.

El segundo dominio competencial surge por el choque entre el ámbito nacional y el subnacional (se trate del departamento o del municipio). No se olvide que ni la más "descentralizante" de las llaves del dominio nacional ("ExcCom") permite que el nivel que comparte la competencia formule política en un sentido fuerte, pues el único instrumento normativo con el que contará éste último será el reglamentario. En una asignación "compartida" no se comparte, pues, la formulación de política, sino que un nivel legisla y el otro administra.

En cambio, en el *codominio*, el nivel que comparte tiene derecho a elaborar la legislación de desarrollo, o una legislación paralela –si la asignación es "ConPar"–, y eso le permite formular política en torno a la materia compartida.

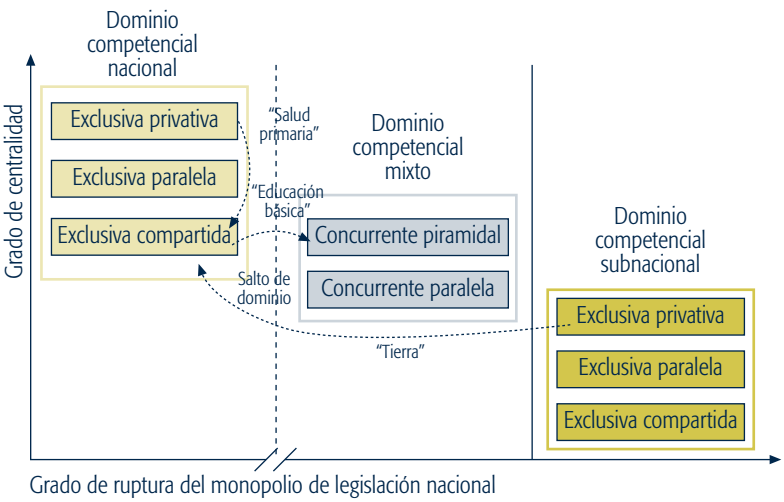
Finalmente el tercer dominio es el del poder territorial subnacional. Las llaves entonces son las mismas del dominio nacional, pero ahora se refieren a las competencias de los departamentos, o de los municipios, o de ambos.

En los procesos de negociación constituyente, en el curso de las discusiones, las materias pueden ir moviéndose, tanto dentro de cada dominio competencial, como entre un dominio y otro, hasta que las partes en negociación lleguen a un punto de acuerdo. Por ejemplo cuando, para una materia específica, se pasa de una asignación "ExcPriv" a una "ExcCom" dentro del mismo dominio nacional. Y si esta salida no es satisfactoria, se puede dar un "salto de dominio", llevando la materia, de la asignación "ExcCom" del nivel nacional, a una "ConPir", lo que creará un *codominio* de la materia entre el nivel nacional y el departamento. Más radical todavía sería pasar esta materia completamente al dominio meso, asignándola como "ExcPriv" de este nivel.

La opción contraría sería sacar una materia asignada como "ExcPriv" para el meso y convertirla en una "ExcCom" del nivel nacional.

Los negociadores "procentro" deben comprender que aunque se vaya hacia zonas más abiertas del dominio nacional, éste continúa vigente. Los negociadores "promeso" pueden ceder si ven que llevando una materia al codominio, les queda por lo menos la opción de hacer política sobre ello, en vez de perderlo todo por insistir en dejar esta materia en el dominio competencial meso.

GRÁFICO 62: MOVIMIENTOS DENTRO DE UN DOMINIO O SALTOS DE DOMINIO



26. Titular competencial

Llamaremos *titularidad competencial*, en sentido estricto, a la detentación de facultad legislativa exclusiva o concurrente sobre una materia. La diferencia de este concepto frente al de "dominio" es que ahora la mirada está puesta sobre la figura del receptor o emisor competencial, y no en el nivel territorial.

Resulta que no todo receptor de una materia es titular. El nivel nacional es frente a la Constitución un receptor competencial y sólo es titular sobre las materias que, por orden de ésta, legisla. Teóricamente, si el nivel nacional sólo recibiera desde la Constitución la instrucción de administrar, sólo sería receptor y no titular.

Sin embargo, llamaremos "titular", en sentido *amplio*, al ente territorial que sin tener legislación, tiene competencia no derivada, es decir, directamente otorgada por la Constitución.

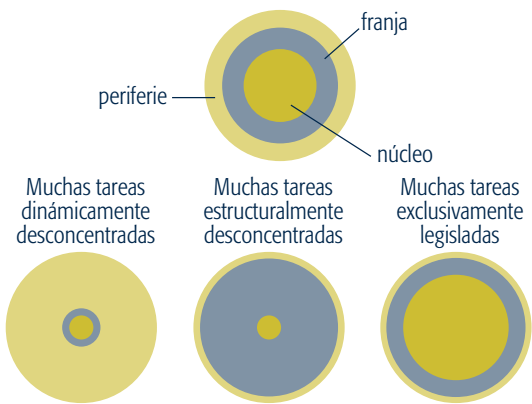
27. Núcleo, franja y periferia competencial

Las manchas competenciales no son generadas sólo por la legislación (dominios), sino también de la desconcentración/descentralización de la potestad administrativa, así como de la identidad socio-espacial de cada ente territorial.

De esta forma se constituye, para comenzar, un "núcleo" competencial, conformado por materias sobre las cuales el ente territorial tiene la legislación exclusiva porque hacen a la identidad territorial, es decir, un núcleo de *asuntos propios.* (Hay que tomar en cuenta, sin embargo, que algunos asuntos propios no forman parte del núcleo competencial de un ente).

Alrededor de este núcleo veremos una "franja" competencial formada por las materias recibidas por el ente por obra de una desconcentración estructural. Finalmente, alrededor del núcleo y de esta franja, estará lo que llamamos "periferia competencial", formada por las materias entregadas al ente receptor bajo el régimen de desconcentración dinámica.

GRÁFICO 63: NÚCLEO, FRANJA Y PERIFERIA COMPETENCIAL



28. Las materias: ¿Cómo se organizan los catálogos?

Habiendo establecido el sistema mínimo de llaves de asignación, corresponde ahora tratar las materias que serán atribuidas a cada instancia territorial. Para obtener un resultado que corresponda con una óptima sistemática, veamos primero otras teorías que pueden darnos luces.

Un primer referente es el que nos proporciona el clasificador de las Naciones Unidas, en la forma del siguiente catálogo:

TABLA 1: CATÁLOGO MATERIAL COFOG

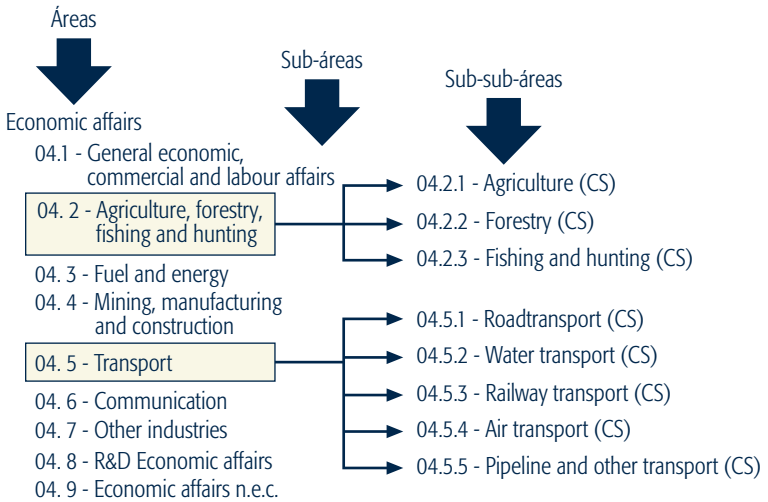
I.	General public services
II.	Defence
III.	Public order and safety
IV.	Economic affairs
V.	Environmental protection
VI.	Housing and community amenities
VII.	Health
VIII.	Recreation, culture and religion
IX	Education
X.	Social protection

Fuente: http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?Cl=4

Este catálogo se compone de diez entradas de un alto grado de agregación, que podríamos llamar "áreas" de intervención estatal. Por eso el Cofog establece también subáreas e incluso sub-subáreas.

Para entender el procedimiento clasificatorio, estudiemos una de las entradas, la de "Asuntos económicos", y como se descompone:

GRÁFICO 64: CATÁLOGO COFOG



Está claro que las áreas son muy genéricas para una asignación competencial, mientras que las sub-áreas, si bien descienden un escalón, no llegar a impedir que en una siguiente desagregación, se repita el mismo referente, como en el caso de "agricultura, forestería, pesca y caza". En consecuencia, parece que el grado ideal de desagregación se encuentra en las "sub-sub-áreas", que nosotros llamamos "materias".

El sistema Cofog nos remite de la materia a las funciones administrativas, igual que en nuestra sistemática. Si uno abre la materia "transporte carretero", entonces inmediatamente recibe información sobre la operación, uso, construcción y mantenimiento de vías de transporte carretero. O información sobre la supervisión y regulación de los sistemas de transporte, además de las tareas de difusión de información y estadísticas. También se incluye la dimensión financiera operativa de todo el sistema y se aclara, finalmente, qué cosas no serán consideradas dentro de "transporte carretero", como ser limpieza de calles, alumbrado o sistemas de reducción de ruido.

Un segundo ejemplo muy instructivo para armar un catálogo óptimo nos lo ofrece Australia, que se encuentra entre el catálogo Cofog –más pensado para la comprensión del gasto público que para la asignación competencial– y los arreglos constitucionales de las experiencias suiza y catalana.

La metodología australiana busca la ecualización fiscal interterritorial. En esa medida, es lógico que sean preponderantes las consideraciones de tipo financiero. Sin embargo, no se deja de establecer pautas de territorialización, que son las que aquí nos interesan.

Desde esta perspectiva, las entradas del catálogo deben poder permitir un registro de todo lo que tiene un impacto sobre los presupuestos operativos de las entidades territoriales (CGC, 2007: 4). La nomenclatura australiana trabaja, en ese sentido, con seis áreas compe-

tenciales, que se desagregan a su vez en 39 entradas, que en algunos casos podrían corresponder a lo que hemos llamado "materias".

TABLA 2: CATÁLOGO DE ÁREAS COMPETENCIALES – AUSTRALIA

I.	Educación
II.	Salud y servicios comunitarios
III.	Ley, orden y Seguridad pública
IV.	Cultura y recreación
V.	Actividades económicas
VI.	Servicios públicos generales

Fuente: "The Expense Assessments", en *Update 2007 del 2004 Review,* Commonwealth Gran Commission, p. 6

Nuevamente veamos cómo se desglosa la entrada "Actividades económicas":

GRÁFICO 65: CATÁLOGO AUSTRALIANO

Como en el caso anterior, en "carretera" encontramos información sobre gastos para mantenimiento y rehabilitación de vías y puentes, además de seguridad vial, manejo de tráfico, y otras actividades relacionadas a la materia como registro vehicular o planificación del transporte. Del mismo modo, se especifica las fuentes de financiamiento y se subraya lo que esta entrada no incluye, es decir, las vías vecinales que se imputa a los "gobiernos locales".[13]

13 Commonwealth Grants Commission (2007) „Roads-Assements results" *en Report on state revenue sharing relativities Update, p. 2.*

En estos ejemplos hemos aprendido mucho sobre la desagregación de las áreas competenciales y el detalle administrativo de cada materia, aunque vimos que, en un caso más que en el otro, se trata de listas de registro para una cuantificación del gasto.

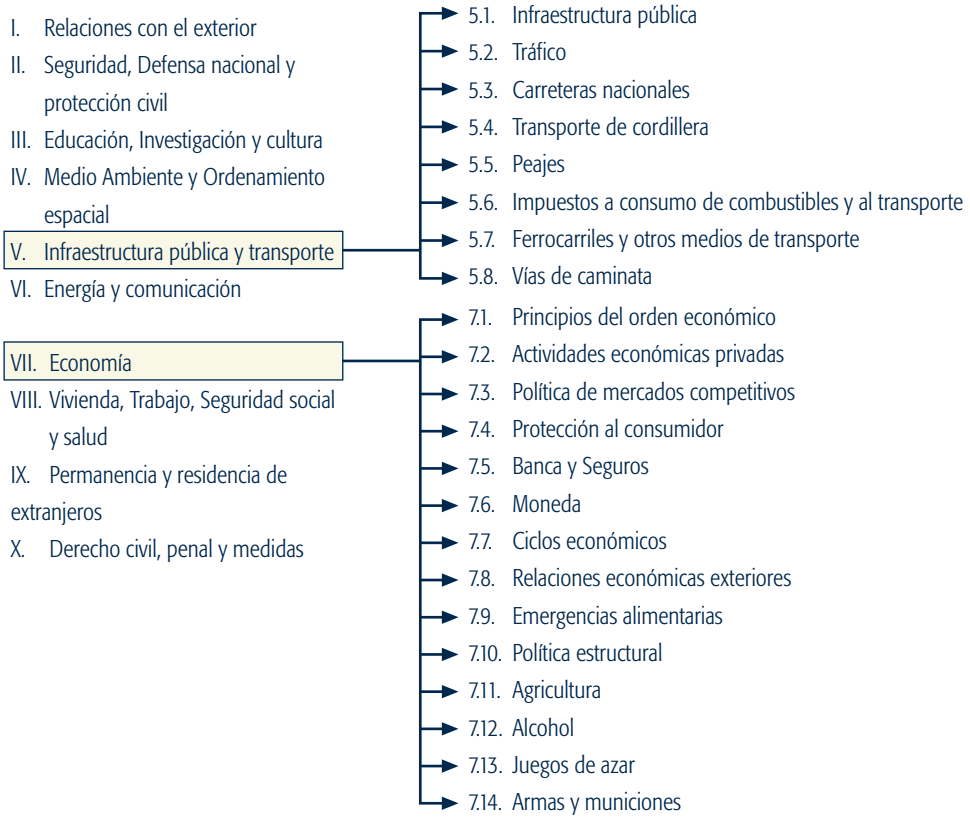
Pasemos ahora a ver dos ejemplos de diseño constitucional territorial propiamente dicho. El texto constitucional suizo, reformado en 1999, contiene un Tercer Título denominado "Federación, Cantones y Municipios". Este gran título constitucional se subdivide en tres capítulos, uno de los cuales, denominado "Competencias", es el que aquí nos interesa. Tiene nada menos que 71 artículos distribuidos en 10 secciones, que nos dan valiosa información sobre la sistemática y la nomenclatura suiza en el campo competencial.

TABLA 3: CATÁLOGO DE ÁREAS COMPETENCIALES - SUIZA

I.	Relaciones con el exterior
II.	Seguridad, Defensa nacional y protección civil
III.	Educación, investigación y cultura
IV.	Medio ambiente y ordenamiento espacial
V.	Infraestructura pública y transporte
VI.	Energía y comunicación
VII.	Economía
VIII.	Vivienda, trabajo, seguridad social y salud
IX.	Permanencia y residencia de extranjeros
X.	Derecho civil y penal

Nuevamente nos encontramos ante una lista de áreas competenciales, si es que nos percatamos de su grado agregación. Cada una de estas diez entradas de la nomenclatura suiza se desagrega también, y son muchas veces los mismos artículos constitucionales, individualmente tomados, los que acaban siendo las "materias". Tomemos otra vez el área económica y, en ella, analicemos la entrada "Agricultura".

GRÁFICO 66: CATÁLOGO SUIZO



Cuando el texto constitucional suizo llega a la entrada "Agricultura" menciona primero una declaración constitucional programática, la política pública que se plantea realizar en la materia. Se sostiene, por ejemplo, que el Estado se encargará de que haya un abastecimiento seguro. Luego la redacción mezcla posiciones programáticas, aspectos financieros y llaves asignativas. Así se establece que le corresponde al nivel nacional: "completar los ingresos campesinos" o "promulgar reglamentos para el control de producción alimentaria".

Una redacción comparable se observa en la entrada "carreteras", que la Constitución suiza introduce como subárea de "Infraestructura pública y transporte". Aquí el peso lo tiene la justificación financiera. Por ello se determina que la federación "asegurará la construcción de las carreteras nacionales", mientras que el meso "construirá y mantendrá las mismas", y se instruye que ambos niveles compartan la carga financiera.

"Agua" se presenta como una subárea de "Medio ambiente y ordenamiento espacial". En este caso, luego de las acostumbradas declaraciones programáticas, se abunda en la división del poder normativo entre la federación y el meso. Se norma así que la federación establecerá "los

principios para la obtención, uso y aprovechamiento energético del recurso" en cuestión, dejándole explícitamente al meso la normativa sobre la sub-submateria "revervas de agua": los cantones pueden imponer tasas para el uso de agua "en el marco de la legislación federal".

Una enseñanza de la Constitución suiza es que la técnica de mezclar los catálogos materiales, con fuertes y recurrentes mensajes programáticos, es inestable, a diferencia de los otros ejemplos, los cuales no son parte de un diseño constitucional sino de una programación financiera.

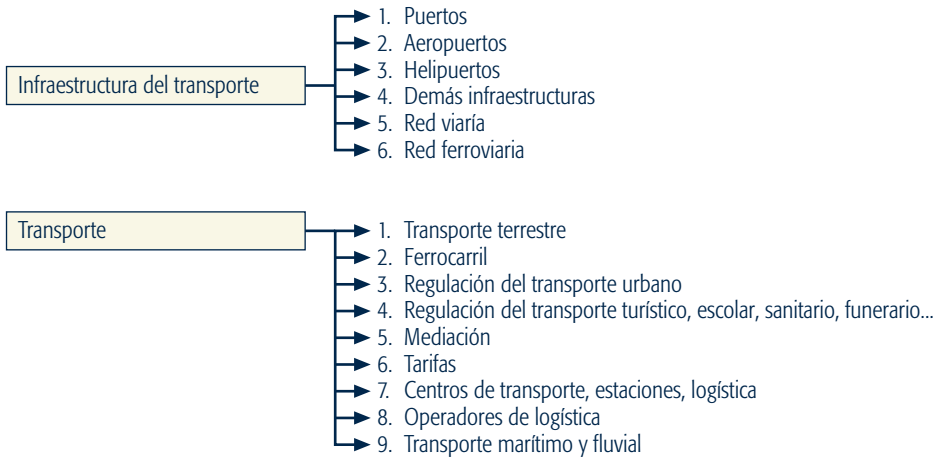
Ahora veamos un ejemplo más de diseño constitucional, el Estatuto catalán. Su Título IV contiene un capítulo encargado de desplegar el aparato competencial. En concordancia con lo propuesto aquí, el nombre de dicho capítulo es: "Las materias de las competencias". Las entradas ofrecidas por el texto en cuestión muestran materias –y no áreas, como había sido hasta aquí–. Como en el caso suizo, muchos artículos del capítulo equivalen a materias. La clasificación catalana del catálogo es la más ambiciosa en términos de desagregación, y la aparición de los ítems responde a una lógica pragmática: se produce por orden alfabético.

TABLA 4: CATÁLOGO CATALÁN

1. Agricultura, ganadería y forestales
2. Agua y obras hidráulicas
3. Asociaciones y Fundaciones
4. Caza, pesca, actividades marítimas y sector pesquero
5. Cajas de ahorro
6. Comercio y ferias
7. Consultas populares
8. Consumo
9. Cooperativas y economía social
10. Corporaciones de derecho público y profesiones
11. Crédito, banca, seguros y mutualidades no integradas en seguridad social
12. Cultura
13. Denominaciones, geográficas y de calidad
14. Derecho civil
15. Derecho procesal
16. Educación
17. Emergencias y protección civil
18. Energía y minas
19. Deporte y tiempo libre
20. Estadística
21. Función pública, personal de las Administraciones públicas
22. Vivienda
23. Inmigración
24. Industria, artesanía, control metrológico
25. Infraestructuras del transporte y comunicaciones
26. Juego y espectáculos
27. Juventud
28. Lengua
29. Medio ambiente, espacios naturales y metereología
30. Mercados de valores
31. Medios de Comunicación Social
32. Notariado y registros públicos
33. Obras públicas
34. Ordenación del territorio y del paisaje, del litoral y urbanismo
35. Organización de la Adminstración
36. Organización territorial
37. Planificación, ordenación y promoción de la actividad económica
38. Políticas de género
39. Promoción y defensa de la competencia
40. Propiedad intelectual
41. Protección de datos
42. Publicidad
43. Investigación, desarrollo e innovación tecnológica
44. Régimen jurídico, procedimiento, contratación, expropiación
45. Régimen local
46. Relaciones con las entidades religiosas
47. Sanidad, salud pública, farmacéutica
48. Seguridad privada
50. Seguridad pública
51. Seguridad social
52. Servicios sociales, voluntariado, menores y familias
53. Símbolos
54. Sistema penitenciario
55. Transportes
56. Trabajo y relaciones laborales
57. Turismo
58. Universidades
59. Video o vigilancia y control de sonido y grabaciones

Veamos más de cerca cómo el Estatuto desglosa cada una de las entradas, escogiendo para el efecto materias ya seleccionadas en las explicaciones anteriores. El asunto "transporte" aparece dividido en dos ítems: "infraestructura del transporte y comunicaciones" y "transportes".

GRÁFICO 67: CATÁLOGO CATALÁN



Se observa que la entrada "infraestructura de transporte y comunicaciones" contiene seis materias. Lo primero que hace el texto catalán es precisar que "exclusivo" significa el manejo de:

a. El régimen jurídico;
b. la planificación y la gestión de todas las infraestructuras;
c. las concesiones del dominio público;
d. el régimen tarifario aplicable al uso de las infraestructuras;
e. la zonificación de las operaciones vinculadas a las infraestructuras.

Se aclara luego la manera en la cual el ente territorial administrará aquellas infraestructuras cuyo titular es el nivel nacional pero están emplazadas en su radio territorial. Del mismo modo, se norma la participación en el proceso de declaración de "interés nacional" de algún asunto, pues esta decisión afecta el alcance competencial meso. Para concluir, el texto detalla la distribución de la potestad administrativa en las materias propiamente dichas. Así se estipula la planificación y programación en puertos y aeropuertos, y en la red ferroviaria; luego la planificación y gestión de la red viaria, además de su régimen financiero y jurídico.

Por otro lado, la entrada "transporte" se refiere al movimiento de gente y mercancías por vía terrestre "con independencia de la titularidad de la infraestructura" (Art. 169). Se complementa con disposiciones similares para el movimiento marítimo y fluvial. Descompone las materias en sub-materias, como centros de transporte y operadores. Finalmente, detalla lo que la asignación competencial adoptada implica: la "regulación", "planificación, "gestión" de servicios de transporte, incluyendo la determinación de tarifas.

Veamos ahora la otra entrada "Agricultura, ganadería y aprovechamientos forestales". El Estatuto separa este item en dos llaves: la exclusiva-privativa para "agricultura y ganadería" y la exclusiva compartida para la "planificación de la agricultura, la ganadería y el sector alimentario", además de los usos forestales. Hecha la separación, como en el caso visto para los asuntos referidos al transporte, pasa a especificar lo que la exclusividad implica. Menciona que por ella se entenderá la "regulación" del sector o de la participación de las organizaciones agrarias. Descompone la materia en sanidad, semillas, producción agraria, desarrollo rural, investigación agraria, ferias, entre otros.

El catálogo catalán tiene 59 entradas, cada una de las cuales contiene a veces muchas materias, pero a veces es un sinónimo de materia. También da detalles sobre la asignación competencial y, como en el caso suizo, no evita la aparición de declaraciones programáticas. No hay que perder de vista que muchos temas que el Estatuto detalla no podrían ser colocados en el texto constitucional de España. De hecho, es su función normar lo que la Constitución ha dejado bajo la forma de catálogos generales, desprovistos de declaraciones programáticas u otro tipo de detalles.

La especificidad con la cual el Estatuto catalán norma el sistema de asignación competencial tiene explicaciones históricas. Se ha sostenido que la modalidad de asignación que prevaleció en España desde 1979 redujo la autonomía de las entidades territoriales (Viver, 2005: 17). La misma declaración de "exclusividad" para el meso acabó con el tiempo volatizándose a favor del nivel nacional.

Por ello es que los debates técnicos sobre la reforma estatutaria catalana implicaron, según sus protagonistas, "redefinir los ámbitos materiales y funcionales de las competencias autonómicas" hasta precisar "al máximo las materias... sustituir o completar categorías utilizadas hasta ahora... por categorías de menor alcance y por ello más precisas: por sub-materias...", de modo que en vez de hablar de "comercio" se trate de "horarios comerciales... régimen de instalación...", etc. (Viver, 2005: 18/19).

Luego de esta revisión de experiencias, podemos articular una propuesta que rescate las lecciones que las mismas arrojan.

Como hemos dicho más arriba, la dimensión objetiva de la competencia es la "materia" y debe ser un asunto suficientemente desagregado. Las materias no son declaraciones programáticas; éstas pueden ir en otro lugar del texto constitucional o en el mismo

lugar, pero claramente distinguidas. Tampoco deben ser verbos, deseos o funciones de la gestión pública.

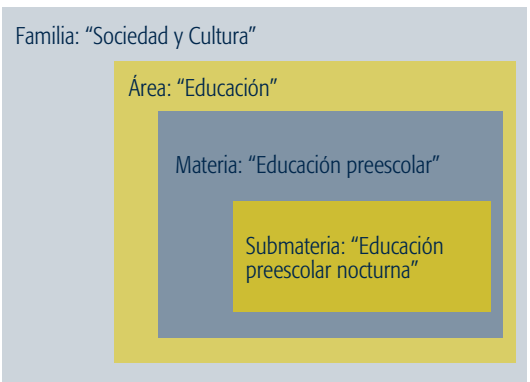
Aunque no se lo explicitara, como no lo hace la Constitución suiza, las materias no dejan de pertenecer a conjuntos de los que son parte, como las áreas competenciales; del mismo modo, las materias son susceptibles de descomponerse en submaterias.

Podríamos llamar al referente más agregado "familia competencial". Entonces distinguiremos cuatro grandes familias:

a. La gestión estatal.
b. Economía y medio ambiente.
c. Sociedad y cultura.
d. Relaciones civiles.

Cada familia puede, a su vez, desagregarse en áreas competenciales, que corresponden muchas veces a lo que en la gestión pública se denomina "sectores". Las áreas competenciales, si bien son más concretas que las familias, no nos ofrecen aún el punto ideal de desagregación que para nosotros constituirá una materia. A continuación ilustramos esto con un hipotético ejemplo de "Educación".

GRÁFICO 68: FAMILIAS Y ÁREAS COMPETENCIALES



Un ejercicio metodológico recomendable para el trabajo de diseño y negociación constitucional es conseguir una malla competencial formal-general o lo que podría llamarse un "catálogo universal". Los detalles de la misma dependerán de la nomenclatura y las formas de desagregación que se adopten, según la tradición léxica del país en cuestión. En este estudio, la malla contendrá +/- cuatro familias, +/- 18 áreas y +/- 130 materias, como se ve en el Anexo 1. Un corte de esa tabla sería el siguiente:

TABLA 5

Familia	Área	Materia
Gestión estatal	Defensa	Fuerzas Armadas
	Relaciones exteriores	...
	Instancias independientes/jurisdiccionales	Justicia
	Organización administrativa	Notarías
	Autogobierno	Estatutos
	Orden público y seguridad	Policía
	Asuntos financieros y fiscales	Moneda
Economía y medio ambiente	Producción y Servicios	Agricultura
	Medio ambiente	Áreas protegidas
	Ordenamiento espacial	Desarrollo rural
Sociedad y cultura	Cultura	Prensa escrita
	Educación	Educación preescolar
	Salud	Atención de tercer nivel
	Protección social	Vivienda
Relaciones civiles	Civil y familiar	
	Comercial	
	Laboral	

Los textos normativos no siempre trabajan con materias, sino con "ítems", que agrupan varias materias. Por eso, un catálogo competencial nacional puede no pasar de 30 ítems, pero contener, bien visto, una cantidad mucho mayor de materias.

El texto constitucional español, por ejemplo, enlista a veces materias, a veces ítems. En el Art. 149, que asigna las competencias "exclusivas del Estado", el ítem 5 se llama "administración de justicia", por lo cual, podría decirse que, aquí, ítem es igual a materia. Pero en el Art. 149 el ítem 11 agrupa a más de una materia: "sistema monetario... crédito, banca, seguros". Sin embargo, la confusión entre materias y verbos o deseos es más dañina que la inclusión de ítems que agrupan varias materias.

A continuación, mostramos la composición de lo que podría ser el catálogo por materias de las áreas competenciales "economía", "medio ambiente" y "ordenamiento espacial", pertenecientes a la famila "Economía y medio ambiente".

TABLA 6

Economía y Medio Ambiente	**Economía**	Agricultura Ganadería Telecomunicaciones Correo Defensa del consumidor Hidrocarburos Minería Energía no eléctrica Tierra Recursos hídricos Cooperativas Comercio interno Terminales de transporte Riego Industria Manufacturera Turismo Transporte carretero Generación y transmisión de electricidad Distribución de Electricidad Transporte aéreo Transporte férreo Transporte por agua Comercio exterior Propiedad intelectual Metrología Silvicultura Pesca y caza Construcción Transporte por oleoductos y gaseoductos Industrias de servicios
	Medio Ambiente	Flora y fauna Áreas protegidas Desechos sólidos Desechos líquidos Ambiente limpio Paisaje
	Ordenamiento espacial, territorial y urbanismo	Alumbrado Planeamiento espacial Desarrollo Rural Desarrollo urbanismo Límites territoriales

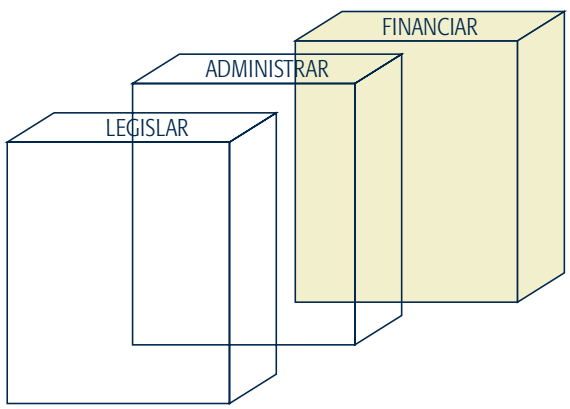
29. Fiscalidad territorial estructural: *¿Es cualquier aspecto financiero un asunto de fiscalidad estructural?*

Una vez explicada la dimensión material de las competencias, corresponde hablar de su dimensión financiera. Se ha dicho que, metodológicamente, la definición material precede a la financiera (Oates, 2001: 8). Cuanto más se respete este principio, mayor será la congruencia que existirá entre necesidades territoriales y disponibilidad financiera. En la realidad misma, no obstante, este principio no siempre se cumple, como resultado natural de la complejidad del diseño constitucional territorial.

En la fiscalidad territorial debe distinguirse, por un lado, la base estructural y, por el otro, la dinámica financiera operativa. La primera incluye las grandes asignaciones fiscales a los niveles territoriales y puede venir dada –con detalle o no– en la misma Constitución. La Constitución alemana es muy específica, en comparación con la parca Constitución francesa. En un punto intermedio se ubica la española. Cuando más compuesto es un Estado, más probable es que se encuentre en su Constitución un articulado más o menos detallado sobre cuestiones de fiscalidad territorial.

Es la base estructural de lo financiero la que pretendemos abordar ahora. Por tanto, aquí no va a tratarse de los aspectos financieros de carácter operativo que implica toda potestad de administrar. Sólo se tratará, ahora, de la asignación de masas dinerarias a las instancias territoriales y de los principios y sistemas, igualmente estructurales, que guían esta asignación, así como las eventuales redistribuciones.

GRÁFICO 69: LA POTESTAD FINANCIERA



La Constitución alemana, como ya hemos dicho, contradice a los analistas que suponen que las constituciones no pueden comportar un gran nivel de detalle y, mucho menos, para temas financieros. Su especificidad se explica por el modo federal del Estado, aunque

también por la tradición jurídica germana. Por eso, nos puede ser muy útil para hablar de la fiscalidad territorial estructural.

Llamaremos asignación fiscal interterritorial *primaria* al momento constitutivo de la fiscalidad territorial estructural. Los expertos en descentralización fiscal exigen que toda asignación se defina por fórmulas de repartición que garanticen un mínimo de equidad entre los territorios. Sin embargo, aunque es evidente que los países tienden crecientemente a dotarse de fórmulas racionales y pro-equidad de repartición, esto no ocurre cuando se trata de la asignación *primaria*.

En Alemania, la asignación primaria se inscribe en la misma Constitución y moviliza enormes cantidades de recursos fiscales del nivel nacional al meso. Esta operación crea una plataforma fiscal de arranque para los actores territoriales del Estado alemán. También incluye ciertas definiciones importantes para la situación fiscal de partida del nivel municipal.

Un aspecto llamativo de toda asignación primaria es que la distribución de recursos se hace entre niveles territoriales *en tanto niveles,* y no según las necesidades de cada ente territorial individualmente considerado (un departamento o un municipio específico). Como resultado de la asignación primaria, los niveles territoriales saben con qué dominios tributarios propios cuentan, y cómo y a cuánto de la masa tributaria nacional pueden acceder.

En este sentido, la Constitución alemana declara el 67% de los recursos tributarios captados en todo el país como coparticipables, un 17% como de dominio federal, 4% del meso y 10% del nivel municipal (BSF, 2007: 10).

El nivel nacional y el meso se reparten casi equitativamente los ingresos por impuestos nacionales a las personas y a las empresas, según alícuotas fijadas en la misma Constitución. También el IVA se divide en porcentajes parecidos, aunque según una alícuota cuya fijación la Constitución alemana deriva a una ley federal. Estas alícuotas suelen ser fruto de negociaciones políticas periódicas y no el resultado de fórmulas matemáticas pro-equidad.

La asignación primaria no se agota en estas coparticipaciones territoriales sobre las grandes masas tributarias nacionales. Incluye la habilitación de dominios tributarios propios y de ingresos propios no tributarios.

Si bien en la asignación primaria, la distribución entre niveles *qua* niveles es fundamental, también puede darse un prorrateo por pieza territorial, conforme al origen de los impuestos (aunque formalmente son nacionales). Esto es lo que se aplica en Alemania, por mandato constitucional, para los impuestos a las personas.

En otras palabras: la asignación primaria establece con seguridad los volúmenes fiscales de cada nivel territorial e incluye definiciones de asignación por pieza territorial, pero no lo hace por principios de equidad u otros, sino en función del esfuerzo tributario de cada ente territorial.

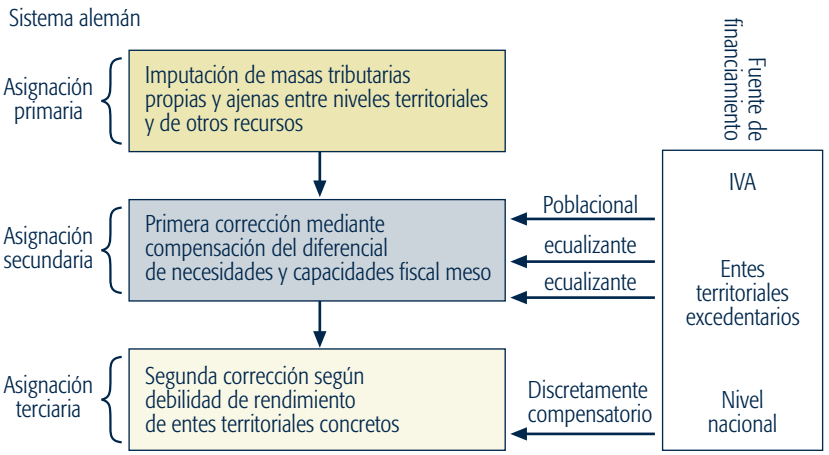
Un segundo momento de la fiscalidad territorial estructural consiste en las *asignaciones secundarias,* cuyo propósito es lograr la equidad horizontal. En el caso alemán, el IVA, menos la parte usada en la asignación primaria, es prorrateado entre los entes territoriales meso, según parámetros de equidad.

Las asignaciones secundarias tienen como receptores ya no a los niveles como tales, sino a los entes territoriales de cada nivel, pues así lo exige el objetivo de equidad. Aquí es donde aparece el cálculo de las necesidades de cada ente territorial respecto a sus capacidades de recaudación.

El modelo alemán transfiere un 75% del IVA por población y un 25% por fórmulas de equidad, según los ingresos territoriales per cápita; de este modo, los entes territoriales más ricos traspasan parte de sus excedentes a los entes territoriales menos favorecidos.

Finamente están las *asignaciones terciarias*, que suelen corregir de forma *ad hoc* los problemas particulares. Dice, en este sentido, el Art. 107/2, que una ley federal podrá determinar que el nivel nacional transfiera recursos para entes territoriales de rendimiento débil, como cobertura complementaria.

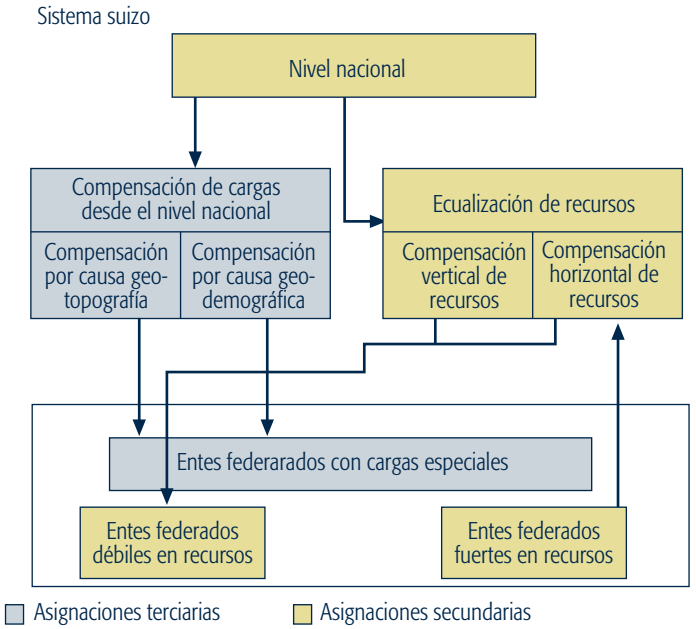
GRÁFICO 70: ASIGNACIONES PRIMARIAS, SECUNDARIAS Y TERCIARIAS EN EL CASO ALEMÁN



También debe considerarse la disposición del Art. 104(a)/4, que establece que el nivel nacional puede otorgar "ayudas financieras" a los entes territoriales meso para inversiones especialmente importantes, de ellos y sus municipios, para enfrentar problemas de equilibrio macroeconómico.

Estos planteamientos también se encuentran en el sistema de compensación fiscal interterritorial suizo, recientemente reformado.

GRÁFICO 71: ASIGNACIONES PRIMARIAS, SECUNDARIAS Y TERCIARIAS EN EL CASO SUIZO



La última reforma suiza busca una mayor proporción de asignaciones no condicionadas (aunque las asignaciones terciarias son por lógica transferencias condicionadas. Pero muchos países usan transferencias no condicionadas incluso para la asignación secundaria, que están dirigida, por definición, al logro de estándares de provisión de bienes y servicios estatales, independientemente de la fuerza tributaria de los entes territoriales donde viven los beneficiarios).

Los entes federados suizos entran al sistema de ecualización fiscal secundario sobre la base de un índice de capacidad fiscal. La ecualización se financia tanto con la caja nacional ("vertical"), como con los excedentes de los entes federados más ricos ("horizontal").

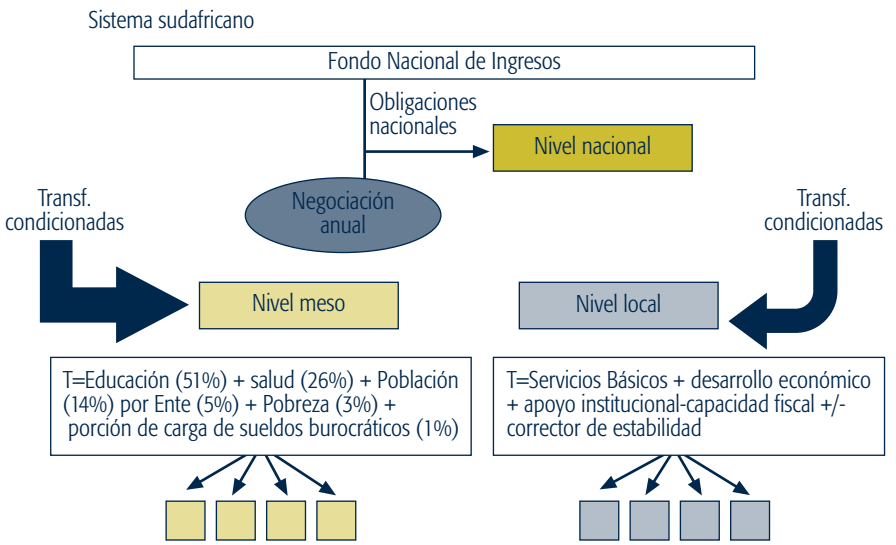
Las asignaciones terciarias son enteramente financiadas por el nivel nacional y atienden los casos de entes federados periféricos desaventajados por su situación geográfica, o de los entes afectados por la urbanización y sus costos sociales.

La asignación secundaria puede combinar criterios de población y otros de equidad. Al respecto es muy ilustrativa la redacción del Estatuto catalán, que en su Art. 206/6 dispone que "debe tenerse en cuenta como variable básica para determinar las necesidades de gasto... la población, rectificada por los costes diferenciales y por variables demográficas, en particular, por un factor de corrección que serán en función del porcentaje de población inmigrante. Asimismo deben tenerse en cuenta la densidad de población, la dimensión de los núcleos urbanos y la población de exclusión social".

Hay que advertir que, a pesar de que la asignación primaria se origina en el acuerdo político, también considera referentes objetivos, como el historial presupuestal previo –así lo ha demostrado el arreglo sudafricano (Momoniat, 2002: 9/10)–, mientras que en la asignación secundaria no están del todo ausentes los momentos políticos –como lo prueba el Canadá y su sofisticado sistema de ecualización (Watts, 2003: 31).

La articulación de las tres asignaciones se verifica por doquier. En Sudáfrica, por ejemplo, la Constitución estipula la creación de unas "alícuotas equitativas" para las tres "esferas" territoriales (Art. 214/1). Luego de esta asignación primaria se procede a un prorrateo horizontal (Yemek, 2005: 9).

GRÁFICO 72: ASIGNACIONES PRIMARIAS, SECUNDARIAS Y TERCIARIAS EN EL CASO SUDAFRICANO



Como se ve en el siguiente ejemplo, las asignaciones primarias permiten la formación de una plataforma financiera de arranque. La Constitución española, en su Art 158/1, la describe así: "Una asignación a las comunidades autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido". Las asignaciones secundarias, por su parte, están dirigidas a solventar eso que esta Constitución denomina, en el mismo artículo, "un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español".

Más allá, el Art. 158/2 dirige las asignaciones terciarias hacia la solución de "desequilibrios económicos interterritoriales".

Podríamos decir que la asignación primaria forma un *sistema de plataforma fiscal*, la asignación secundaria un *sistema de ecualización*, y que las transferencias para atacar los desequilibrios económicos forman un *sistema de cohesión*.

Ecualización y cohesión son instrumentos fundamentales de la solidaridad interterritorial, sobre la base de una misma plataforma fiscal.

La Constitución italiana también distingue estos sistemas. En su Art. 119 determina que todas las instancias territoriales subnacionales tendrán "recursos autónomos[…] propios impuestos e ingresos[…] y dispondrán de una coparticipación en el rendimiento de impuestos del Tesoro procedente de su respectivo ámbito territorial". El mismo artículo, introduce también el sistema de ecualización: "Se establecerá por ley del Estado un Fondo…sin afectación forzosa de su destino, para los territorios de menor capacidad fiscal por habitante". Finalmente, el sistema de cohesión aparece cuando se dispone que el "Estado destinará recursos adicionales y acometerá intervenciones especiales en favor de determinados municipios, provincias, urbes metropolitanas y regiones para fomentar el desarrollo económico, la cohesión y la solidaridad social, eliminar los desequilibrios económicos y sociales, favorecer el ejercicio efectivo de los derechos de las personas o atender a finalidades distintas del ejercicio normal de sus respectivas funciones".

También la Constitución canadiense posee un título constitucional específico para dotar al Estado de un sistema de ecualización y otro de cohesión. En efecto, en la carta de derechos y libertades promulgada en 1982, ya el nombre del Art. 36, "Ecualización y disparidades regionales", lo dice todo. Este artículo impone a los niveles territoriales del Estado apoyar el desarrollo económico para afrontar las disparidades de oportunidades y garantizar "servicios públicos esenciales" a todos los ciudadanos. Según este artículo, el nivel nacional debe hacer "pagos de ecualización" para que los entes federados puedan ofrecer niveles parecidos de servicios públicos, a niveles comparables de carga tributaria.

Está claro que las normas subnacionales fundamentales no determinan la dimensión estructural de la fiscalidad territorial del Estado. No lo hace, por ejemplo, la constitución bávara; tampoco el Estatuto de la región de Lazio, en Italia, por mencionar dos casos dispares. Curiosamente, el Estatuto de la región italiana del Lazio tiene más líneas que se refieren a la "autonomía financiera" que la llamada "constitución" bávara, que es la carta de un ente federado.

Sin embargo, hay estatutos pretenciosos en cuanto a lo financiero. En el Estatuto catalán uno se encuentra con todo un título llamado "De la financiación de la Generalitat". Las disposiciones que incluye son:

a. La estructuración de los recursos territoriales (Art. 202/2), que es una concretización de lo que el Art. 157 de la Constitución española dispone.
b. Una precisión de los dominios competenciales tributarios.
c. Una descripción de la relación entre la agencia de recaudación tributaria y los impuestos nacionales.
d. La vía administrativa para la resolución de conflictos tributarios.
e. Los principios de costeo ("necesidades de gasto") y esfuerzo ("capacidad fiscal") de los recursos territoriales.

f. Los principios de participación en los ingresos tributarios nacionales;
g. Un ranking fiscal post ajuste de solidaridad (de probable inspiración alemana).
h. Períodos para la actualización de los arreglos fiscales entre el Estado y la Comunidad Autónoma.
i. Garantías de compensación entre el nivel nacional y el meso por cargas financieras adicionales.
j. Organismos de coordinación entre el nivel nacional y el meso.
k. La organización presupuestaria y la competencia hacendaria.
l. El endeudamiento.
m. El patrimonio y las empresas públicas.
n. La Hacienda local.
o. Las transferencias entre la Comunidad Autónoma y los gobiernos locales.
p. Los parámetros para cuantificar los volúmenes de estas transferencias.

No hay que perder de vista que la fiscalidad territorial, en España, depende de tres normas: la Constitución, los estatutos y la ley orgánica sobre el financiamiento territorial.

30. Competencias tributarias: *¿Qué es lo financieramente propio?*

Una parte determinante de los ingresos territoriales se alimenta de tributos. Una parte de ellos son el resultado de la coparticipación en los impuestos nacionales, mientras que otra proviene de impuestos internos o propios del ente territorial.

Los ingresos exógenos son, muchas veces, los más importantes y resultan del acceso subnacional a la bolsa nacional de impuestos. El carácter "nacional" de esta bolsa es, más bien, formal, pues, desde el punto de vista económico, se los puede calcular por su origen e incluso hacer un prorrateo según este criterio.

Existe una variedad de opciones de coparticipación. Una de ellas consiste en ceder todo el *rendimiento* tributario de un impuesto a las instancias subnacionales, aunque sin darles a éstas potestades sobre alícuotas, bases gravables o en general la administración del tributo. Otra alternativa es que las instancias subnacionales sólo accedan a parte de las recaudaciones. Una tercera es que la cesión de un tributo implique también *potestades* sobre la definición y administración de éste.

El Estatuto catalán muestra que cuando se produce una cesión total del tributo se concede también capacidad normativa y administrativa, lo cual no ocurre con los tributos parcialmente cedidos (Art. 203/2).

Las potestades tributarias, por tanto, son la legislativa y la administrativa. Por eso, es posible extender a este campo la lógica de las llaves de asignación competencial. De esta manera, para tener "impuestos propios", *en sentido estricto*, un ente territorial debe detentar la legislación, la administración y el usufructo de ellos.

Las posibilidades de combinación son, como se supondrá, muchas. Así se ve en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 73: POTESTADES EN LO TRIBUTARIO

IVA	Legislar	Administrar	Usufructuar
Nación	X	X	
Departamento			100%
Municipio			

A la renta	Legislar	Administrar	Usufructuar
Nación	X		80%
Departamento		X	20%
Municipio			

Al juego	Legislar	Administrar	Usufructuar
Nación			
Departamento			
Municipio	X	X	100%

La Constitución alemana contiene un artículo específico sobre los dominios tributarios. Es el artículo 105, titulado "Distribución de la competencia legislativa en impuestos". En él, "impuestos" se trata como una materia competencial más. En unos casos se declara la competencia "exclusiva" del nivel nacional; en otros se aplica la competencia "latente", es decir, los impuestos son materias del meso, siempre y cuando el nivel nacional no haya legislado al respecto (y entonces se quede con una parte).

El meso alemán tiene posibilidad de legislar sobre los llamados impuestos "localizables" de consumo o "exceso" (por la posesión de más de una casa, por ejemplo), siempre y cuando las bases gravables no sean las mismas ya consideradas por el nivel nacional. Puesto que los impuestos nacionales benefician en alguna medida a las instancias subnacionales, su aprobación requiere de la aprobación de la Cámara Territorial Federal (Art. 105/3).

Algunos tipos impositivos federales son administrados por agencias federales y en caso de que éstas tengan presencia en el meso, su dirección debe conformarse en acuerdo con los gobiernos de este segmento. Todos los demás impuestos son administrados por las agencias de recaudación meso, cuyos directivos requieren la aceptación del gobierno federal (Art. 108). En consecuencia, estas agencias operan por delegación del nivel nacional (Art. 108/3). Las leyes federales, con aquiescencia de la Cámara territorial, pueden determinar procedimientos uniformes de pago de impuestos.

Por otra parte, los impuestos destinados a los municipios pueden ser administrados por éstos, si así lo decide el gobierno meso.

31. Estructura de ingresos: *¿Cuáles son los ingresos propios en sentido estricto?*

Una parte de los ingresos territoriales debe ser propia, en sentido estricto. Es decir, el ente territorial debe poder normarlos, administrarlos y usufructuar de ellos.

Pueden considerarse también ingresos tributarios propios en sentido estricto las sobretasas de los impuestos nacionales. Los provenientes de la venta de bienes y servicios, además de los obtenidos por inversiones o cambios patrimoniales. Un componente vacilante de los ingresos propios es el endeudamiento.

Sin embargo, también hay ingresos propios *en sentido amplio*, que a lo anterior añaden las transferencias no condicionadas.

Por tanto, para llegar a sumar los ingresos totales de un territorio hay que añadir, especialmente, las transferencias condicionadas que se reciben por delegación de un nivel territorial superior.

Las regalías por recursos naturales son transferencias, igual que la coparticipación en los impuestos nacionales. Estas regalías constituyen ingresos propios, en sentido amplio, siempre y cuando no vengan condicionadas, y esto al margen de la legitimidad histórica de su obtención. No pueden reclamarse como *propias en sentido estricto* con el argumento de que los recursos se hallan físicamente en el ente territorial, mientras la Constitución no haya declarado que la propiedad de los recursos pertenece a los entes territoriales subnacionales.

En el gráfico siguiente se ofrece un resumen de la naturaleza de los recursos, según su independencia/dependencia y su condicionalidad/incondicionalidad.

GRÁFICO 74: CUADRANTES FISCALES

	INGRESOS NO CONDICIONADOS	INGRESOS CONDICIONADOS
INGRESOS INDEPENDIENTES	1 Ej: Impuestos locales	2 Ej: Ingresos por venta
INGRESOS DEPENDIENTES	3 Ej: Coparticipación de asignación primaria	4 Ej: Transferencias Sectoriales especificas

1+2= INGRESOS PROPIOS EN SENTIDO ESTRICTO
1+2+3= INGRESOS PROPIOS EN SENTIDO AMPLIO
1+2+3+4= INGRESOS TERRITORIALES

32. La causalidad administrativa de lo financiero: *¿es posible deducir, de la asignación material de competencias, el financiamiento?*

La Constitución alemana conoce un principio que puede ser interesante. Se trata de la responsabilidad financiera como efecto de la asignación competencial. Según el Art. 104ª de esta Constitución, los costos administrativos de una materia se imputan al portador de la administración, salvo casos excepcionales. En otras palabras, la entidad territorial asume los gastos en la medida en que asume las funciones competenciales. La asunción de una tarea se interpreta, pues, como la asunción de la administración de la misma, aunque no de la definición de la política sobre ella mediante legislación (Blancke, 2005: 76).

Para que un mecanismo de este tipo sea posible se requiere de varias condiciones que son propias del modelo constitucional alemán, a saber:

a. Un efectivo sistema de cobertura financiera estructural, de tal modo que la Constitución garantice a las entidades territoriales las condiciones para asumir los gastos y las tareas, salvo por las delegaciones u otros casos especiales en los que se produzca una compensación *ad hoc*.
b. La existencia de una válvula de ajuste de las ondas del gasto territorial, lo cual se consigue con la decisión de poner en la Constitución las alícuotas de coparticipación de uno de los tres grandes impuestos nacionales, el IVA.
c. La renuncia de la idea de "inversión concurrente", pues ella oscurece y confunde la rendición de cuentas.

Sin embargo, incluso así hay problemas. La válvula del IVA, por ejemplo, suele activarse con cierto retardo, lo que presiona a las finanzas subnacionales más que a las finanzas nacionales (Meyer, 2004: 11).

33. Cláusulas de cierre: *¿Qué pasa si falla algo en el diseño territorial?*

El diseño territorial no puede prever todas las eventualidades. O, más bien, se debe prever que lo diseñado no funcione como se esperaba. Las cláusulas de cierre son herramientas para encarar estas situaciones. Entre ellas destacan cuatro: a) procedimiento de intervención interterritorial, b) cláusula residual, c) cláusula de colisión y d) solución jurisdiccional de un conflicto constitucional.

Contra lo que se piensa, los Estados federales –de los que a veces erróneamente se supone que conceden un poder poco menos que omnímodo a los entes federados– permiten la intervención interterritorial. El Art. 37 de la Constitución alemana, que versa

sobre la "coerción federal", dispone que en caso de que un ente federado no cumpliera sus obligaciones estatales, emanadas de la Constitución o de leyes federales, el ejecutivo federal podrá tomar las medidas necesarias para, con autorización de la Cámara Alta Territorial, reencaminar al ente federado defectuoso. Para la aplicación de esta cláusula, el ejecutivo federal, o su comisario, asumen mando directo sobre las instituciones subnacionales afectadas.

El Art. 91 de la Constitución alemana define que, en caso de emergencia interna, y si un ente federado no es capaz de resolverla, el ejecutivo federal puede poner la policía de ese ente federal bajo su mando y disponer de otras policías meso o de las fuerzas federales de seguridad.

La cláusula residual se refiere a la asignación de competencias no previstas en la ley. El Art. 30 de la Constitución alemana declara, frente a esta posibilidad, que todas la tareas estatales son, por principio, del meso. Por tanto, todo lo que no está asignado específicamente al nivel nacional es responsabilidad del meso.

El Art. 149/3 de la Constitución española dispone que lo que no esté asignado al Estado podrá ser asumido por las comunidades autónomas, en la medida en que ellas lo asuman en sus estatutos. De no hacerlo, la competencia es del nivel nacional.

La reforma italiana de 2001 también consagró la cláusula residual a favor del meso (D´Atena, 2007: 15). En el Canadá, al contrario, se presume que las tareas no previstas son del nivel nacional.

Uno debe plantearse si tiene sentido que la presunción competencial favorezca a un nivel subnacional específico. Que ese nivel sea el meso no sorprende en los Estados compuestos *bisegmentados*, como los federales o autonómicos. Podríamos imaginar, sin embargo, una materia no prevista de la que racionalmente debería hacerse cargo el nivel municipal. Por eso podría optarse por dejar la asignación de las materias no previstas legalmente en manos de los tribunales, los cuales fallarían según los casos concretos, sopesando los pros y contras, y escuchando a las partes.

La otra cláusula de cierre busca zanjar los casos de colisión competencial. En Alemania se resolvió este problema con la famosa disposición del Art. 30 de su Constitución: "derecho federal rompe derecho meso". Pero esta definición no se aplica para los casos en los que la asignación competencial ha sido claramente atribuida (Heinz, 2002).

El TC alemán ha recalcado que este principio de prevalencia de lo nacional sólo se aplica cuando dos normas procesan un mismo tema con resultados diferentes (BVerf 36/342).

Finalmente, debemos mencionar el papel de los tribunales constitucionales en la resolución de conflictos competenciales entre los niveles territoriales. En el Art. 41 de la Constitución sudafricana se exige que las instancias no jurisdiccionales sean agotadas antes de que los conflictos se resuelvan por esta vía, y se deja a los tribunales la potestad de evaluar si realmente fue así.

CAPÍTULO III

Síntesis de las visiones territoriales bolivianas y balance de sus alcances

En esta parte se hace un balance de dos importantes insumos para el diseño territorial, que surgieron a fines de 2007, como parte del proceso constituyente boliviano. Por un lado, el proyecto de Constitución de la mayoría de la Asamblea Constituyente y sus aliados; por el otro lado, el proyecto de Estatuto elaborado por la Asamblea Provisional de Santa Cruz. Independientemente del destino que ambos textos enfrenten en el futuro –el proyecto estatutario fue aprobado en el referéndum del 4 de mayo de 2008, que el gobierno desconoce, mientras que la aprobación final del proyecto constitucional oficialista está detenida–, ellos reflejan importantes visiones sobre un nuevo arreglo territorial, e involucran una variedad de aspectos colaterales.

Sobre la base del aparato conceptual del primer capítulo de este estudio, que se ha traducido en el desarrollo de 33 claves teóricas, buscaremos entender el mensaje de cada documento y luego someterlo a un diagnóstico crítico.

Finalmente, se propondrán 56 puentes de encuentro entre ambas visiones, puentes que pueden conducir hacia lo que tarde o temprano será un pacto territorial sostenible para Bolivia.

Los puentes mencionados, si bien se sustentan en el aparato conceptual del capítulo previo, contienen una mayor dosis de visión política. Esta es una advertencia necesaria por razones de transparencia, para no hacer pasar posiciones personales por hallazgos científicos.

A. Lo estructural

A.1. Descripción de la visión del proyecto constitucional, en lo estructural

La tercera parte del proyecto constitucional, "Estructura y organización del Estado", está compuesta por tres bloques. Uno estructural (Art. 270-277, 281, 290-297), uno referido al

sistema político subnacional (Arts. 278-280, 282, 283-289), y un tercer bloque que norma el sistema de asignación competencial (Arts. 298-306).

Si bien este Título puede considerarse el núcleo del ordenamiento territorial propuesto, a lo largo del proyecto constitucional existen más disposiciones relevantes para el tema territorial. Existen como dos círculos normativos que envuelven al núcleo territorial propiamente dicho.

Uno de estos círculos externos es de relevancia inmediata y contiene lo financiero (Art. 304, 341), la jerarquía normativa (Art. 410) y otros artículos diseminados igualmente relevantes. El otro círculo, más externo aún, es de relevancia mediata y contiene todas las disposiciones sectorial-programáticas (salud, educación, derechos).

GRÁFICO 75: CÍRCULOS DE NORMAS SOBRE LO TERRITORIAL EN LA NCPE

La parte estructural del proyecto constitucional toma decisiones sobre los siguientes grupos de asuntos:

Malla territorial

Según el proyecto, todas las unidades, como el "departamento", la "región", el "territorio indígena originario campesino" (TIOC), el "municipio", y otras, hacen parte por igual de la "organización territorial", salvo, tal vez, la "mancomunidad".

Dentro de esta "organización territorial", sin embargo, no se da un trato equivalente a todos los componentes. Hay una evidente desvaloración de la provincia que, salvo como referente para la conformación de las regiones (Art. 281/I), o como espacio de regionali-

zación uniprovincial (Art. 281/II), no recibe –como las regiones, los TIOCs, los departamentos o los municipios– funciones. Más desvalorada todavía está la figura del "distrito municipal" (Art. 294/I).

Ahora bien, no sólo existe este trato diferenciado dentro de la organización territorial. También se produce una prelación entre las unidades territoriales restantes. En consecuencia, el proyecto constitucional apuesta *primero* por los TIOC y las regiones, por un lado; y *luego* por los departamentos y municipios, por el otro.

Esta inclinación del proyecto constitucional es resultado de la visión constitucional de la mayoría de la Asamblea, y se corroborará una vez que hayamos concluido con el balance general del régimen territorial.

GRÁFICO 76: ÍNDICE DE PRELACIÓN EN EL PROYECTO CONSTITUCIONAL

1-2 = INGRESOS PROPIOS EN SENTIDO ESTRICTO
1-2-3 = INGRESOS PROPIOS EN SENTIDO AMPLIO
1-2-3-4 = INGRESOS TERRITORIALES

En el gráfico se ha empleado un esquema tridimensional, que combina la relevancia que le otorga el proyecto a los TIOC y las regiones (eje de prelación); su ubicación vertical entre lo local y lo subdepartamental (eje de escala), y el lapso de maduración temporal que cada nivel requeriría para hacerse realidad (eje tiempo).

El TIOC es, en realidad, sólo una variante de las "entidades indígenas originario campesinas" (ETIOC) introducidas en el Art. 292 pero, con mucho, la que aparece con más frecuencia en el texto constitucional. El TIOC parece estar estrechamente vinculado a la territorialidad ancestral y a la propiedad colectiva, aunque también a municipios y distritos municipales (Art. 294/I). Su función parece ser la de materializar, aunque de forma gradual y en función a expresiones de voluntad de los interesados, según sus procedimientos electivos, el principio de la pre-existencia de las identidades territoriales prerepublicanas.

El papel protagónico del TIOC puede deberse, en parte, a que el "municipio indígena" sigue expresando, según esta filosofía, una raigambre colonial. La misma "región indígena" puede verse constreñida por municipios o provincias –otras herencias coloniales o republicanas–, que el proyecto constitucional declara referentes de su conformación; y su poder está disminuido frente al que tendrían los departamentos y municipios. El TIOC, por ello, expresa la filosofía indigenista del proyecto constitucional en términos territoriales. No es casual que sea, de entre todas las ETIOC, la única que aparezca en el primer párrafo del primer artículo del régimen territorial, que describe la malla territorial básica del Estado.

El TIOC no tiene una dimensión discreta, sino que puede tener varias escalas, aunque se insinúa una vinculación con la escala municipal y regional (Art. 305/I). Ya que la región puede llegar a lo supraprovincial (Art. 281/I), la banda de alcance del TIOC va teóricamente desde lo submunicipal hasta lo supraprovincial.

El TIOC, paradójicamente, no deja de ser algo potencial, a diferencia de un departamento o una provincia, que son fenómenos territoriales ya existentes. De ahí que en el gráfico coloquemos el fenómeno TIOC como algo que puede tomar aún su tiempo. Si surge a partir de la TCO, por ejemplo, el TIOC requiere de un proceso de tramitación (Disposición transitoria N°6) o, en los demás casos, de una consulta a la población según sus normas y procedimientos (Art. 294/I).

GRÁFICO 77

La región es el otro gran pilar del proyecto constitucional y, por ello, tampoco es extraño que aparezca en el primer artículo del Título territorial, aunque, curiosamente, no en el primer párrafo del mismo, donde sí entra el TIOC.

Se anuncia que la región "formará parte de la organización territorial en los términos y las condiciones que determinen la Constitución y la ley" (Art. 270/III).

Se podría haber interpretado esta frase como que la "región" no es una unidad territorial todavía, y para ello requiere de normas complementarias. Sin embargo, es más plausible suponer que el Art. 281 es el que configura la inserción de la región en lo territorial. De modo que la región es una unidad territorial y comparte con el TIOC la característica de no tener un tamaño determinado: puede abarcar un espectro de escalas, aunque en algún momento, una de ellas tendrá que precisarse. La región también comparte con el TIOC un carácter potencial, pues ella tampoco existe de entrada, sino que debe formarse por "voluntad democrática de la ciudadanía" (Art. 281/I).

Si el TIOC parece ser una herramienta de recuperación de las identidades ancestrales, la región se insinúa como una herramienta para revertir la "arbitrariedad" de la división territorial republicana por medio de cantones, provincias y departamentos.

La región no sólo busca agregar culturas, sino también racionalidades económicas y ecosistemas (Art. 281/I). Si el departamento es arbitrario en sus límites y se supone que se ha convertido en un bastión oligárquico, la región surge como un antídoto para ambos problemas.

La razón por la cual las regiones podrían horadar al departamento desde sus entrañas no sólo es la fuerza de la que gozan en el texto constitucional, sino la posible estrategia de que, a la larga, se enfrenten a las provincias, que en más de un departamento de aspiración autonómica son presentadas como piezas fundamentales de la organización territorial.

La región se piensa como un ente con asamblea y gobernador (Art. 282), cuyas competencias y su conformación dependerán de decisiones del cuerpo deliberante departamental. El texto diferencia además la "configuración" competencial y la "conformación" regional de lo que es la "constitución" de la región. La constitución de la misma no depende ya del departamento e incluso precede lo que éste pueda decir. Se basa en la "voluntad democrática de la ciudadanía" y la "unión de municipios o de provincias con continuidad geográfica" (Art. 281). La idea de "unión" de municipios no parece implicar, como en el caso mancomunitario, una asociación decidida por los gobiernos municipales respectivos. Al contrario, parece ser que las manifestaciones de la "voluntad democrática" deben hacerse usando la circunscripción municipal como referente, pero sin dependencia de lo que los gobiernos locales pudieran decir al respecto.

Frente al TIOC y la región, el departamento y el municipio quedan como herencias inevitables de una historia republicana precedente, aunque reciben mejor trato que la provincia o el distrito.

Tipos de unidades territoriales

El departamento concebido en el proyecto constitucional tiene un doble formato: autónomo o descentralizado. El municipio, por su lado, posee tres: regular, "indígena" o "campesino". La región puede igualmente asumir tres modalidades: regular, uni-provincial e "indígena".

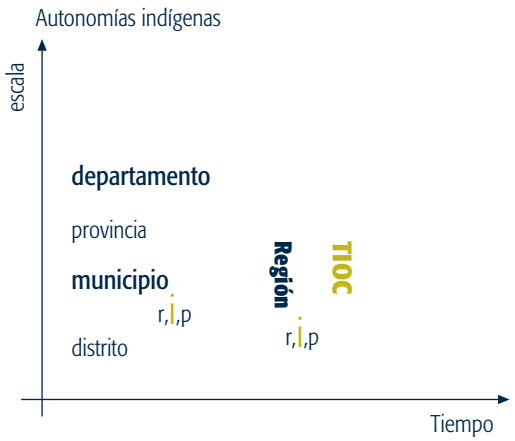
GRÁFICO 78

Cabe recalcar que los formatos alternativos por unidad territorial *no crean escalas adicionales* o niveles territoriales nuevos, ni tampoco nos interesa aquí, por el momento, si todos tendrían cualidad gubernativa.

Autonomías

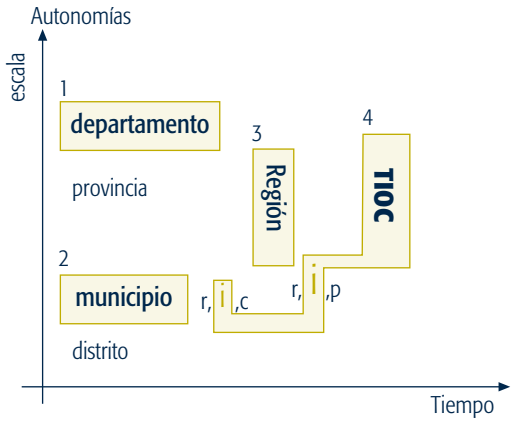
El proyecto constitucional propone cuatro "autonomías", una de las cuales será la indígena. Cuando aparece la idea de "autonomía indígena", obviamente que el TIOC se diluye como una más de las manifestaciones de autonomía indígena.

GRÁFICO 79



Las otras tres autonomías son la departamental, la municipal y la regional. Por alguna razón, no se concede a la provincia el derecho a la autonomía. En realidad, puede interpretarse que la figura de la "región provincial" (Art. 282), más que una "provincia autónoma", es una región que suplanta a la provincia y la extingue. No por casualidad aparece dentro del articulado sobre la "autonomía regional". Las autonomías posibles del proyecto constitucional son, pues, cuatro.

GRÁFICO 80



Como la región es declarada como una autonomía, y la región, según el mismo proyecto, no legisla, parece lógico que el Art. 273 sobre el "régimen autonómico" se refiera sólo a los departamentos y municipios. Posiblemente no incluya ni siquiera al TIOC, debido a que en la configuración del mismo no aparece la "legislación" como rasgo definidor; antes bien, de habla de "autodeterminación" (Art. 290) o "autogobierno" (Art. 291/II).

Esto puede reflejar un esfuerzo por reflejar las visiones indígenas del poder. Las convenciones internacionales tampoco incluyen la "legislación" a favor de los pueblos indígenas.

Está claro que el término "autonomía", del proyecto constitucional, *no implica legislación*. Hace, más bien, referencia a instancias territoriales con una musculatura administrativa desarrollada. Esta peculiar configuración es retratada en el siguiente gráfico: a) con la autonomía *tendencialmente* entendida como autolegislación sólo en los casos departamental y municipal, sin tomar en cuenta otras disposiciones del mismo proyecto que son contradictorias y analizaremos después; b) con una sugestiva incertidumbre respecto al TIOC, y c) con regiones con "autonomía", pero sin legislación.

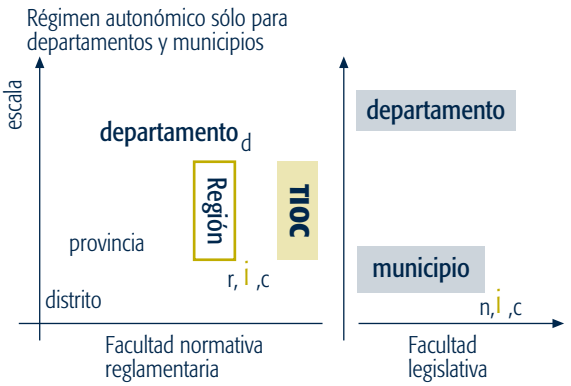
GRÁFICO 81

Nota: La autolegislación es un dato aún equívoco en el proyecto constitucional. Por eso, debe entenderse como un indicio más que como un hecho consumado.

Régimen autonómico

Sólo en dos casos habría una cesión de facultad legislativa: a favor del departamento y del municipio. Habría pues, potencialmente, *sólo dos niveles territoriales con cualidad gubernativa*. Junto a ellos existen, sin embargo, dos variantes de administración territorial desconcentrada. La variante TIOC, que con seguridad se puede inferir que aplicaría su "autogobierno" dentro de una desconcentración estructural; y la variante región, de la que se sabe con certeza que no tiene potestad de legislación.

GRÁFICO 82



Nota: La autolegislación es un dato aún equívoco en el proyecto constitucional. Por eso, debe entenderse como un indicio más que como un hecho consumado.

Como la región y el TIOC no tienen escala, no es posible contabilizar las escalas en las que habría administraciones territoriales más o menos estructuradas. Pero sí se podría decir que el proyecto constitucional cuenta con por lo menos cuatro modalidades de administración:

a. La municipal,
b. la regional,
c. la del TIOC y
d. la departamental.

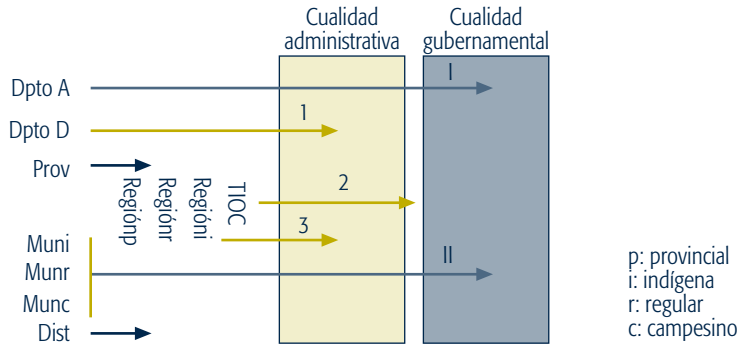
Ahora bien, de esta lista, como hemos constatado, sólo dos gozarían potencialmente de cualidad gubernativa:

a. El departamento (salvo aquel que no vote Sí a la autonomía, como permite el Art. 275), y
b. el municipio (no importa si el regular, el indígena o el campesino).

Si bien, el proyecto constitucional tiende a enfatizar TIOC y región, la dinámica constituyente informal del proceso boliviano invierte, en cierta forma, esta prelación como efecto de las negociaciones partidarias en septiembre de 2007. De ahí que la facultad legislativa subnacional beneficie, por lo menos hipotéticamente, a departamentos y municipios.

La idea original del constituyente se refleja en el anteproyecto de La Glorieta, en el que ningún ente subnacional recibe legislación. Pero esto fue alterado por los acuerdos de la suprapartidaria, de septiembre de 2007, en prejuicio de los dos entes priorizados por el oficialismo: los TIOC y las regiones, en aras de un acuerdo mayor con una parte de la oposición.

GRÁFICO 83: SÍNTESIS DEL ENFOQUE ESTRUCTURAL DEL PROYECTO CONSTITUCIONAL



Nota: La autolegislación es un dato aún equívoco en el proyecto constitucional. Por eso debe entenderse como un indicio más que como un hecho consumado.

Potestad legislativa

El proyecto constitucional introduce la idea de legislación subnacional en el Art. 273, que norma el "régimen autonómico". Se encuentra bajo el membrete de "facultades legislativas". Se podría especular que la ausencia de una coma entre esta idea y las palabras inmediatamente siguientes "normativo-administrativas" (la frase completa es: "facultades legislativas normativo administrativas") expresa la premeditada intención de crear un categoría nueva llamada "facultades legislativas normativo-administrativa". Esto no parece convincente. La ausencia de la coma es una omisión o, en el peor de los casos, un intento fallido de impedir que nazca un Estado compuesto en Bolivia. Esta conclusión se saca del hecho de que la idea de legislación vuelve a aparecer en otros lugares sin el aditamento "normativo-administrativo". Así, en el Art. 278 o en el Art. 284, cuando se trata de las facultades de los órganos deliberantes del departamento y el municipio. Es cierto que en ambos casos aparece como "facultad...legislativa *normativa*" –y el término "normativo" genera un ruido innecesario–, pero ya no se habla de lo "administrativo".

Por otro lado, aparece el concepto de "facultad...normativo-administrativa", sin el precedente "legislativo", cuando se precisa el tipo de poder normativo de la región (Art. 282).

También el acuerdo de la suprapartidaria incorpora la: "facultad legislativa exclusiva para emitir normas departamentales en el ámbito de su jurisdicción". La suprapartidaria aumenta el complemento "exclusivo" y no usa la construcción anfibia "legislación normativo administrativa", que, al fundir lo legislativo con lo administrativo, forma un oxímoron indefendible.

Poder estatuyente

Según el proyecto constitucional, las autonomías, sin excepción, pueden emitir normas subnacionales fundamentales, bajo el nombre de "estatutos", para los departamentos (Art. 276), las regiones (Art. 283/III) y las ETIOC (Art. 293); o de "carta orgánica" para los municipios (Art. 284/IV).

El Art. 276, que parece generalizar el poder estatuyente subnacional, norma la elaboración participativa de tales normas, estableciendo que deberán ser votadas por dos tercios de los miembros de los respectivos cuerpos deliberantes, "conforme a la Constitución y a la ley marco de autonomías y descentralización".

A diferencia de lo que sucede en España, y a similitud de los decidido por Italia en su reforma constitucional de 2001, los estatutos no pasarían a consideración del parlamento nacional y simplemente se someterían a un control de constitucionalidad. Sin embargo, el constituyente, con su decisión de pedir una ley marco de autonomías y descentralización, puede introducir un control de legalidad previo para los estatutos.

Se puede interpretar que los requisitos de aprobación no se aplicarían a los estatutos o cartas orgánicas de la ETIOC, pues ellas no tendrán "concejos" o "asambleas", ya que su configuración gubernativa dependerá de sus "normas, instituciones, autoridades y procedimientos" (Art. 292 y Art. 297).

Tenemos entonces, que si bien un eventual municipio indígena no crearía una escala adicional (se mantendría una única escala municipal), y su catálogo competencial sería común con los demás municipios –si bien con materias específicamente indígenas–, sí poseería una *modalidad peculiar de autogobierno*, que diferiría de la del municipio común. Bien vistas la cosas, si esta singularidad no se diera, probablemente el municipio sería indígena sólo en la retórica.

Ley marco

Por encima de las normas de cualquier naturaleza, que pudieran promulgar las entidades territoriales subnacionales, el proyecto constitucional coloca constantemente una "ley marco de autonomías y descentralización" (LMAD). El Art. 272 concede un amplio e incisivo poder a una eventual LMAD pues, junto a la Constitución, regirá "alcances... organización... funcionamiento... competencias... atribuciones... asignación de recursos económicos... coordinación del sistema". La LMAD debe ser aprobada por dos tercios del Congreso nacional.

Las normas subnacionales fundamentales deberán sujetarse a la LMAD y ella, por definición constitucional, normará las "condiciones de elección y número de concejales... departamentales" (Art. 279/II). Y tendrá el mismo papel respecto a los municipios y las regiones.

El proyecto sólo habla de la elaboración del estatuto de las autonomías indígenas (Art. 293) y de las competencias de municipios y regiones indígenas (Art. 304). Es cierto que se dice "de acuerdo con la ley", en varios lugares del régimen indígena, pero esta "ley" no necesariamente es la LMAD.

No subordinación / Igual rango constitucional

Uno de los más polémicos artículos del proyecto constitucional es el 277, que introduce el principio de no subordinación y de igualdad de rango constitucional de todas las "entidades territoriales autónomas". No es posible saber si el redactor del proyecto tuvo en mente que no subordinación e igualdad de rango expresan dos ideas distintas.

Como el proyecto "autonomía" no implica de hecho "autolegislación", es probable que el redactor haya pensado que, tengan o no facultad legislativa, todas las entidades deben poseer un igual rango constitucional y, además, no estar subordinadas entre sí.

Tampoco es posible saber qué pensaban los redactores cuando, luego de proclamar la igualdad rango y la no subordinación, pusieron el Art. 410, que establece la primacía de la Constitución sobre la ley nacional, del decreto supremo sobre las normas subnacionales, y de estas últimas sobre las norma de carácter administrativo. (Una valoración crítica de esta disposición, devastadora para los avances logrados en otros puntos, se realiza luego en este mismo capítulo).

A.2. Aspectos positivos y negativos del proyecto constitucional, en lo estructural

Positivos del proyecto constitucional en lo estructural	Negativos del proyecto constitucional en lo estructural
Se procura darle una respuesta más o menos flexible al problema de las ancestrales identidades territoriales, además de introducir varias vías para materializar la demanda indígena en término espaciales y políticos.	El proyecto constitucional no hace una diferencia entre lo espacial (región y TIOC) y lo territorial (departamento, provincia, municipio y distrito), conduciendo a una confusión que puede impedir, a mediano plazo, el funcionamiento armónico de estos entes.
	El proyecto constitucional no disocia al nivel nacional del "Estado plurinacional", perjudicando una más clara asignación de competencias, y reforzando el centralismo.
	El proyecto constitucional desvalora a la provincia y prácticamente ignora a la escala submunicipal, al distrito municipal.
No le otorga la potestad legislativa a la región y encarga su conformación y su configuración competencial al órgano deliberante departamental.	El proyecto constitucional se excede en su apuesta por la región y el TIOC, cuando la virtud de ambos radica en ser entes espaciales de gestión estatal. Por otro lado, sólo "tolera" al departamento y al municipio, siendo que forman la malla territorial básica del país.
Intenta lograr, con la creación de las regiones, un manejo más racional del espacio intradepartamental.	Parte de la premisa riesgosa de que los límites político-administrativos republicanos deberían responder a parámetros racionales de geoeconomía o de cultura, desconociendo la naturaleza compleja y heterogénea de la mayoría de las construcciones territoriales de los países.
Abre la opción de que entes espaciales tengan cierta estructura administrativa.	Hay una desproporción entre el perfil sostenible de una región (ente espacial) y el poder que se le pretende otorgar ("gobernador", "asamblea"). Idealmente sólo requeriría un "gerente" y quizá un órgano deliberante de carácter *consultivo*.

	Se complica la creación regional. No se permite que el departamento diseñe sus regiones por justificaciones de eficiencia en la gestión, ya que depende de la voluntad democrática de la ciudadanía.
	Se busca eliminar a la provincia, cuando es posible que ella esté más arraigada de lo que uno cree (aunque debería sufrir algunos ajustes en sus límites si fuera necesario). Aunque la provincia es indispensable como unidad de desconcentración prefectural, no se le permite alcanzar cualidad administrativa.
Se consagra una vía alternativa para que los pueblos indígenas alcancen la autonomía con legislación a través del "municipio indígena".	Añade a los tipos de municipios aceptables (regular e indígena) uno inaudito: el "campesino"
	La "región indígena" no puede dar nada que no pudiera dar el TIOC, por lo que hay una duplicación.
No se emplea forzadamente el término "legislación" y se respeta el concepto indígena de "autogobierno".	
Se introduce la potestad de legislación.	La introducción de la potestad de legislación es imprecisa o insegura, pese a que se trata de un tema medular de cualquier ordenamiento territorial.
Se abre la posibilidad de que el concepto de "régimen autonómico" se interprete como diferente del de "autonomía". El primero implicaría necesariamente la potestad legislativa.	
Se abre la posibilidad de tener sólo dos niveles subnacionales con potestad de legislación: departamento y municipio. Sólo ellos tendrían cualidad gubernativa.	La consagración de sólo dos niveles con potestad de legislación es desvirtuada por una lectura sistemática de todo el proyecto, que acaba anulando la autolegislación subnacional (ver *infra* los artículos que hacen eso).
Se ofrece cualidad administrativa a la región, los departamentos no autónomos y los TIOC. Pero el TIOC tiene un poder político especial y no asimilable a los demás.	
No se lleva el estatuto o carta orgánica a aprobación del Congreso nacional.	Se introduce la posibilidad de que una "ley marco de autonomía y descentralización" acabe determinando los estatutos subnacionales. Se declara a los órganos que votan los estatutos como "autónomos", cuando autónoma es la entidad territorial.

	La ley marco se coloca sobre los estatutos, lo que no condice con un modo de Estado compuesto
Se introduce las nociones de "no subordinación" e "igual rango constitucional".	No se hace una separación clara entre las nociones de "no subordinación" e "igual rango constitucional", siendo que deberían expresar dos principios distintos, aunque no excluyentes.

A.3. Descripción de la visión del proyecto de estatuto, en lo estructural

Malla territorial

De las disposiciones del Estatuto de Santa Cruz referidas a la conformación del ejecutivo departamental, se deduce que dentro del departamento existirán provincias y una instancia *sub*municipal llamada "sección" (Art. 22/VIII). Como las autoridades provinciales, llamadas "subgobernadores", son elegidas por voto directo (Art. 160), la provincia aparece por lo menos como una corporación territorial. La fuerza de la figura provincial se refleja también en la extensión de las inmunidades del gobernador y el vicegobernador al subgobernador (Art. 30). La provincia será, además, receptora de regalías departamentales (Art. 131/b).

GRÁFICO 84: SÍNTESIS DEL ENFOQUE ESTRUCTURAL DEL PROYECTO CONSTITUCIONAL

La provincia merece un capítulo completo del Estatuto (Art. 158 al 160). Junto al sub-gobernador electo, operaría en ella un "Consejo de Participación Provincial", cuyas atribuciones y conformación dependerán de una ley departamental. Se establece como sus atribuciones mínimas: "la planificación, fiscalización y ejecución en la asignación de recursos".

El municipio está detalladamente normado en el Título quinto (Arts. 165 a 167). Dado su peso estructural, es una unidad territorial más cualificada que la provincia y prácticamente equipara al departamento, salvo por el hecho de que es el Estatuto departamental el que norma el catálogo competencial local. En consonancia, se habla de "dos niveles de gobierno" (Art. 165), el departamental y el municipal.

Por otro lado, el Estatuto consolida dos formas inequívocas de territorialidad indígena: la OTB y el municipio indígena, aunque añade además la noción más ambigua de TCO, a veces más como fenómeno agrario, a veces más como fenómeno territorial.

Tipos de unidades territoriales

Existen dos tipos de municipios: el regular (Art. 165 y ss.) y el indígena (Art. 164). No se hace diferencia entre secciones o provincias.

Régimen autonómico

Lo "autonómico" aparece sin estabilidad conceptual y dispersamente. Califica al Estatuto (Art. 1), a la administración (Art. 8), al "derecho" de origen departamental (Art. 10), a los regímenes especiales, a la "estructura autonómica departamental" (Art. 37); es una vocación (Art. 83) o una instancia judicial (Art. 143). No existe una teorización que busque diferenciar lo "autonómico" de la autonomía.

Autonomía

El "autónomo" es el departamento (Art. 1/I) y la "autonomía" es un derecho (Art. 1/I), aunque a veces aparece como "autónomo" el gobierno y no la entidad territorial. Lo mismo sucede con el municipio: el gobierno local es el que se declara autónomo (Art. 167).

También se habla de "autonomía de los pueblos indígenas" en relación con la "gestión" de recursos naturales sobre la base de "comunidades" y "TCO" (Art. 92).

A la provincia se la considera autónoma (Art. 159/II). Se postula que, al ser ella "circunscripción electoral" para la conformación de la asamblea departamental (Art. 18), la "autonomía provincial consiste en el ejercicio de la potestad legislativa de las provincias a través de la asamblea departamental" (Art. 159/II). Además de esta curiosa definición, se precisa que la "autonomía" provincial implica el "ejercicio de competencias de planificación, ejecución y administración de recursos..." (Art. 159/II). Por su parte, el Estatuto reconoce al municipio una "potestad legislativa" inequívoca (Art. 167) y el derecho a elaborar su norma fundamental, bajo el nombre de "carta orgánica" (Art. 167/I).

GRÁFICO 85: SÍNTESIS DEL ENFOQUE ESTRUCTURAL DEL PROYECTO ESTATUTARIO

Por tanto, el término "autonomía", igual que en el proyecto constitucional, no significa necesariamente el hecho de legislarse: la provincia, que no legisla, goza de autonomía. Sin embargo, cuando se habla del municipio, se dice que el ejercicio de la autonomía consiste en el ejercicio de la potestad legislativa (Art. 167).

El término "autonomía" aparece también aplicado a la cuestión universitaria y a la administración económica de la Justicia.

La cuestión indígena

El Estatuto habla de la protección de los "pueblos indígenas *oriundos*" (Ar. 2/II), probablemente para no extender los derechos pro-indígenas a los inmigrantes pertenecientes a otras identidades. El gobierno departamental deberá promover el rescate lingüístico y cultural y de "las formas de organización consuetudinarias" de estos indígenas; y garantizar no sólo el derecho individual, sino también el derecho colectivo de éstos (Art. 2/II/e).

En la conformación de la Asamblea Legislativa, la norma cruceña garantiza cinco curules, de los 28 previstos, a los pueblos indígenas oriundos (Art. 18/I/b), sin descartar que en su elección se aplique "usos y costumbres" (Art. 18/III).

Como ya se dijo, se reconoce la "autonomía de gestión de los pueblos indígenas para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales en sus comunidades y tierras comunitarias de origen, en concordancia con las políticas ambientales de carácter departamental y municipal, y en respeto de sus usos y costumbres" (Art. 92). El término "autonomía" aquí aparece vinculado al de "gestión", lo que prueba una vez más su empleo polisémico.

El Estatuto considera la Tierra Comunitaria de Origen como uno de los espacios indígenas. Hay que recordar que la TCO surgió de las reformas constitucionales de mediados de los 90. Al principio, el Estatuto la considera en su naturaleza agrario-propietaria. El Art. 99 define las obligaciones del gobierno departamental para el fomento de la producción a fa-

vor de las TCO. Lo mismo el Art. 103/II, que declara que se protegerá el derecho de los pueblos indígenas oriundos sobre sus TCO, en el marco de la seguridad jurídica de la tierra.

Sin embargo, en otros sitios, se dice que los pueblos indígenas son susceptibles de recibir regalías vía TCO (Art. 131/c), es decir, se homologa la TCO con una unidad político administrativa.

En el "régimen indígena departamental" se habla de tres "instituciones reconocidas por el Estado", en las cuales se cristaliza el "derecho" indígena: las "Organizaciones Territoriales de Base", las "Tierras Comunitarias de Origen" y los "municipios indígenas" (Art. 164). Nuevamente, aquí el Estatuto atribuye a la TCO nociones más espaciales o territoriales que agrario-propietarias.

Debe recordarse, por otro lado, que las OTB fueron concebidas como espacios político-administrativos de escala *submunicipal* (DS 23858, Art. 1). Esta norma de mediados de los 90 admite el "carácter territorial" de la OTB y dispone que, en la tramitación de su registro, ésta indique el "espacio territorial que ocupa en la jurisdicción municipal... Al efecto, el ámbito territorial... podrá comprender una o más comunidades, barrios o unidades vecinales, definidos por el gobierno municipal" (DS 23858, Art. 6).

El Estatuto señala que en el futuro se promulgará una "Ley del régimen indígena departamental" (Art. 163).

Potestad legislativa

Se explicita, sin equívocos, que el "gobierno departamental autónomo" puede ejercer la "potestad legislativa" (Art. 6/I), lo cual es plenamente concordante con el establecimiento de una "Asamblea Departamental *legislativa*" (Art. 15), y con la existencia de "*leyes* departamentales" (Art. 16). Por medio de ellas se expide, por ejemplo, el presupuesto anual del gobierno departamental (Art 20/f).

Poder estatuyente

El Estatuto es la norma subnacional fundamental del departamento y puede ser reformada por dos tercios de los votos de la Asamblea Legislativa Departamental, salvo que se tratara sólo de una ampliación competencial, para lo que sólo se requeriría una mayoría absoluta.

Relaciones interniveles

El Estatuto se preocupa de aclarar la forma de relación que se establecerá entre la autonomía departamental y la municipal (Art. 165). Se determina que en la articulación entre los "dos niveles de gobierno" primarán los principios de no interferencia, armonía, coordinación, los arreglos contractuales interinstitucionales (Art. 165/II), y el respeto al ejercicio autónomo del poder (Art. 167). No se descarta la posibilidad de que, sobre esta base, el gobierno departamental pueda "delegar" competencias y recursos a los municipios (Art. 165/III).

A.4. Balance de aspectos positivos y negativos del proyecto estatutario en lo estructural

Positivos del Estatuto en lo estructural	Negativos del Estatuto en lo estructural
	El Estatuto habla primero de que el departamento es autónomo (correcto), pero luego usa el mismo término para calificar al gobierno, que se entiende como suma de ejecutivo y legislativo. Obviamente, la legislación no puede salir del ejecutivo, por lo que hay un error. Además, como ya hemos dicho, en realidad "autónomo" es el departamento.
Se basa en la provincia, en reconocimiento a su arraigo histórico cultural.	
Reconoce de forma inequívoca la potestad legislativa al municipio y le entrega las mismas llaves competenciales de las que goza el departamento.	Explica las competencias municipales y de la naturaleza de la autonomía municipal, lo que debe ser parte de la Constitución.
	No es satisfactoria la ambivalencia que tiene la TCO en el Estatuto, pues se presenta como asunto territorial, espacial o propietario.
Reconoce y protege a los pueblos indígenas *oriundos*, no sólo mediante garantías lingüísticas, sino de la participación política y del rescate de las formas de organización consuetudinaria.	No prevé qué debe hacerse con las minorías étnico-lingüísticas que no son *oriundas*.
Incorpora derechos no sólo individuales sino colectivos de los pueblos indígenas.	No admite la justicia originaria.
Establece más de una escala para la espacialidad indígena, que puede ser submunicipal, municipal y del tamaño de las TCO.	Emplea los espacios TCO y OTB sin mayor cuidado teórico conceptual, de modo que a veces aparecen como funciones y a veces como territorios.
	Introduce confusión sobre el término "autonomía", pues lo usa en muchos sentidos impropios.
	Autoriza al consejo departamental actual asumir las tareas del legislativo departamental, mientras no se conforme la Asamblea Legislativa Departamental.
Busca una relación tendencialmente equipotente entre el nivel departamental y el nivel municipal, bajo principios de coordinación, no injerencia y arreglo contractual.	

A.5. Síntesis de principales divergencias, convergencias y coincidencias que hay entre el proyecto constitucional y el Estatuto

Divergencias	
Proyecto constitucional	**Estatuto**
La región es parte fundamental de la malla territorial.	No se menciona la región.
La provincia es mera área geográfica o menos.	La provincia es corporación territorial.
La provincia puede desaparecer por la región.	La provincia es parte fundamental de la malla territorial.
No hay autonomía provincial, sino autonomía regional que se sobrepone a la provincia.	Hay autonomía provincial, aunque sin potestad de legislación.
No hay diferenciación entre pueblo indígena *oriundo* e inmigrante.	Los derechos pro-índígenas se aplican sólo a los pueblos indígenas *oriundos*.
Lo indígena está constitucionalizado o derivado a una ley nacional.	Se anuncia una ley indígena departamental.
La ley marco de descentralización tiene un alcance mayor a los estatutos.	El estatuto no deriva nada a una ley departamental de autonomías.
Todas las entidades territoriales tienen igual rango constitucional y no tutela.	La no tutela se aplica a las relaciones departamento-municipio y eventualmente departamento-provincia; pero sólo departamento y municipio tienen igual rango constitucional.
Tiene una escala supraprovincial.	No tiene una escala supraprovincial.

Convergencias	
Proyecto constitucional	**Estatuto**
El TIOC, en forma de TCO en el Estatuto, es parte de la malla territorial.	
No distinguen espacio de territorio.	
La TCO (o el TIOC qua TCO) se propone como alternativa de espacio indígena. Ambos proyectos son ambiguos respecto a la naturaleza real de esta figura.	
Sección municipal	Distrito submunicipal
Reconocen usos y costumbres consuetudinarios para la elección de gobiernos.	
Protegen los derechos indígenas colectivos.	
Elaboran un catálogo competencial municipal.	

Coincidencias	
Proyecto constitucional	**Estatuto**
El municipio legisla.	
Hay dos niveles de gobierno: departamento y municipio.	
Hay municipios indígenas.	
Los entes indígenas no legislan.	
El término "autonomía" es laxo y no necesariamente implica autolegislación.	
A veces lo autónomo es la entidad territorial; a veces lo autónomo es el órgano de gobierno.	
La carta orgánica es la norma municipal fundamental.	

A.6. Reparaciones posibles y vías de compatibilización estructural

A continuación, se propone una posibilidad de compatibilización de las dos visiones territoriales en juego. Las formulaciones que siguen están redactadas en forma de principios que podrían ser asumidos tanto por el proyecto de Constitución como por el Estatuto.

Se procura que cada visión, por sí misma, se vuelva más consistente, y logren una empatía entre ellas. Las propuestas conciliatorias exigen cesiones de ambas partes, sin descartar que, en función de los temas, una ceda más que otra, y viceversa.

Malla territorial

1. El Estado boliviano se organiza territorialmente en un nivel nacional, un nivel departamental y un nivel municipal. La provincia es parte de la organización interna del departamento, y el distrito del municipio. Los pueblos indígenas serán parte de la organización territorial, conforme a lo dispuesto en esta Constitución.
2. Con el fin de proteger y desarrollar las identidades de los pueblos indígenas, se constituirán unidades de gestión espacial indígena, con una estructura administrativa para la recuperación de sus tradiciones ancestrales de manejo de su hábitat, en armonía con las unidades político-administrativas existentes y por decisión democrática de los interesados.
3. Los pueblos indígenas podrán organizarse territorialmente, a través de distritos, municipios o provincias. Las medidas de adecuación de los límites político-administrativos vigentes, para ajustarse mejor a la realidad espacial indígena, serán posibles según lo dispuesto en la Constitución sobre la creación o alteración general de los límites territoriales del Estado.

4. La creación o modificación de los límites de las unidades político-administrativas se hará previa consulta democrática con los ciudadanos de todas las unidades territoriales, tanto de aquellos de la unidad proyectada como de los de las afectadas. Una ley nacional, considerando aspectos de capacidad institucional, tamaño, adecuación demográfica y optimización de la calidad de provisión futura, formalizará el resultado. Los límites de las unidades desconcentradas en cada ente territorial serán competencia de estos entes.
5. Las unidades político-administrativas del Estado podrán configurar dentro de sí macroregiones (supradepartamental), regiones (departamental) o microregiones (municipal), como unidades espaciales para la gestión de complejos geoeconómicos, geoambientales, de identidad indígena, de planificación, o para el aprovechamiento de beneficios de escala en la provisión urbana o rural de bienes y servicios. La estructura administrativa de las regiones será definida según la legislación del nivel territorial correspondiente. La decisión de la creación corresponde al ente territorial correspondiente, que puede hacer consultas democráticas para el efecto.
6. Las unidades político-administrativas subnacionales podrán conformar entre sí mancomunidades, para el logro de metas comunes específicas de gestión pública espacial, según convenios y acuerdos.

Sustentación

Estos seis principios son una base probable de compatibilización de las visiones en pugna y resuelven todo el paquete de discrepancias sobre la malla territorial.

a. Se distingue impecablemente la dimensión territorial de la espacial. Esta confusión afectaba a los dos textos por igual.
b. El énfasis está puesto en el "pueblo indígena", más que en una unidad espacial o territorial específica.
c. Se evita usar la noción agrario-propietaria como base de la composición territorial indígena.
d. Se completa la cadena de organización territorial con dos novedades: se disocia el nivel nacional del Estado, y se incluye la escala submunicipal a través de la figura del distrito.
e. Se abre una vía para que los indígenas obtengan una instancia territorial –aunque su detalle se deja para disposiciones posteriores–, al mismo tiempo que se les ofrece tres posibles *espacios* de trabajo, en la perspectiva de una recuperación armónica de lo ancestral: la unidad de gestión espacial que surge "de abajo"; la regionalización, que puede realizarse para fines de gestión indígena –aunque no sólo para eso– por decisión de la unidad territorial correspondiente; y la mancomunidad, puesto que una "meta común específica de gestión" puede ser perfectamente la realización de proyectos de perfil indígena.

f. En cuarto lugar, se permite la organización de regiones, aclarando que son espacios y que nacen por decisión de la entidad territorial correspondiente.

Restaría añadir algunas consideraciones teóricas sobre estas propuestas.

Se armoniza la recuperación ancestral de la identidad indígena con la malla territorial del Estado.- Sólo a través de los espacios de gestión es sostenible responder a la legítima aspiración que tienen ciertos pueblos indígenas de recomponer su forma espacial ancestral de existencia. Los espacios no chocan con las unidades político-administrativas existentes, en la medida en que sus bordes no cuestionan los límites políticos existentes.

Se da opciones flexibles de concretización territorial de lo indígena.- La unidad territorial que concretiza mejor el autogobierno indígena es, para ambos textos, el "municipio indígena". Éste no añade una escala nueva, pero debe asumir materias específicamente indígenas. Dicho municipio, para ser genuinamente indígena, debe permitir un real funcionamiento de las formas originarias de poder político.

El Estatuto añade, sin embargo, otra vía interesante: la OTB, que crearía una nueva escala sub-municipal. Por tanto, vale la pena pensar, por ejemplo, en el "distrito indígena". En la misma línea, este proceso puede extenderse a la provincia.

En cualquiera de estos casos, no debe olvidarse que siempre queda la opción de un ajuste de límites, para acoger mejor el reclamo indígena.

Otras unidades territoriales indígenas podrían ser desarrolladas por los estatutos o por leyes nacionales especiales.

GRÁFICO 86

Vías alternativas de concretización de poder indígena socio-espacial

Supera la confusión entre lo agrario-propietario y la espacialidad estatal.- Una confusión se constató tanto en el proyecto constitucional como en el Estatuto. Nos referimos al estatus de la TCO.

La cuestión de la titulación agraria colectiva indígena no desaparecerá de la agenda nacional. Esta cuestión fue enfrentada mediante las TCO, que, según el proyecto constitucional, son una manifestación del TIOC. Pero la conversión de las TCO en entidades espaciales de gestión indígena no siempre es lógica, deseable o posible. Mucho menos su transformación en unidades político-administrativas. Si bien, estos casos no pueden descartarse, es importante distinguir la dimensión agrario-propietaria, por un lado, y los espacios indígenas, por el otro.

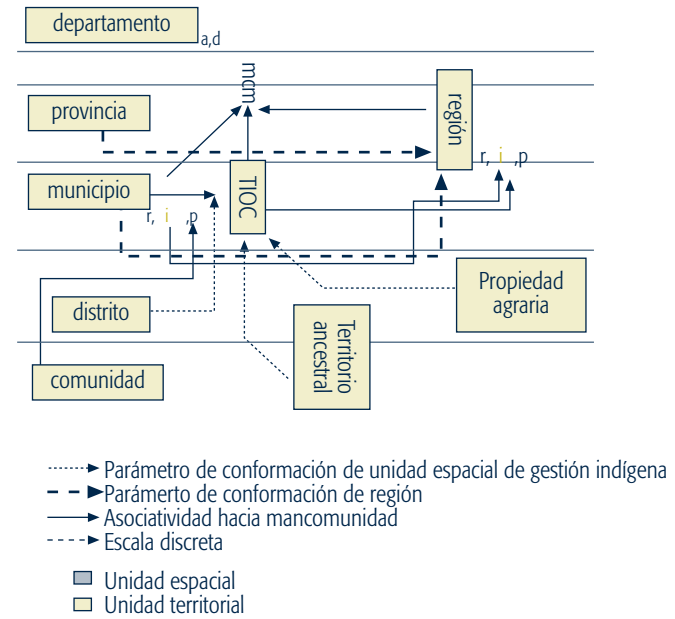
Los pueblos indígenas deben organizarse tanto de forma político-administrativa como espacial –por criterios de homogeneidad cultural–. Esto no impide que la unidad *espacial* de gestión indígena se llame "*Territorio* Indígena Originario Campesino", recuperando el gesto simbólico del constituyente.

Tampoco debe impedirse que las unidades espaciales de gestión indígena basen sus bordes en las superficies de las TCO, como insinúa el proyecto constitucional. Pero en tal cosa se trataría solamente de una "inspiración", que igual puede tener otras fuentes, también mencionadas por el proyecto constitucional: municipio, distrito, territorialidad ancestral.

En una representación agregada de lo dicho, se tendría lo siguiente:

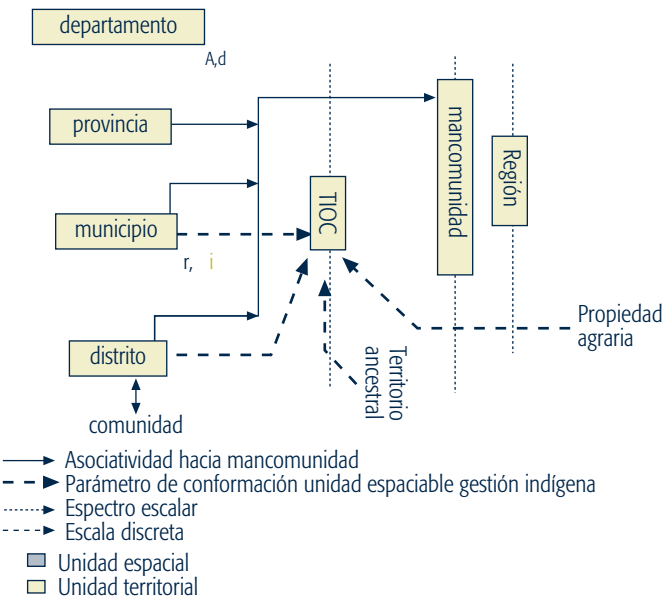
GRÁFICO 87

Esquema del proyecto constitucional sin cambios



En el proyecto constitucional, como se ha demostrado, no existe una distinción técnico-conceptual entre espacio y territorio (ver el generalizado color café del gráfico). Tampoco en el proyecto estatutario. Por ello, es que prácticamente todo aparece como organización territorial (nuevamente nos remitimos al color café del gráfico). En cambio, si distinguiríamos entre espacio y territorio, así como entre propiedad agraria y espacios estatales, la simplificación lograda nos daría la siguiente figura:

GRÁFICO 88



Se hace una nueva delimitación orgánica de las unidades territoriales.- Nuestra propuesta plantea un procedimiento relativamente rígido para alterar los límites de las unidades territoriales. La idea de consultar a "todas" las unidades afectadas supone una cláusula prudencial. En segundo lugar, se da una clara señal de que ésta es una competencia legislativa *nacional.*

Se posibilita una institucionalidad administrativa en cualquier unidad espacial de gestión.- El carácter espacial –indígena, regional o de mancomunidad– de una unidad no impide bajo ningún concepto que posea estructuras administrativas más o menos complejas. Una unidad de gestión espacial indígena puede, por ejemplo, poseer órganos deliberantes o ejecutivos, y una región neoeconómica, recibir recursos financieros. En todos los casos es posible una máxima autoridad ejecutiva.

Tipos de unidades territoriales

Volvamos a plantear puentes entre el proyecto constitucional y el Estatuto, esta vez respecto a la tipología de las unidades político-administrativas.

7. Los departamentos en los cuales no se optara por un régimen autonómico se sujetarán a un régimen de desconcentración estructural, sin perjuicio de pueden volver a optar por la transición al régimen autonómico, de acuerdo a los procedimientos fijados por ley.
8. La naturaleza indígena de una unidad político-administrativa supone el funcionamiento de su régimen político según usos y costumbres. Las unidades político-administrativas indígenas se beneficiarán de los mismos derechos y se someterán a las mismas obligaciones que las demás unidades político-administrativas. Su acervo competencial es derivado y se estructura por medio de la desconcentración de la entidad territorial a la que pertenecen.

Sustentación

Desde el momento en que el debate territorial boliviano ha permitido que ciertos departamentos, por decisión democrática de sus ciudadanos, no accedan a la autonomía, es difícil que la siguiente Constitución no prevea la posibilidad de departamentos que se hallen bajo un régimen de desconcentración. Por lo tanto, en el país habrían departamentos autónomos y departamentos desconcentrados o "descentralizados", como se estila decir ahora.

También parece inevitable que el municipio pueda existir en dos formatos: el regular y el indígena. La variante del municipio indígena sería la vía más fuerte de expresión territorial indígena, más fuerte que las opciones también territoriales del distrito o la provincia indígenas. Por lógica, también deberá haber distrito y provincia regulares. Es importante anotar que un municipio "regular" debe prever formas de integración cultural de las minorías indígenas que vivan en él.

Hay que fijar un criterio, más o menos objetivo, para la conversión de una unidad político-administrativa en unidad indígena. Un criterio es el uso de las prácticas indígenas de poder político y administrativo. Por otro lado, estas unidades no pueden estar exentas de la rendición de cuentas a la Contraloría o de otras disposiciones administrativas mínimas.

Un dispositivo necesario para el funcionamiento armónico de las distintas unidades, es la clarificación de la naturaleza de su acervo competencial. En la medida en que el mismo se derive claramente de un titular preestablecido, no habrá problema de incoherencia.

Hemos desarrollado una tipología de las unidades territoriales y no de las espaciales. Esto se debe a que éstas últimas no difieren en la forma de ejercicio político del poder, sino en su homogeneidad o su funcionalidad. Por tanto, la gama de los espacios posibles es relativamente amplia. Nada impide que una región indígena, por ejemplo, contrate un gerente que aplique técnicas de administración "occidental", y así sucesivamente.

Un caso particular es, no obstante, la unidad espacial de gestión indígena que hemos convenido en llamar TIOC, recuperando el vocabulario del constituyente. Los asuntos que debe tratar, si bien circunscritos, son muchos: comenzando en justicia, pasando por medicina, acabando en educación. La ventaja es que, por definición, esta unidad, por ser espacial –aunque se llamara simbólicamente "territorio"– no chocaría con la división político-administrativa existente.

Régimen autonómico

9. El régimen autonómico se basa en la concesión de cualidad gubernativa a las entidades territoriales autónomas, la cual implica la potestad de legislar, la elección directa de autoridades políticas, la territorialización de los órganos públicos, un ámbito de asuntos propios que se expresa en competencias claras y sustantivas, suficiencia fiscal basada a una fiscalidad propia y el derecho a actuar únicamente bajo control de legalidad.
10. El factor principal de la cualidad gubernativa es la potestad de legislarse, como expresión genuina de poder político y vía por excelencia para la formulación de unas políticas públicas territoriales generales, duraderas, predecibles y agregadas, para el cambio legitimado y democrático de la sociedad subnacional, así como para la innovación, la diferenciación y la realización estatal de las identidades históricas, culturales y políticas.
11. La ruptura del monopolio de la legislación detentado por el nivel nacional, a favor del ámbito subnacional, da al país un Estado compuesto. La concesión de potestad legislativa para los niveles nacional, departamental y municipal, crea una variante original dentro de la familia de Estados compuestos, distinta de la federal y de la autonómica clásica de corte español.
12. Toda ley es una forma normativa, pero no toda forma normativa es una ley. Por tanto, decir "norma" no necesariamente implica "ley", aquella puede ser un reglamento. De modo que la Constitución debe decir simplemente "potestad de legislación", a secas, sin ninguna calificación adicional, que sería redundante.
13. La visión indígena del poder se expresa en los conceptos de "autogobierno" y "autodeterminación" de los pueblos, conforme a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos. No incluye la potestad de legislar. Debe evitarse, por tanto, la adopción forzada de códigos occidentales. Sin embargo, el municipio indígena –que sí entraña la potestad legislativa– está a disposición de los pueblos indígenas.
14. El régimen autonómico y el esquema de desconcentración del poder (que incluye al autogobierno indígena) conforman el sistema de ordenamiento territorial del Estado.
15. La autonomía es un concepto que en su *sentido estricto* implica la autolegislación, aunque en su sentido amplio puede usarse para nombrar cualquier modalidad de administración territorial o espacial, siempre que sea desconcentrada estructuralmente.

16. Las normas subnacionales fundamentales, como los estatutos o cartas orgánicas, se encuentran directamente subordinadas a la Constitución y no están por debajo de ninguna ley alguna nacional, ni aunque se tratara de una ley orgánica, que pretendiera normar el régimen autonómico. Son excepciones: las indicaciones expresas de necesidad de una ley que se incluyan en la Constitución, y, con carácter excepcional y bajo control de un tribunal de constitucionalidad, algunas leyes nacionales de armonización.
17. Las normas subnacionales fundamentales son el instrumento para el desarrollo normativo de los preceptos constitucionales, para la fundamentación del destino político de una determinada instancia territorial y para la formulación de las grandes líneas maestras de política pública. En estas normas se determina las estructuras básicas de autoorganización, diferenciación y adaptación institucional del poder territorial autónomo. Sus modalidades de reforma y sanción, y su ubicación jerárquica dentro del ordenamiento jurídico de la entidad territorial son comparables, por su estabilidad y preeminencia, a las conocidas para cualquier norma de carácter constitucional. Sin embargo, los estatutos no pueden normar asuntos que afectan al conjunto del Estado.
18. En los Estados compuestos, los principios de competencia y jerarquía fijan la prelación entre las normas. En cuanto a la jerarquía, la Constitución estará sobre toda ley nacional o subnacional; las leyes, cualquiera fuera el nivel territorial de origen, sobre las normas administrativas dispuestas por los poderes ejecutivos de los niveles territoriales correspondientes. La ley nacional no está jerárquicamente ubicada encima de la ley departamental o municipal. Los conflictos deberán solucionarse por la vía jurisdiccional, cuando se hayan agotado las instancias de solución alternativa que se determine.

Sustentación

La introducción de la potestad de legislación en el proyecto constitucional fue un avance importante, fruto de las deliberaciones constituyentes informales de fines de 2007, cuando la Asamblea se hallaba paralizada.

Esta inclusión es una prueba de la apertura que la mayoría oficialista mostró durante la concertación partidaria de esos meses, luego de que se eliminara el tema capitalidad de la discusión en la Asamblea. Sin embargo, la complejidad de introducir la potestad legislativa generó varias inseguridades e inconsistencias en la redacción del proyecto, sea por el apuro, o porque se trató de salvar la legítima posición previa de la mayoría de no conceder potestad de legislación puesto que la pregunta del referéndum autonómico no había inquirido sobre ella, o por desconocimiento técnico.

Probablemente, no hubo ni hay consciencia en el constituyente, ni en los redactores del Estatuto, de que romper el monopolio de legislación es nada menos que transitar de un Estado simple a uno compuesto, la interrupción de más de 180 años de lo que convencionalmente se ha llamado un régimen "unitario". Desde esa perspectiva, es equivalente a pasar de la monarquía a la república.

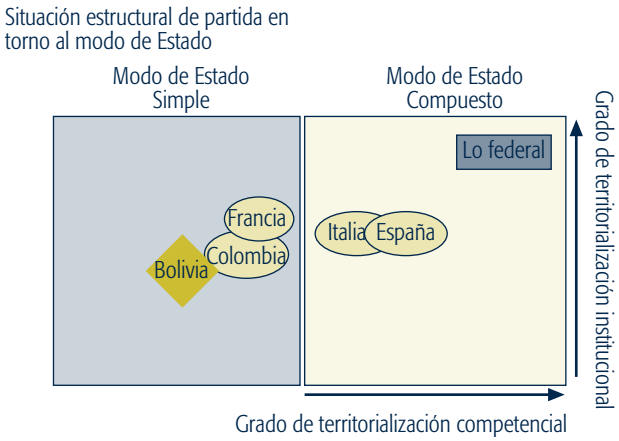
La debilidad técnico-conceptual de la mayoría constituyente es entendible. Pensemos que la más reflexionada y elaborada propuesta de los expertos autonomistas de Santa Cruz tampoco mostraba claridad y consistencia al respecto. Su creencia de que un Estado federal implica una descentralización tan radical que deja en los entes federados todas las competencias; o de que Colombia es tan "autónoma" como España o Italia –siendo que en el primer caso no se ha roto el monopolio de legislación y en el segundo sí–, son sólo dos ejemplos de la confusión de los expertos orientales.

Las inseguridades y las inconsistencias sobre este tema se concretaron de varias maneras en el proyecto constitucional:

a. En la falta de una clara diferenciación de lo normativo y lo legislativo, lo que en el Art. 273 conduce al oxímoron de "...facultades legislativas normativo administrativas", cuando debe separarse nítidamente la facultad legislativa de la administrativa (que incluye lo normativo).
b. En la declaración de la "legislación" como "privativa indelegable" del "Estado plurinacional", lo cual conduce nuevamente al más alto grado de centralismo en esta materia.
c. En la formulación del Art. 146 de que "la asamblea legislativa plurinacional... [es la] única con facultad para aprobar y sancionar leyes en el territorio boliviano", cuando debió decirse que la Asamblea sería la única capaz de sancionar leyes *de alcance nacional*.
d. En el Art. 323/II, que señala que "sólo podrán establecerse tributos por ley aprobada por la asamblea legislativa plurinacional". Aquí debió decirse que los tributos sólo serían establecidos "por los órganos legislativos", para de este modo habilitar también a las asambleas legislativas subnacionales
e. Finalmente, en el ya mencionado Art. 410: "La aplicación de las normas jurídicas se regirán por la siguiente jerarquía: 1. Constitución; 2. las leyes y tratados internacionales; 3. los decretos supremos administrativos; 4. las normas departamentales, regionales y municipales; 5. las normas de carácter administrativo", lo que llega al absurdo de colocar un decreto supremo nacional por encima de la legislación subnacional.

Todas estas inconsistencias condujeron a que el nuevo modo de Estado no terminara de nacer. Para entender este "medio parto", vemos la situación estructural de partida:

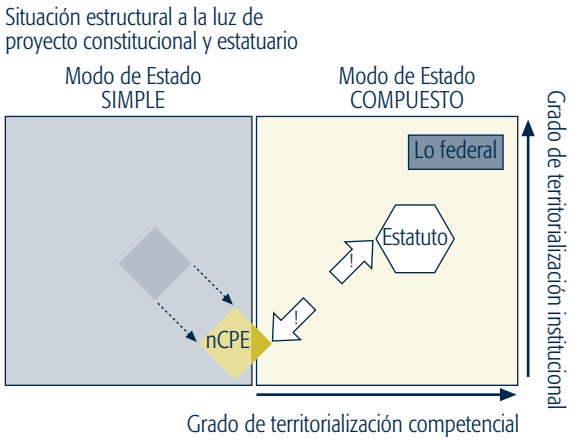
GRÁFICO 89



A veces, los analistas creen que el modelo español sería una suerte de última fase de Estado "unitario". Ya hemos explicado que el par "unitario vs. federal" es poco feliz, pues impide un entendimiento cabal de las configuraciones estructurales. España es parte indiscutible del modo de Estado compuesto, pero no Colombia o Francia, a pesar de sus avanzados procesos de desconcentración. Bolivia está actualmente en una situación más centralista que la de Colombia o Francia, aunque las tres son parte del modo de Estado simple.

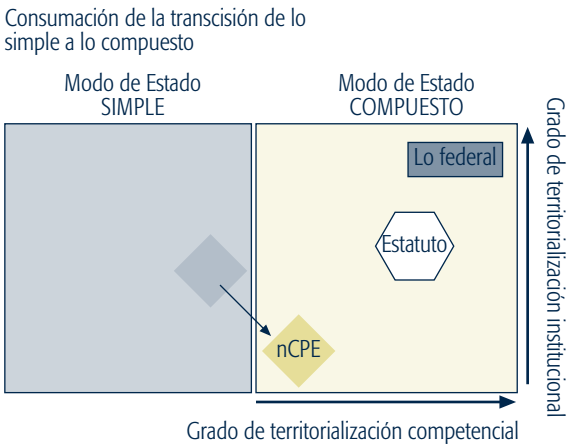
Por tanto, la visión del Estatuto es la de un Estado compuesto. En cambio, el proyecto constitucional no deja que se consuma la transición hacia lo compuesto.

GRÁFICO 90



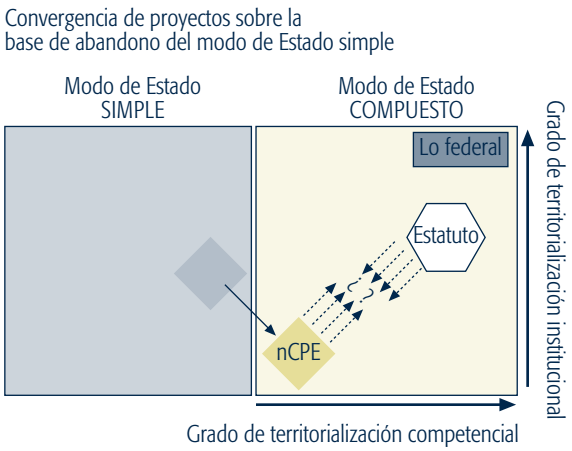
Ahora lo que tendría que pasar es que se consumase el parto del proyecto constitucional y se lleve al país al modos de Estado compuesto sin dudas.

GRÁFICO 91



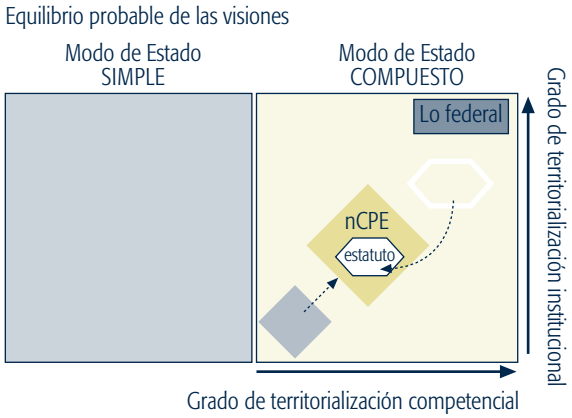
Para ello, se requerirá, además, un movimiento simultáneo del Estatuto hacia un punto de equilibrio en lo material-competencial, dejando su actual extremismo en este campo.

GRÁFICO 92



La meta es que, finalmente, el Estatuto autonómico se incardine dentro de una Constitución que sea capaz de liberar las fuerzas institucionales de un régimen autonómico real.

GRÁFICO 93



Relaciones verticales interniveles

19. Sólo los niveles territoriales con potestad legislativa tienen el mismo rango constitucional. Su vinculación se basará en relaciones equiordenadas, de lealtad y coordinación, dentro del Estado.
20. El Estado no se confunde con el nivel nacional, a fin de evitar que éste entre con más fuerza al juego de relaciones entre los niveles, lo que impediría la ubicación equipotente de los tres niveles territoriales del Estado.
21. El nivel municipal no debe estar encapsulado dentro del nivel departamental.
22. Las instancias territoriales desconcentradas estructuralmente, tengan o no potestad de legislación, no estarán sujetas al control de oportunidad. Este principio de no subordinación se aplicará sin perjuicio de que, en casos específicos de delegación, la entidad territorial delegada reciba un control de oportunidad y de legalidad. En tal caso, la entidad fungiría como agente de un principal, pero sólo para un tema específico.

Sustentación

El Estado debe segmentarse en tres niveles con potestad de legislación. O sea, el nivel nacional, el departamental y el municipal. Esta tri-segmentación, que parece deducirse tanto del proyecto constitucional como del Estatuto, no entra en contradicción con las reivindicaciones indígenas, ya que sería forzado atribuirle a los pueblos indígenas legislación, cuando su comprensión del poder autónomo no la incluye.

Por otra parte, es necesario separar impecablemente la noción de "no subordinación" de la de "igual rango constitucional". La idea de la *no subordinación* es una traducción del principio constitucional francés de la *no tutela* entre colectividades territoriales, que supone la supresión de control de oportunidad y, en el caso del control de legalidad, la derivación de

la solución de los litigios al campo jurisdiccional. Este principio beneficia por igual a todas las instancias territoriales desconcentradas estructuralmente, tengan o no legislación, por tanto también a los espacios indígenas. Otro en cambio es el significado de "igual rango constitucional", que sólo beneficia a los actores territoriales que han recibido una potestad genuina de legislación y segmentan al Estado en términos territoriales. Una expresión operativa de la equipotencia constitucional es que los niveles que se benefician con ella ventilan sus conflictos competenciales por la vía jurisdiccional.

B. El sistema político subnacional

B.1. Descripción de la visión del proyecto constitucional en cuanto al sistema político subnacional

El sistema político subnacional

Para el proyecto constitucional, el mando político de los departamentos autónomos estaría a cargo de un "gobierno" compuesto de: un concejo departamental, que, además de legislar, fiscaliza y delibera; y un ejecutivo. Tanto en el caso del departamento autónomo, como en el llamado "descentralizado", se elige el ejecutivo y los miembros de los órganos deliberantes mediante sufragio universal.

Parte de los miembros del concejo provendrán de los pueblos y naciones indígenas, según sus propias normas y procedimientos. Se deriva a una ley la determinación de las condiciones de elección indígena y la cantidad de miembros indígenas del concejo, estableciendo como parámetros a considerar: demografía, organización territorial, identidad cultural, desarrollo humano e índice de pobreza.

La estructura del mando político-administrativo de la región es equivalente al del departamento. Contaría con un "gobierno" formado por un equivalente al prefecto del departamento autónomo, llamado "gobernador", y un equivalente al concejo departamental, llamado "asamblea regional". Los miembros de este gobierno surgen de sufragio universal y de elecciones según usos y costumbres para el caso de los representantes de naciones y pueblos indígenas. Se deriva también aquí a la ley los detalles de las condiciones de elección.

La estructura del "gobierno" municipal sigue la misma lógica anterior, salvo que el concejo municipal sólo tendrá miembros de los pueblos originarios cuando no se hayan formado autonomías indígenas dentro del municipio.

Los miembros del poder ejecutivo de los gobiernos descritos son concebidos como parte del "servicio público", por lo que aplica para ellos las condiciones generales de acceso, en especial, las restricciones por razón de idioma. Por otro lado, sólo son elegibles quienes tengan radicatoria previa en el lugar de al menos dos años; el mínimo de edad es mayor para el prefecto que para el alcalde o el gobernador regional. El periodo de mandato para los miembros del órgano deliberante y del ejecutivo es de cinco años y existe reelección continua por una vez.

El sustituto de cualquier máxima autoridad ejecutiva debe ser un miembro del órgano deliberante respectivo. En caso de ausencia definitiva, se legisla una nueva elección, salvo que hubiera transcurrido más de la mitad del mandato, en cuyo caso el órgano deliberante respectivo elegiría a un sustituto.

El proyecto constitucional opta por la elección separada de los miembros de los órganos deliberantes y los ejecutivos, dándole un perfil más bien presidencialista incluso a la democracia municipal. Toda autoridad electa, sin excepción, se sujeta al principio de revocabilidad por iniciativa ciudadana y referéndum.

Se deduce que provincias y cantones no eligen autoridades. En contraste con ello, la región, en lo formal, acaba poseyendo los mismos órganos políticos de departamentos y municipios.

El sistema político del TIOC

La nomenclatura de las líneas precedentes es premeditadamente dejada de lado por el proyecto constitucional al tratar el caso de la conformación política del TIOC. No se usa el esquema ejecutivo vs. órgano deliberante. Sólo se indica que el "autogobierno se ejercerá de acuerdo a sus normas... autoridades y procedimientos... en armonía con la Constitución y la ley" (Art. 291/II).

B.2. Balance de aspectos positivos y negativos del sistema político subnacional del proyecto constitucional

Positivos del proyecto constitucional en cuanto al sistema político subnacional	Negativos del proyecto constitucional en cuanto al sistema político subnacional
Se respeta la identidad indígena del sistema político del TIOC, evitando la nomenclatura "regular" que se emplea para departamentos, municipios y regiones.	La nomenclatura empleada para el caso del departamento y el municipio es simplemente irritante. Por ejemplo llamar "gobernador" al ejecutivo regional y "prefecto" al ejecutivo departamental.
Se establece la presencia de representantes de los pueblos originarios en los órganos deliberantes.	No hay señales de protección de los derechos políticos de las minorías que habitan dentro de los TIOC.
	La cláusula idiomática es inaplicable a la función pública en general.
	Las determinaciones electorales son entregadas a la ley marco, cuando por lógica deben desarrollarse en los estatutos y cartas orgánicas.
Los departamentos "descentralizados" tendrán elecciones democráticas de sus autoridades.	La complejidad de la estructura política de la región es excesiva, habida cuenta de su perfil funcional.

	Se intenta romper el principio de igualdad del voto, introduciendo como parámetro del sistema eleccionario el "desarrollo humano" y los "índices de pobreza".
	Se aplica algunos principios de organización política al departamento que no se aplican al municipio, sin justificación.
	Se norma la sucesión en la Constitución, cuando debería hacerse en los estatutos y cartas orgánicas.
Se abre la posibilidad de elecciones en caso de ausencia indefinida.	La sucesión temporal se la resuelve con miembros del órgano deliberante, cuando más lógico sería respetar la línea de mando del propio ejecutivo.
Se da revocabilidad a los cargos electos.	
Se separa la elección de los ejecutivos de la elección de los miembros de los órganos deliberantes.	

B.3. Descripción de la visión del Estatuto en cuanto al sistema político subnacional

Régimen de gobernador y asamblea

Según el Estatuto, el "gobierno" departamental está conformado por dos elementos: la asamblea legislativa y el ejecutivo. La asamblea legisla, orienta y fiscaliza la acción del ejecutivo. Cerca del 20% de sus miembros deben ser representantes de los cinco pueblos indígenas oriundos de Santa Cruz. Los demás miembros (53%) provienen por elección de cada circunscripción provincial (15), mientras que el resto (28) responde a la proporcionalidad poblacional (por provincia).

Todos los miembros, sin excepción, se eligen por sufragio universal. En el caso de los cinco representantes indígenas, se admite que sus candidaturas se planteen según "normas, usos y costumbres" (Art. 18/III).

Los miembros de los cuerpos políticos duran cinco años y pueden ser reelectos de forma continua una vez.

El ejecutivo departamental tiene un gobernador y un vicegobernador. En las provincias mandan los subgobernadores y, en las secciones, los corregidores. Todos son electos por sufragio universal (Art. 22). Para elegir al gobernador se produce una segunda vuelta si en la primera nadie hubiera obtenido la mayoría absoluta.

Sólo el gobernador es revocable. Si hubiera ausencia y se hubiera llegado en la línea de sustitución hasta el presidente de la Corte Judicial departamental, se harían nuevas eleccio-

nes, siempre y cuando no hubieran transcurrido tres años de gestión. Sólo los secretarios departamentales, que forman el gabinete del gobernador, pueden ser censurados por la asamblea departamental.

Régimen indígena

El Estatuto es parco sobre las modalidades de la autonomía indígena dentro de departamento. Simplemente, menciona que una ley departamental buscará el "debido reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a través de la profundización de las instituciones reconocidas por el Estado, como ser: OTB, TCO y municipios indígenas".

Las instituciones mencionadas tienen sus estructuras de mando propias, por lo que se puede suponer que éstas serían reconocidas.

B.4. Balance de aspectos positivos y negativos del Estatuto en cuanto al sistema político subnacional

Positivos del Estatuto en cuanto al sistema político subnacional	Negativos del Estatuto en cuanto al sistema político subnacional
La presencia de representantes de los pueblos indígenas en la asamblea departamental.	En la perspectiva de incorporar demandas sociales específicas al sistema de representación política, que la circunscripción electoral sólo sea provincial puede resultar muy rígido.
	Débil vinculación entre poderes políticos y contraloría.
Posibilidad de censurar a los secretarios departamentales.	Ausencia de claridad sobre las consecuencias de la censura de los secretarios departamentales.
	Desconexión de la revocatoria del gobernador de la labor fiscalizadora de la asamblea y de los dictámenes de contraloría.
Reconocimiento de los usos y costumbres dentro del proceso de representación indígena en la asamblea.	Restricción de los usos y costumbres indígenas sólo a la selección de los candidatos.
Elección del subgobernador.	Elección del corregidor.
Distinción entre las funciones ejecutivas y las de la asamblea legislativa.	
Institución de un vicegobernador democráticamente electo.	

Otorgamiento, al ejecutivo departamental, de la potestad reglamentaria junto con las "funciones administrativas, ejecutivas y técnicas"	
Nueva elección en caso de ausencia definitiva del gobernador.	
	En la estructura provincial se mezcla lo ejecutivo (el sub-gobernador) con lo deliberante (el consejo de participación provincial).
	Pocas opciones político-gubernativas para los pueblos indígenas.

B.5. Síntesis de las principales divergencias, convergencias y coincidencias entre el proyecto constitucional y el Estatuto, en cuanto al sistema político subnacional

Divergencias	
Proyecto constitucional	**Estatuto**
Le da mucho peso a la ley para normar el sistema electoral.	Norma con detalle el régimen electoral.
Los representantes indígenas llegan a sus curules por usos y costumbres.	Los representantes indígenas llegan a la asamblea por sufragio universal, directo e igual. Los usos y costumbres sólo se aplican a la selección de candidatos.
Se incluye el desarrollo humano y el índice de pobreza como parámetros electorales.	Se consagra la igualdad del voto.
Puede haber representantes de los pueblos indígenas en los concejos municipales.	No prevé representación indígena en los concejos municipales
La región tiene una estructura política comparable a la de los departamentos.	No hay estructura político-administrativa para las regiones.
Se llama "gobernador" a la máxima autoridad regional.	Se llama "gobernador" a la máxima autoridad departamental.
Se llama "concejo" al órgano deliberante departamental.	Se llama "asamblea" al órgano deliberante departamental.

Hay restricción idiomática para el acceso a un cargo electivo.	No hay restricción idiomática para el acceso a un cargo electivo.
Debajo del prefecto no hay una autoridad democráticamente electa.	Hay un vicegobernador democráticamente electo.
No se reconoce autoridad provincial.	El subgobernador es la autoridad provincial.
No se reconoce autoridad submunicipal.	El corregidor es la autoridad submunicipal.
La sucesión la asume alguien del órgano deliberante salvo en caso de ausencia definitiva y si no han pasado dos años. Entonces se convoca a una nueva elección.	La ausencia temporal o definitiva del gobernador la resuelve el vicegobernador.
	Los subgobernadores y corregidores se elijen por sufragio universal.
No se prevé segunda vuelta en la elección del gobernador.	Se prevé segunda vuelta en la elección del gobernador.
Toda autoridad electa es revocable.	Sólo el gobernador es revocable.

Convergencias	
Proyecto constitucional	**Estatuto**
Los órganos deliberantes departamentales tienen entre sus miembros a representantes indígenas.	
El máximo ejecutivo es revocable.	
Si no hubiera pasado un periodo determinado, se convoca a nuevas elecciones en caso de ausencia de la máxima autoridad ejecutiva.	

Coincidencias	
Proyecto constitucional	**Estatuto**
Elección de las autoridades político-administrativas.	
Duración de cinco años del mandato.	
Reelección continua por una sola vez.	

B.6. Reparaciones posibles y vías de compatibilización en el sistema político subnacional

Sobre la base de los hallazgos precedentes, pasemos ahora a proponer opciones para compatibilización las dos visiones analizadas.

23. El desarrollo normativo de los mandatos constitucionales respecto a la configuración del sistema político subnacional se hará en los estatutos o en las cartas orgánicas.

Sustentación

La posibilidad de normar un tema sensible para la identidad de las sociedades subnacionales desde una ley marco, contradice la autonomía genuinamente concebida. Los estatutos y las cartas orgánicas pueden desarrollar parte del régimen electoral.

24. En cada departamento autónomo habrá un gobernador y una asamblea legislativa electos por sufragio universal y por listas separadas. En cada departamento no autónomo habrá un prefecto y un consejo departamental, electos también por listas separadas y sufragio universal. En los municipios habrá un alcalde y un concejo municipal, electos por listas separadas y sufragio universal.
25. No se ponderará el voto por razones de pobreza o índices de desarrollo.

Sustentación

El principio de voto igual, establecido por el Art. 26/II/2 del mismo proyecto constitucional, sería contradicho por una ponderación del voto según los índices de pobreza.

26. Los órganos deliberantes no podrán tener funciones de poder ejecutivo, ni los ejecutivos sustituir la función fiscalizadora y, en su caso, legislativa de los órganos deliberantes.

Sustentación

Ha sido común que los órganos deliberantes acaben asumiendo tareas del ejecutivo. Esto se ha observado con especial intensidad en el trabajo de los consejos departamentales. Una confusión que puede perjudicar la rendición de cuentas.

27. El gobernador será tanto la cabeza de la entidad territorial, cuanto representante del Estado y del nivel nacional, cuando corresponda, en el departamento.

Sustentación

Esta redacción opta por lo que arriba se ha llamado el "desdoblamiento" de la autoridad máxima departamental. Es contraria a la "bifurcación" de ésta en dos: la autoridad electa y un representante directo del nivel nacional.

28. Las regiones podrán contar con cuerpos deliberantes y una máxima autoridad que gerencie los proyectos y programas regionales que el departamento decida realizar.

Sustentación

Como se ha dicho más arriba, el hecho que la región sea un ente espacial de gestión estatal no le impide poseer una autoridad máxima, un cuerpo administrativo e incluso un cuerpo deliberante. Sin embargo, la naturaleza de la región no aconseja la existencia de un aparato político-administrativo comparable al de los departamentos y los municipios autónomos.

29. Las máximas autoridades ejecutivas son revocables por iniciativa ciudadana o por voto calificado del órgano legislativo correspondiente, sobre la base de un dictamen técnico del sistema de contraloría independiente que posee el departamento.

Sustentación

Una forma de vincular la fiscalización política y la técnica es que no sólo la ciudadanía, sino el órgano deliberante, sustancien un proceso revocatorio del del gobierno autónomo departamental sobre la base de reportes elaborados por la contraloría departamental.

30. Los miembros de los gabinetes ejecutivos podrán ser censurados por el cuerpo deliberante –con la consecuencia de su destitución– según las causales que se establezcan en la norma subnacional fundamental correspondiente.
31. La representación de los pueblos indígenas en los cuerpos deliberantes deberá ser garantizada por el estatuto o la carta orgánica correspondiente.
32. Para reflejar la diversidad idiomática del departamento, se deberá crear *cargos específicos* de la administración estatal en los cuales, por la naturaleza del servicio ofrecido, se hable más de una lengua oficial.

Sustentación

La propuesta de unir la habilidad idiomática a las personas (todos los funcionarios) y no a los cargos, es impracticable en el corto y mediano plazo.

33. La elección de representantes indígenas a los órganos deliberantes podrá hacerse según sus normas y procedimientos propios. La modalidad será la que los indígenas decidan, siempre y cuando no vulnere los derechos fundamentales y políticos de la Constitución.

Sustentación

Para hablar de un sistema de poder indígena, el Estado debe reconocer las prácticas verificablemente originarias de elección de las autoridades, y los procedimientos administrativos tradicionales.

34. Los subgobernadores podrán, aunque no siempre, ser elegidos.
35. Las autoridades que fueran elegidas para administrar las áreas sub-municipales serán parte de la estructura del poder ejecutivo municipal.

Sustentación

Actualmente, la máxima autoridad de las áreas estatales submunicipales tiene una triple existencia: corregidor, sub-alcalde y agente cantonal. Sería más eficiente que las figuras del corregidor y el sub-alcalde se fusionen, y que se elimine al agente cantonal. La presencia del nivel nacional en estas áreas podría darse por intermediación del alcalde. Esto se facilitaría si se autorizara al alcalde a fungir, bajo determinadas condiciones, de representante del nivel nacional (por principio de desdoblamiento).

36. Todas las autoridades electas podrán ser reelectas de forma continua por una sola vez.

C. Lo competencial

C.1. Descripción de la visión del proyecto constitucional en lo competencial

El sistema de asignación competencial del proyecto constitucional se encuentra en los Art. 298-305, luego de los temas estructurales y los referidos al sistema político subnacional.

Catálogos competenciales

Haciendo una innovación respecto al pasado, el proyecto que discutimos incluye los catálogos competenciales en el texto constitucional. Esto es natural en los Estados compuestos y sería extraño en los Estados simples, porque sirve para proteger el acervo competencial de las instancias subnacionales, a las cuales libera de la discrecionalidad del legislador ordinario.

Los catálogos competenciales expuestos en el proyecto constitucional son seis:

a. El del "Estado plurinacional",
b. el catálogo mixto o del Estado plurinacional con los departamentos,
c. el de los departamentos,
d. el de las regiones autónomas,
e. el de los municipios, y
f. el de los TIOC.

Los catálogos están organizados en ítems de materias, y se entremezclan funciones, verbos, deseos y otro tipo de aditamentos. El catálogo del "Estado plurinacional" y el catálogo mixto son mucho más coherentes, mientras que los catálogos departamentales y municipales están cargados de funciones y verbos. Por otro lado, el catálogo regional se inclina más a ser un listado de materias, mientras que el del TIOC es retórico. Los seis catálogos no siguen pues una idéntica forma de redacción.

Un mismo asunto competencial o varias materias emparentadas aparecen varias veces, pero adaptados a una determinada escala (nacional, departamental, local u otra). Así ocurre con:

a. Transportes (Art. 299/29), patrimonio cultural (Art. 299/36) y personalidad jurídica (Art. 299/38), asignados de forma "privativa indelegable" al nivel nacional;
b. la red fundamental de carreteras y ferrocarriles en el catálogo mixto;
c. la infraestructura departamental (Art. 301/2), las carreteras y ferrocarriles (Art. 301/4), la personalidad jurídica (Art. 301/8), los acuerdos internacionales (Art. 301/10), en el catálogo departamental;
d. las vías de transporte (Art. 302/3), la electrificación (Art. 302/4), el turismo (Art. 302/7), los acuerdos internacionales específicos (Art. 302/12) en el catálogo regional;
e. el transporte local en el catálogo municipal (Art. 303/16);
f. la salud (Art. 305/II/3), los caminos vecinales y comunales (Art. 305/II/7), la infraestructura (Art. 305/8), las organizaciones (Art. 305/11) en el catálogo TIOC.

Si ordenamos los catálogos en función de la cantidad de ítems que contienen, tendríamos la siguiente lista:

a. El del "Estado plurinacional", que cuenta con 43 ítems,
b. el catálogo municipal con 23 ítems,
c. el indígena con 22,
d. el mixto con 14,
e. el regional con 13 y, finalmente,
f. el departamental con 12.

Llama la atención que el catálogo más liviano sea el departamental, pero todavía es muy temprano para sacar conclusiones, cuando todavía no hemos valorado la calidad de las competencias y no sabemos la cantidad de materias que está considerada en estos ítems.

Sólo los catálogos competenciales de las regiones, municipios y TIOC hablan de "competencias concurrentes" con los otros niveles, como el "Estado plurinacional", el departamento, etc. Esto parece implicar la obligación de que todos los niveles cedan la ejecución de sus competencias a regiones, municipios o TIOC, cuando la "naturaleza" de éstas lo justifique. Se trataría de una inclinación a lo subsidiario, aunque restringida a la "ejecución".

El proyecto constitucional prevé que los catálogos de las regiones y TIOC "podrán" ser asumidos por estas instancias, que, como ya sabemos, todavía son "virtuales". Esta cláusula parece una invitación a la región y al TIOC para que dosifiquen, según sus capacidades, el volumen de competencias que asumirán. En el caso del TIOC tal vez también se busque reconocer la capacidad de decisión de los indígenas, a los que no es posible simplemente *obligar* desde un nivel territorial superior.

También, se dice que el TIOC asumirá "competencias de los municipios y regiones según sus estatutos, de acuerdo con un proceso de desarrollo institucional y con las características culturales propias". Esto parece indicar la visión de un TIOC que reemplace, en el mediano plazo, al municipio o a la región.

De las regiones y municipios indígenas, el proyecto dice que "asumirán las competencias establecidas en esta Constitución y en la ley marco". Como sabemos por el anteproyecto aprobado en La Glorieta, la intención original fue uniformar las competencias de todas las regiones y municipios. No es posible saber si esta idea se conserva en la versión final, la cual, como hemos visto, menciona unas competencias "establecidas en esta Constitución". Por otro lado, la apelación a una "ley marco", si realmente la versión final mantiene el espíritu de La Glorieta, probablemente se refiere a lo específicamente indígena, que no está anotado en el proyecto.

Titulares y receptores de los catálogos competenciales

En el vocabulario del proyecto constitucional, el término "Estado" aparece muchas veces como concepto genérico ("Bases fundamentales del Estado", "modelo de Estado", "fines del Estado"). Se reclama por ejemplo el derecho de las naciones indígenas a que sus instituciones sean parte de la "estructura general del Estado" (Art. 30/II/5).

Sin embargo, en el Art. 19 se habla también del "Estado en todos sus niveles de gobierno", en relación a la aplicación de políticas de vivienda, y luego se aplica la misma idea a servicios básicos o salud. En este caso, serían parte del Estado, también, el departamento y el municipio.

Es posible, asimismo, encontrar una tercera acepción de "Estado", en la que parece significar "gobierno nacional" o "nivel nacional", como cuando el proyecto dice "el Estado en coordinación con las universidades privadas promoverá... la creación de universidades...". O cuando se dice que la asamblea nacional plurinacional fiscalizará los "órganos del Estado" (Art. 159).

Por eso, llama la atención que la asignación competencial no se realice a favor de algún "nivel de gobierno" o del Estado a secas, sino del "Estado plurinacional". Esto pese a que "plurinacional" funciona más como un calificativo ético-político, y, por tanto, como algo genérico.

Lo mismo en el régimen educativo del proyecto, en la sección que trata lo cultural. Se declara allí la diversidad como la base del Estado (Art. 99).

Curiosamente, en la parte dedicada a los catálogos competenciales, el proyecto deja de pronto el significado axiológico y cultural de "plurinacional" y usa este término para mostrar al Estado como sinónimo del nivel nacional.

Por otro lado, los departamentos no tienen un dominio competencial propio y aparecen solamente como receptores, ya sea compartiendo una competencia con el "Estado plurinacional", que es el titular (Art. 300) o recibiendo otra competencia por entero de este titular (Art. 301). Que allí donde se habla de "competencias de los gobiernos autónomos" el titular siga siendo el "Estado plurinacional" es muy llamativo.

Hay más curiosidades. En el catálogo mixto del Art. 300 –donde la titularidad del "Estado plurinacional es más evidente– aparece como receptor la entidad territorial (el departamento), mientras que en el catálogo del Art. 301, aparece como receptor el "*gobierno* departamental" que es, según la sistemática del proyecto, la suma de dos órganos: el ejecutivo y el concejo (Art. 278). Pero cuando se habla de los municipios y regiones son nuevamente los entes territoriales y no los "gobiernos" los receptores.

Ni la región "autónoma" ni el municipio poseen un dominio competencial propio. Los catálogos que manejan son derivados.

Las competencias regionales dependerán de lo que decida ceder el órgano deliberante departamental (Art. 281). Las competencias del municipio no depende de un tercero, pero éste no puede legislar sobre ninguna de ellas, aunque formalmente se supone que posee dicha potestad (*supra*).

El TIOC es receptor y titular de competencias, pese a que no legisla. Por eso diremos que el TIOC es titular en *sentido amplio*, pues recibe sus competencias directamente de la Constitución, sin intermediaciones.

Llaves de asignación competencial

Formalmente, el proyecto constitucional establece las siguientes llaves:

a. Competencia privativa indelegable.
b. Competencia concurrente.
c. Competencia en una jurisdicción.
d. Competencia optativa en una jurisdicción.
e. Competencia de una entidad en su jurisdicción.
f. Competencia optativa exclusiva o concurrente.

La primera llave se emplea en el Art. 299 para el catálogo atribuido al "Estado plurinacional", aunque éste no agota el dominio competencial nacional. La segunda llave es la aplicada en el Art. 300 para el catálogo mixto, aunque advertiremos que, por la redacción, el titular de estas competencias sólo es el "Estado plurinacional". Eso no impide que los receptores sean dos: el Estado plurinacional y el departamento. Todo lo que el departamento pudiera hacer, sin embargo, se hará con sujeción a "las políticas estatales y de acuerdo con la ley", lo que significa que el titular es uno sólo.

La tercera llave se emplea en el Art. 301 para la lista que tiene como único receptor al departamento. Como no se hace ninguna mención a la legislación departamental y sólo en un caso se habla de "exclusividad" de este nivel (Art. 301/7, con la noción de exclusividad del Art. 273), resulta que seguimos dentro del dominio competencial nacional.

La cuarta llave del Art. 302 incorpora el criterio "optativo" para la región y la del Art. 305 para el TIOC. Del TIOC se dice también que tiene competencias en "exclusividad" y "concurrencia". Éste último término no se aclara en el proyecto. Pero "exclusividad" sí está definida en el Art. 273. Como el texto, sin embargo, no explica si el TIOC "legisla", y más bien da a entender que no lo hace, se puede concluir que esta "exclusividad" sólo significa que las competencias del TIOC no se hallan intermediadas por la ley ni por algún emisor competencial superior (departamento o municipio), y provienen directamente de la Constitución.

Dominios competenciales

El proyecto constitucional define un dominio competencial nacional por medio de varias llaves, de las cuales la más rígida es la "privativa indelegable". Lo que podría haber sido un co-dominio entre el nivel nacional y los departamentos, bajo el nombre de "competencias concurrentes", no lo es porque "concurrente" no significa que ambos niveles legislan. Se deja por tanto al "Estado plurinacional" como único titular y el departamento aparece como el receptor.

Bajo el nombre de "competencias de los gobiernos de los departamentos autónomos en su jurisdicción" pudo haberse generado el dominio competencial departamental, pero tampoco se ha hecho así. En los hechos, ésta es otra zona del dominio nacional.

Lo que pudo ser el dominio municipal tampoco lo es, pues no hay asignación "exclusiva" para los municipios.

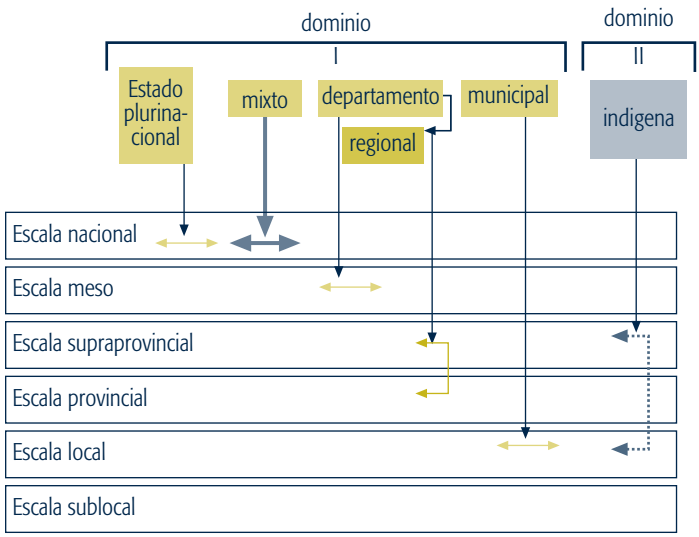
El dominio regional tampoco existe, porque la región no goza de potestad de legislación.

Sí existe un dominio competencial indígena, ya que, aunque no legisla explícitamente, posee en "exclusividad" todo su catálogo de competencias.

En resumen, *si bien existen seis catálogos, sólo hay dos dominios competenciales: el nacional y el de los TIOC.*

Llegados a este punto podemos pasar a hablar de las escalas. No hay que confundir dominios competenciales con escalas, pues, por ejemplo, el catálogo regional o del TIOC puede tener vigencia en un rango de escalas. En el gráfico siguiente se muestra la relación entre escala y dominio. Resulta que, en la visión del proyecto constitucional, el dominio es uno, nacional, mientras que las escalas son todas las existentes en el país.

GRÁFICO 94: DOMINIOS Y ESCALAS



Hay que añadir que no porque una competencia sea delegada o desconcentrada hacia abajo se supone que se ha producido un "salto de dominio".

C.2. Balance de los aspectos positivos y negativos del proyecto constitucional en lo competencial

Diagnóstico crítico del catálogo competencial y las llaves de asignación

Lista exclusiva privativa del nivel nacional

El catálogo del Art. 299 del proyecto constitucional es demasiado largo y cargado y, lo que es peor, usa solamente la llave más centralista que uno pueda imaginar: la *exclusiva privativa* que aparece bajo el nombre de "privativa indelegable".

Las materias incluidas en los 43 ítems de este artículo tranquilamente podrían sobrepasar las 60.

Esta lista está bien redactada, pues no encabeza los ítems con verbos, verbos sustantivizados, funciones o deseos. Si hay casos de desorden formal, éstos se producen cuando:

a. Se coloca como primer ítem "legislación", que no es una materia;
b. se coloca como segundo ítem uno muy genérico, como "políticas generales y de coordinación en los ámbitos sectoriales y en los diferentes niveles del Estado";
c. se incluye un ítem también genérico como "regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad";
d. se confunde o duplica ítems/materias alrededor del complejo "tierra", y
e. se coloca como materias "autorizaciones", "regulación", "levantamiento".

Sin embargo, el que "legislación" se conciba como una materia del nivel nacional no sólo comporta un problema formal, sino de fondo, pues anula la potestad legislativa del ámbito subnacional, que anuncia el Art. 273. Algo similar puede decirse del segundo ítem y las "políticas generales", que es un intento de reforzar el poder central y disminuir, desde el inicio, el margen de autonomía de lo subnacional. Es muy difícil que, por esta vía, el nivel nacional no acabe normando para todo y, con el pretexto de "coordinación" de los ámbitos sectoriales, en todo.

El tercer ítem ha sido extractado de la constitución española y fue muy criticado allá por haberse convertido en una ventana para que el nivel nacional penetre en muchos campos competenciales subnacionales, so pretexto de garantizar las "condiciones básicas de igualdad".

Un segundo gran grupo de problemas surge de la conexión entre la llave de asignación y las materias. Si se trata de una llave "privativa", las competencias no pueden ser delegadas, por lo que decir "privativa e indelegable" es redundante. Pero más importante resulta indagar qué sentido tiene el declarar más de 60 materias, organizadas en 43 ítems, como asuntos que el nivel nacional ni siquiera podría delegar.

Por ejemplo, la administración de justicia difícilmente no necesitará formas de administración territorializada. O lo laboral será, tarde o temprano, alcanzado, siquiera parcialmente, por normas subnacionales que atiendan a las peculiaridades específicas de las regiones respectivas. La policía misma podría comenzar a territorializarse inclusive en los municipios.

Por otro lado, la administración pública estará de hecho territorializada como efecto de la autoorganización de los futuros gobiernos departamentales y, en cierta medida, ya lo está hoy, en los departamentos y en los municipios. Lo mismo en cuanto al régimen electoral.

Probablemente lo más criticable sea el carácter "privativo" del ítem "educación, salud pública y seguridad social". Hoy día, la salud y la educación ya están territorializadas en cierta medida, tanto en los departamentos como en los municipios. Pretender retener las materias relativas a éstas áreas en el nivel nacional no tiene, pues, mucho sentido.

Lista exclusiva delegable del catálogo mixto

El catálogo mixto vuelve las materias competencias. Se dice, a continuación, que éstas se ejercerán de forma "concurrente", cuando en realidad sólo su administración se compartirá, y la potestad legislativa seguirá en manos del nivel nacional. ¿Pruebas? Si lo que se supone es la lista de mayor poder departamental –aquel catálogo que se presenta bajo el nombre de "competencias de los gobiernos de los departamentos"– no contiene ninguna indicación de poder reglamentario y menos de legislación, parece lógico que lo que este catálogo "concurrente" enliste lo delegable dentro de un régimen de desconcentración. No se puede saber a ciencia cierta si será una desconcentración dinámica o estructural. Pero como, en general, el poder reglamentario no está desarrollado en el proyecto constitucional, lo más probable es que se trate desconcentraciones dinámicas, lo cual restringiría aún más el margen de decisión departamental.

Existen también problemas formales. En la lista dos ítems comienzan con los términos "administración" (Art. 300/5) y "planificación" (Art. 300/14), que son funciones administrativas no materias.

Lo cierto es que, según el proyecto, será el "Estado plurinacional" el que definirá las políticas en asuntos como "desarrollo socioeconómico departamental". Lo propio en cultura, deportes, turismo, vivienda, desarrollo rural, comercio, industria, agroindustria, ganadería, servicios y parques industriales.

El único ítem, donde parece obvio que legisle el nivel nacional, a saber, la red *inter*-departamental de carreteras, es donde más bien se pasa la administración a los departamentos.

Catálogo departamental

Este catálogo está repleto de referencias a funciones ("planificación", "gestión"), verbos sustantivizados ("promoción", "dotación", "coordinación"), o simplemente verbos ("otorgar"), lo que perjudica la claridad, aunque por otra parte nos permiten inferir que *el perfil que se le quiere dar al departamento no es autonómico.*

En efecto, la nomenclatura usada confirma que el departamento no legisla y, por lo tanto, no define políticas.

Adicionalmente, hay colisiones en materias como turismo, defensa civil, deportes o desarrollo económico, que se presentan como mixtas y exclusivas del departamento.

Catálogo regional

Las duplicaciones se acrecientan en el catálogo regional. Salvo algunos ítems adecuados a la escala, los demás entran en colisión con materias ya asignadas en otros catálogos ("desarrollo rural", "agropecuario", etc.) Por otro lado, ítems como "*apoyar* en la ejecución de planes, programas y proyectos de salud, educación, etc." son incomprensibles.

Se da a las regiones la tarea de "desarrollo de los recursos naturales", lo que resulta misterioso. Además, los recursos naturales ya habían sido considerados por el mismo proyecto como "privativos e indelegables" del nivel nacional.

Además, no se justifica detallar el catálogo regional en la Constitución. Las tareas de las regiones deberían depender de la escala que tengan, de su especialización y de la decisión de los gobiernos departamentales.

Catálogo municipal

También los municipios reciben un catálogo formalmente retórico. Hay ítems meramente declarativos ("promoción del desarrollo humano", "incorporación de la equidad y la igualdad en el diseño[...] de políticas, planes...").

Se deduce que el municipio "planifica", "regula", "promociona", "coordina", "apoya" o simplemente "administra", pero no legisla. Esto salvo en un ítem de los 23 que existen. Se trata del ítem 17, que excepcionalmente dice que los municipios establecerán "*políticas* sobre deporte, cultura, turismo local y actividades artísticas". Aunque el ítem 23 habla de que los municipios podrían "crear y administrar tributos propios", se añade inmediatamente que lo harían "de acuerdo a la legislación del Estado plurinacional".

Según el proyecto, en educación y salud el municipio planificará, administrará y ejecutará el equipamiento. Esto es ilógico, ya que se suponía que el nivel nacional retenía la educación de forma "privativa e indelegable". Se añade que será en "concurrencia con la región", lo cual viene de que, en el catálogo de la región, se incluye la competencia de apoyar "en la ejecución de... salud... educación", lo que sólo aumenta la incertidumbre.

En el complejo niñez, adolescencia, adultos mayores y discapacitados el municipio hará "desarrollo de programas y proyectos", mientras que el departamento dotará equipamiento, infraestructura y recursos (Art. 301/9). El primer problema aquí es de forma: mezclar materias competenciales con decisiones de financiamiento. El segundo problema es más de fondo: si el departamento empleara sus recursos para financiar tareas sobre las cuales no tendría control, entonces no debería rendir cuentas por ellos.

El financiamiento debe resolverse mediante el cálculo de la suficiencia fiscal de los niveles territoriales y de las transferencias secundarias o terciarias que se requerirían, no introduciendo descuentos de antemano. Si la administración de cualquier servicio corresponde al municipio, éste debe asumir el gasto. Lo cual, obviamente, exige que el municipio reciba transferencias suficientes y predecibles del sistema general de financiamiento territorial del Estado.

En el catálogo municipal, además, descubrimos colisión en lo agropecuario, pues sobre la misma materia intervendrán las regiones y el departamento; en medio ambiente (catálogo regional y mixto); en recursos naturales (catálogo nacional y regional); en flora y fauna, y en deporte y cultura, donde intervienen los departamentos (por catálogo mixto y propio) y las regiones. Lo mismo sucede en patrimonios culturales.

Lista del TIOC

Es llamativo que en la lista de competencias del TIOC no se mencione la potestad legislativa y se recurra a verbos sustantivizados y a algunas funciones competenciales. Hay también ítems retóricos como "fomento y desarrollo de su vocación productiva".

Resalta la colisión con el catálogo municipal en temas como saneamiento, asentamientos humanos, paisaje, urbanismo o hábitat. Con la región hay colisión en "riego" y con el departamento en "vivienda". Las materias "turismo" y, en especial, "recursos naturales renovables" son nuevamente incluida aquí, como en varios de los otros catálogos.

C.3. Síntesis de los aspectos positivos y negativos del proyecto constitucional, en lo competencial

Positivos del proyecto constitucional en lo competencial	Negativos del proyecto constitucional en lo competencial
El proyecto incluye los catálogos de competencias en la Constitución, lo que los protege del legislador ordinario.	Muchas colisiones competenciales y nomenclatura desordenada e inconsistente.
El proyecto incluye el catálogo municipal y el del TIOC.	
	Vacía de contenido material, los catálogos competenciales del principal actor autonómico emergente (el departamento) y del más establecido (el municipio).
	El catálogo departamental es, cuantitativamente, el que menos atención recibe. Cualitativamente, también sufre de notables recortes.
	Abuso de los términos "concurrencia" o "coordinación", sin darles un significado claro.
	El proyecto no hace una distinción clara del nivel nacional como receptor o como titular de las competencias. Tampoco hace una distinción consecuente entre Estado, por un lado, y nivel nacional, por el otro.
	Si bien, a primera vista el catálogo mixto (Estado/departamento), el catálogo departamental y el municipal se fundamentan en dominios competenciales subnacionales, en realidad todos estos catálogos se basan en un dominio, el nacional. A lo mucho, departamento y municipio son receptores y no titulares de las competencias. En total, hay seis catálogos, pero sólo dos dominios competenciales: el nacional y el del TIOC.

Que los TIOC y las regiones "puedan" asumir, o no, sus competencias, es una señal pertinente de gradualidad.	La llave de asignación más rígida imaginable (la llamada "privativa-indelegable") se usa para una cantidad exagerada de ítems. Sólo por este dato, el proyecto podría calificarse de excesivamente centralista. Hay que añadir que el dominio nacional se apropia además de los que podrían haber sido dominios subnacionales genuinos.
	La "exclusividad" departamental se menciona una sola vez para una materia intrascendente. Ni una vez en el catálogo municipal. Sí para el TIOC.
La cláusula de subsidiariedad se restringe a la "ejecución" de las competencias y no a la legislación o la reglamentación.	La cláusula de subsidiariedad ("serán también de ejecución regional las competencias concurrentes con el Estado Plurinacional, los departamentos, los municipios y las entidades territoriales indígena originario campesinas que por su naturaleza puedan ser ejercidas por las regiones, de acuerdo con la ley"), rompe la consistencia de la asignación. Si se declara que será competencia regional lo que ya ha sido asignado a otras instancias, ¿qué sentido tuvo hacer esta asignación? Al final, la cláusula de subsidiariedad las mueve de todos modos a favor de la región o de otras instancias locales. Esta cláusula tiene un valor general, lo que puede ocasionar traspasos apresurados de las competencias, pues, muchas veces, vale la pena dejar la ejecución "arriba". Adicionalmente, la técnica señala que un titular no puede guardar silencio sobre cómo ceder o no sus funciones, salvo que la misma Constitución dijera que éstas son compartidas (lo que no es el caso).
	No hay claridad del receptor meso. En el catálogo mixto se habla de la entidad territorial "departamento", como receptora, mientras que en el catálogo del departamento se pone como receptor a los "gobiernos de los departamentos".
	La condición de las regiones y municipios indígenas, como regiones y municipios, en general, ya no es tan clara como en la versión de La Glorieta.
Se le ha quitado a la región la potestad de legislar, por lo que tiene una función administrativa.	Siendo que el catálogo regional es concedido por el departamento, el cual a la vez no es titular de ninguna competencia, explicitar un catálogo regional constituye un exceso.

	Introduce competencia entre el TIOC y el municipio. Se espera que, en ciertas condiciones, el TIOC acabe sustituyendo al municipio (o a la región). Al quitarle competencias al municipio, el TIOC –más allá de todos los problemas que tendría eliminar un municipio en términos político-prácticos– conquistaría su espacio, poder y recursos, lo cual puede generar problemas de gestión política y social. Si el TIOC tuviera justificación para eliminar a un municipio, ¿para qué el proyecto prevé la figura del "municipio indígena", en especial con ajuste de límites territoriales?
El TIOC recibe un dominio competencial propio, a pesar de que no tiene la potestad de legislar. Ello permite liberar a los pueblos indígenas de las interferencias de otras unidades territoriales que podrían no tener mucho interés en un autogobierno indígena estable y fuerte.	
	No se precisa la peculiaridad de los catálogos regionales (por escala) o del TIOC (por lo específicamente indígena), lo cual conlleva riesgos de colisión competencial con las demás unidades.
Ciertas materias se adecúan a cada escala territorial.	Manejo difuso de "en el departamento" y de lo "departamental". Lo último es un elemento de escala. Lo primero puede implicar varias escalas, la departamental, la regional, la municipal.

C.3. Descripción de la visión del Estatuto en lo competencial

Catálogos competenciales

El Estatuto contiene catálogos de lo que llama "materias", pero probablemente sean más bien ítems competenciales, los cuales pueden o no coincidir con materias. La primera lista contiene 43 ítems y corresponde a las llamadas "competencias exclusivas" departamentales. El segundo catálogo contiene 12 ítems y es mixto, es decir, de confluencia entre "Estado nacional" y "gobierno departamental". Estas competencias se llaman "compartidas". El tercer catálogo se refiere a las materias que pertenecen a las "competencias de ejecución" y contiene 10 ítems. El último catálogo es el municipal, 31 ítems sobre los que los "gobiernos municipales" ejercerán su autonomía ("legislación, desarrollo legislativo, reglamentación, ejecución, administración y técnica").

Cuantitativamente, los catálogos se distribuyen de la siguiente forma:

a. El "gobierno departamental" cuenta con 43 ítems.
b. El catálogo municipal con 31.
c. El mixto con 12.
d. El catálogo de ejecución departamental con 10 ítems.

En cuanto a la nomenclatura, el Estatuto evita verbos, funciones o deseos, salvo algunas excepciones como "planificación" (Art. 6/21), "participación en la gestión" (Art. 8/2), "realización de obras de interés nacional" (Art. 8/10). No obstante, esta línea formal se altera en el caso municipal de manera ostensible. En este catálogo abundan los ítems encabezados por verbos como "dictar", "coadyuvar", "proteger", "promover", "precautelar", "efectuar", "aprobar", "convocar", etc. (Art. 167); o por verbos como "regular" o "normar".

Con mucha más urgencia que en el análisis del proyecto constitucional debemos registrar aquí las competencias *fuera de catálogo* que se hallan dispersas en el texto estatutario. Éstas aparecen en los siguientes ámbitos:

a. Derechos políticos (Art. 3).
b. Empresas públicas (Art. 26).
c. Grupos vulnerables (Art. 65).
d. Desarrollo rural (Art. 95).
e. eEndeudamiento (Art. 134).
f. Administración tributaria nacional (Art. 135).
g. Derechos humanos (Art. 138).
h. Administración de justicia (Art. 141).
i. Administración de la administración de justicia (Art. 149).
j. Ministerio Público (Art. 146).
k. Régimen municipal (Art. 165).

Si tomamos de esta lista las materias que pueden ser interpretadas como de asignación exclusiva y añadimos otras materias que no son exclusivas a primera vista pero luego se transforman en tales (como se verá más abajo), podemos obtener el tamaño en el Estatuto de las competencias "exclusivas".

Exclusivas por catálogo	43
Exclusivas extra-catálogo	8
Exclusivas por "metamorfosis"	6
Exclusivas del Estatuto	57

Salvo la administración de justicia, la administración de la administración de justicia y el Ministerio Público, las materias que se añaden fuera de catálogo suelen asignarse de forma "exclusiva". En Justicia el texto habla de una "ley departamental de organización judicial" (Art. 141/II) y menciona luego una "ley nacional de organización judicial" (Art. 143/IV). Por lo tanto, podría suponerse que esta materia se asigna de forma concurrente paralela, con cada nivel legislando a escala. El mismo esquema parece existir para la administración de la administración de justicia (Art. 149). Para el Ministerio Público, el Estatuto claramente se decide por una llave de concurrencia piramidal (Art. 146).

Titulares y receptores de las competencias

El titular del catálogo de "competencias exclusivas" es el "gobierno departamental". Según el mismo documento, por "gobierno" se entiende tanto a la asamblea como al ejecutivo. Cuando se considera los ítems de la lista de "competencias exclusivas" que implican potestad legislativa, y funciones reglamentarias y de ejecución, hay que suponer que una parte del "gobierno" asume la legislación (la asamblea) y la otra, las funciones administrativas (el ejecutivo).

En el catálogo mixto, al "gobierno departamental", el Estatuto suma un nuevo titular, llamado esta vez "Estado nacional". En la lista denominada "competencias de ejecución", el "gobierno departamental" aparece como receptor y no como titular; aquí el titular no puede ser otro que el "Estado nacional".

En el acápite dedicado a los "gobiernos municipales autónomos" aparece el concepto de "departamento autónomo" como actor competencial. Así, ya no se dice que el "gobierno" departamental ejercerá competencias, sino que lo hará "el departamento" (Art. 165/I). Quien delega competencias a los municipios es igualmente el departamento (Art. 165/III). El titular y, a veces, el receptor de la lista de competencias municipales es el "gobierno municipal".

Ni las provincias ni los indígenas tienen catálogos de materias.

Llaves de asignación competencial

Las llaves de asignación empleadas por el Estatuto se pueden organizar en dos bloques. En los catálogos departamentales el Estatuto se apega irrestrictamente a la técnica catalana de asignación, y en la parte dedicada a los municipios, no.

Para los catálogos departamentales tenemos las siguientes llaves:

a. Competencias exclusivas.
b. Competencias compartidas.
c. Competencias de ejecución.

Para el catálogo municipal se infieren las siguientes:

d. "Legislar y planificar".
e. "Coadyuvar, proteger, promover, precautelar, efectuar, aprobar, crear, convocar, organizar".
f. "Regular y controlar".
g. "Normar".

Comencemos por las llaves catalanas aplicadas a los catálogos departamentales. La lógica que está por detrás de ellas distingue tres momentos: potestad legislativa, potestad reglamentaria y función ejecutiva. Igual que en la parte teórica de este estudio, la técnica catalana pone mucho interés en la distinción entre lo legislativo y lo reglamentario, ambos momentos normativos de diferente alcance. El departamento puede asumir la cadena completa (potestad legislativa, potestad reglamentaria y función ejecutiva), lo que el Estatuto llama "exclusivo", y se parece a nuestra llave "exclusiva-privativa". Puede decirse, asimismo, que la "función ejecutiva" corresponde a nuestra función competencial de "operar".

Sin embargo, la "exclusividad" departamental no es concordante con la "exclusividad" del Estado nacional, pues, como veremos, éste no se queda las funciones administrativas para sí, sino que éstas pasan necesariamente al departamento.

La segunda llave combina "legislación básica del Estado nacional" con "desarrollo legislativo" del "gobierno departamental" y equivale a nuestra llave de concurrencia piramidal, ni más ni menos. El proyecto explicita –siguiendo la línea catalana– que las funciones administrativas ("potestad reglamentaria" y "función ejecutiva") se quedan con el titular de la legislación de desarrollo (Art. 7/II).

La tercera llave denomina "ejecución" a lo que en nuestro lenguaje es la función reglamentaria (Art. 8/II) y la función de operar. Por tanto, "competencia de ejecución" corresponde con nuestra llave de asignación "exclusiva compartida".

En esta tercera llave ocurre lo que ya hemos anticipado. Se dispone que el catálogo es un mínimo y que puede expandirse a toda otra "materia" sobre la cual el "Estado nacional" tenga la "competencia exclusiva". Por tanto, la exclusividad, para el caso nacional, no exige que el legislador y la administración se mantengan en el mismo nivel, como sí se exige para el departamento, cada vez que éste puede elaborar legislación de desarrollo sobre una materia.

Sin embargo, esto no se mantiene coherentemente. En el Art. 11, sobre delegaciones o transferencias, el "Estado Nacional" no parece quedar desprovisto de la administración cada vez que se le ocurra al departamento, como da a entender el Art. 8/II. Según el Art. 11, el departamento "podrá solicitar" que una competencia exclusiva del nivel nacional le sea traspasada y el "Estado nacional" podrá solicitar una competencia exclusiva del departamento, la cual se le concederá con la aprobación de la asamblea departamental.

Veamos ahora la asignación del catálogo municipal, que ya no sigue la técnica catalana. Es del catálogo mismo de donde puede colegirse las cuatro llaves que hemos señalado arriba. Se otorga a los municipios la opción de que legislen. Junto a ello, los municipios podrán hacer leyes de desarrollo, reglamentos y cumplir la "función ejecutiva". A diferencia de lo que ocurre con el departamento, aquí se añade "función administrativa" y "técnica". No hay pues un trato uniforme al departamento y al municipio.

El Estatuto discierne los ítems sobre los cuales el municipio legislará explícitamente ("desarrollo económico") y los ítems sobre los que no lo hará. En este último caso puede ser que "regule" ("precios básicos"), y así sucesivamente. Se debe suponer que en las materias donde el municipio no legisla alguien lo hace: o el departamento, o el "Estado nacional", o ambos.

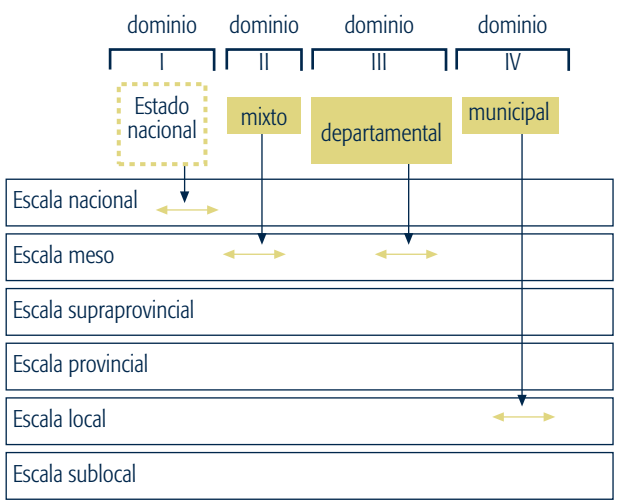
Dominios competenciales

Se puede inferir que el Estatuto parte de un dominio competencial del "Estado nacional", pues éste tendría un lote de materias bajo su exclusividad (independientemente de que, como hemos descubierto, la exclusividad del nivel nacional sea más débil que la del departamento). Por razones obvias, el dominio nacional no está descrito en el Estatuto.

El segundo dominio que surge con nitidez es el del departamento y su catálogo exclusivo. No hay duda de que el departamento es el titular, pues legisla y asume todas la demás funciones competenciales, además de ser receptor de materias del "Estado nacional".

También se plantea un codominio competencial genuino, basado en la legislación concurrente piramidal. Un cuarto dominio es el municipal, que también es claro.

GRÁFICO 95



C.4. Balance de aspectos positivos y negativos del Estatuto en lo competencial

Diagnóstico crítico del catálogo competencial y de las llaves de asignación

En comparación con los documentos que en años previos publicara la Asamblea Provisional Autonómica de Santa Cruz, la técnica de asignación competencial del Estatuto ha dado un positivo salto cualitativo (aunque sólo para el caso del departamento y no así para el de los municipios). Este salto hay que atribuirlo en buena medida a la influencia catalana.

Está claro que el Estatuto no yerra al pretender normar la vida estatal completa del futuro departamento autónomo, pues una norma subnacional fundamental no es un "régimen territorial" –como dice el proyecto constitucional–, sino un instrumento normativo de contenido amplio, y sustantivo en lo institucional, social y político.

La impronta de la época de cambio político que vive Bolivia ha dejado su huella en el Estatuto, que le dedica mucha más tinta al tema de los "pueblos indígenas" de lo que podía esperarse en otros años. Es cierto también que además de los pueblos indígenas "oriundos" que beneficia el Estatuto, éste pudo haber formulado una política clara sobre las otras identidades indígenas.

Por otra parte, es pertinente que la competencia exclusiva del departamento se refiera a materias de desarrollo económico (fondos fiduciarios, infraestructura, agropecuaria, etc.)

Ahora bien, más allá de los avances del Estatuto, existen problemas en lo formal y en el fondo. Están, por ejemplo, las recurrentes apariciones de la frase "en concurrencia con los gobiernos municipales", una fórmula ambigua. Si ha de existir alguna articulación entre departamento o municipio, ésta debe especificarse.

Tampoco deja de haber retórica, como en el ítem 25 de la lista exclusiva-privativa departamental, que habla del "desarrollo sostenible socioeconómico". Lo mismo se encuentra en el catálogo municipal: "legislar... promover políticas de desarrollo humano". Estas afirmaciones se tendrían que concretizar en materias o áreas competenciales propiamente dichas (salud, educación, vivienda, etc.).

Algunos ítems se duplican, incluso cuando son de una sola lista. Es el caso de "obras públicas" (Art. 6/4) y "proyectos de infraestructura de interés departamental" (Art. 6/30). Lo propio con "calles y avenidas" (Art. 167/5) y "vías urbanas" (Art. 167/12). Dentro de este mismo catálogo tenemos a "luz" (Art. 167/7) y "alumbrado público" (Art 167/17).

O hay duplicaciones entre catálogos, como ocurre con "ciencia e investigación" (Art. 6/8) e "investigación científica" (Art. 7/7); o con "relaciones laborales" (Art. 6/24) y "régimen laboral" (Art. 7/8).

En la lista de materias exclusivas compartidas, se incluye un ítem que es más una cláusula de asignación que una materia competencial ("realización de obras de interés nacional por la administración autonómica..."), cuyo contenido además es redundante.

En otros lugares lo que sucede es que se coloca como materias lo que es atribución de un órgano. Así se tiene ítems como "legislar y aprobar el programa anual de operaciones" (Art. 167/23) o "suscribir contratos" (Art. 167/28). Hay en esta parte cosas por demás extrañas, como autorizar al municipio a que convoque a elecciones si el "órgano electoral nacional... no lo hiciere".

Una colisión se produce alrededor de la materia "ordenamiento territorial", que se declara exclusiva privativa del departamento (Art. 6/34) y, al mismo tiempo, como objeto de legislación municipal (Art. 167/4). La frase "en concurrencia con los municipios" no resuelve la confusión. Esta fórmula tampoco ayuda en la colisión por "telefonía fija". Para estos casos debió usarse la concurrencia legislativa, que el Estatuto llama "competencia compartida"; en cambio, se los incluyó entre las materias que se supone sólo el departamento legisla.

Un problema parecido es declarar "educación" como una materia exclusiva departamental y al mismo tiempo objeto de legislación municipal. Para esta misma materia se dice que el nivel nacional tiene políticas propias, cuando se suponía que éstas las definía el departamento.

Lo mismo en "salud", que es objeto de legislación municipal y al mismo tiempo, por concurrencia piramidal, del nivel nacional y el departamento. Lo propio sucede con "asuntos generacionales" (el municipio legisla en niñez, adolescencia y adulto mayor).

Por un lado, se declara el régimen electoral una asignación exclusivo-privativa; por el otro, se menciona el "Código Electoral" nacional (Art. 156/I), lo que lleva a considerar que la asignación debe ser en realidad concurrente piramidal.

En suma, el Estatuto acusa una variedad de inconsistencias formales, a pesar de sus avances técnicos.

Pero el problema de fondo del Estatuto es su *desborde competencial*. Casos paradigmáticos de este fenómeno pueden detectarse en las materias de:

a. Tierra.
b. Recursos naturales renovables.
c. Recursos naturales no renovables.
d. Medio ambiente.
e. Energía.
f. Defensa de la competencia.
g. Hacienda.
h. Límites.
i. Administración pública.
j. Régimen del funcionario público.
k. Administración tributaria departamental.

l. Endeudamiento.
m. Administración de justicia.
n. Régimen de pueblos indígenas.
o. Régimen municipal.
p. Empresas públicas.
q. Seguridad ciudadana.

Veamos con algún detenimiento algunos de estos problemas.

Tierra

Se propone que "tierra" sea una materia de asignación exclusiva-privativa, o sea, se emplea la llave más concentradora de poder territorial a favor del departamento.

El alcance de esta decisión está explicado detalladamente. Una ley departamental se encargaría de los asuntos referidos a la tierra, la cual normaría el derecho propietario, la distribución y la administración de tierras. Asimismo, por ley departamental se definirían los tamaños, características y parámetros para cada forma de propiedad agraria (Art. 103). Recae en el ejecutivo departamental la decisión sobre las tierras fiscales, cuyos potenciales beneficiarios son mencionados por el Estatuto.

Recursos naturales renovables

Si bien, se coloca la materia en el catálogo de lo concurrente piramidal, se insinúa que sólo por excepción se tolerará una ley básica nacional al respecto. En efecto, el régimen de recursos naturales renovables del Estatuto refleja el deseo de manejarlos de forma exclusiva-privativa. Se dice, por ejemplo, que las "políticas rectoras" sobre este asunto las elaborará el gobierno departamental (Art. 87).

Recursos naturales no renovables

El Estatuto establece que el ejecutivo departamental elaborará "políticas departamentales" sobre los recursos naturales no renovables (Art. 113), lo que de entrada es muy discutible. Por el carácter estratégico de los recursos en juego (hidrocarburos, minerales), incluso la legislación piramidal (ley básica del nivel central + ley de desarrollo departamental) es cuestionable.

Si bien, el Estatuto reconoce la normativa nacional sectorial (Art. 114/II), hace hincapié en la capacidad del ejecutivo departamental para formular y ejecutar la política hidrocarburífera departamental. Por ejemplo, el gobernador puede decidir si forma una empresa departamental de hidrocarburos y también negociar contratos de riesgo compartido por su cuenta. Lo mismo para los minerales.

Medio ambiente

La materia de medio ambiente aparece como exclusiva privativa del departamento. También en este caso se señala que el departamento definirá las "políticas rectoras" sobre esta materia, cuando es prácticamente unánime, en la doctrina y la experiencia, que la misma tiene un carácter nacional.

Defensa de la competencia

Si la regulación sectorial acabara como una materia de asignación exclusiva nacional, lo lógico sería que sus sistemas internos de autoorganización fueran normados por una ley nacional, sin perjuicio de que la misma establezca una desconcentración interna por razones de independencia y tecnicidad. Por tanto, la territorialización sí sucedería, pero no dependería del gobierno departamental autónomo, como, criticablemente, pretende el Estatuto.

Si partimos del supuesto de que "defensa de la competencia" es un aspecto de la regulación sectorial, tenemos que el Estatuto es contradictorio: por un lado declara esta materia como exclusiva privativa departamental, pero en otra parte acepta al nivel nacional y sus "leyes sectoriales" (Art. 36/III). También acepta que el nivel nacional designe a los superintendentes regionales de una terna elevada por el órgano legislativo departamental. Se exige cierta calidad meritocrática en la designación (Art. 36/I). Y se pretende, al mismo tiempo, que los "requisitos" de los directivos del sistema regulatorio sean definidos por normas departamentales.

Puesto que el MAS, erróneamente, pretende eliminar el sistema de regulación sectorial, puede suponerse que lo que quiere el Estatuto, en tal caso, es mantener dicho sistema dentro de la jurisdicción departamental. Y, en efecto, es posible que, al fin y al cabo, el pacto territorial acabe permitiendo la coexistencia de instituciones distintas en el nivel nacional y el ámbito subnacional.

Hacienda

La materia "administración de bienes y rentas" pueda ser equivalente a la de "hacienda". En el Estatuto es objeto de una asignación exclusiva privativa a favor del departamento, cuando lo más lógico sería que en este campo se siga la legislación nacional.

Este "desborde competencial", una vez más, no se sostiene coherentemente en el Estatuto en su conjunto. En otro lugar, el documento también reconoce la necesidad de que la elaboración presupuestaria siga "criterios homogéneos a las directrices presupuestarias del Ministerio de Hacienda" (Art. 127/I). Y, finalmente, dice que la asamblea departamental aprobará una "ley que regule todo el proceso de formulación y ejecución del presupuesto departamental" (Art. 130/II).

En suma, la redacción del Estatuto a este respecto es ambigua y contradictoria.

Servicio civil

Puede suponerse la equivalencia entre "régimen estatutario del funcionario público" y "servicio civil". El Estatuto la considera una materia concurrente piramidal.

Al respecto, primero hay que cuestionar el sentido de darle al departamento una participación en la definición de un asunto de índole nacional. Y, segundo, es necesario criticar la idea de someter el servicio civil a las decisiones del gobernador (Art. 133/IV).

Endeudamiento

El Estatuto propone que una ley departamental determine los "alcances y procedimientos para el endeudamiento" departamental (Art. 134/III) y que la obtención de créditos proceda, previa aprobación del legislativo departamental. También establece topes de endeudamiento para precautelar la estabilidad financiera, los cuales superan los de la legislación boliviana. En suma, aquí tampoco se deja espacio al nivel nacional.

Administración tributaria departamental

La materia "tributos de carácter departamental" se halla en el catálogo de lo exclusivo privativo. Esto supone que las potestades legislativa y administrativa están en manos del departamento. Sin embargo, en la sección "De la administración tributaria departamental" se da a entender que legislarán sobre el asunto tanto el departamento como el nivel nacional (Art. 135/III).

El problema mayor, sin embargo, está en que el Estatuto decide, en nombre del país, que en Santa Cruz la "agencia tributaria departamental" recaudará los tributos "para el gobierno nacional" (Art. 135/II), cuando el nivel nacional bien podría decidir otra forma de administración de sus tributos.

Administración de justicia

Esta materia no aparece en los catálogos competenciales del Estatuto. Sin embargo, en el Art. 141/I se postula que una "ley departamental de organización judicial regulará la administración de justicia en el departamento". Esta misma ley se encargará del aspecto gubernativo de la administración de justicia y no sólo de aspectos estrictamente jurisdiccionales. Se da a entender, sin embargo, y nuevamente sin la claridad deseable, que también habrá "legislación nacional vigente", por lo que puede inferirse que la materia se asignará de forma concurrente piramidal.

En realidad, lo más aconsejable sería una asignación exclusiva compartida de la justicia, de modo que sólo hubiera una legislación nacional, y administración departamental. Así lo exigen razones de unidad jurisdiccional.

Por otra parte, es posible desconcentrar el poder reglamentario dentro de la justicia, pero en tal caso el receptor no podría ser el ejecutivo departamental, a fin de mantener la independencia y tecnicidad de la justicia.

Los redactores del Estatuto corrigen esto parcialmente en las normas sobre el "Consejo Departamental de la Judicatura", el cual es declarado "órgano *descentralizado* del Consejo de la Judicatura nacional" (Art. 149). Sin embargo, a pesar de haber optado por la "descentralización" –que significa, en realidad, desconcentración estructural–, el Estatuto insiste en la aprobación de una "ley del Consejo Departamental de la Judicatura" (Art. 149/II). Ya sabemos que un organismo desconcentrado sólo requiere de una norma reglamentaria para funcionar.

Régimen de los pueblos indígenas

No sería inapropiado que el poder departamental pudiera normar las cuestiones relativas a los pueblos indígenas en su jurisdicción, siempre y cuando lo sustantivo quedara en la Constitución o, eventualmente, en una ley nacional.

La visión del Estatuto es, otra vez, la asignación exclusiva-privativa para el departamento, aunque, contradictoriamente, se haya colocado la materia indígena en el catálogo de lo concurrente piramidal. Una situación que, a la vez, no se refleja con nitidez suficiente en las disposiciones estatutarias en torno a la ley departamental que se propone como norma para el régimen indígena departamental.

Régimen de los gobiernos municipales

Cosa similar ocurre con el régimen de los gobiernos municipales. En general, es posible que el departamento norme la relación con sus municipios, pero, por la evolución del municipio boliviano, no resulta congruente ni posible que decida, como hace el Estatuto, cuál será el catálogo de competencias municipales.

Empresas públicas

Esta materia es normada de forma ambigua. Por un lado, se da a entender que la "participación en el sector público estatal" será parte del catálogo exclusivo compartido, por lo que el nivel nacional deberá legislar al respecto (Art. 8/2). Pero en hidrocarburos y minería (Art. 114 al Art. 121) se dice que una ley *departamental* determinará la participación en la industrialización de los recursos, así como la conformación de empresas estatales departamentales.

Seguridad ciudadana

Si el Estatuto apunta a que la Policía departamental coexista con la Policía nacional, no se ve por qué el gobierno departamental tendría que aprobar el plan de la Policía nacional. Ésta es una nueva muestra de "desborde competencial", el cual le quita credibilidad a la propuesta.

C.5. Síntesis de fortalezas y debilidades del Estatuto, en lo competencial

Positivos del Estatuto, en lo competencial	Negativos del Estatuto, en lo competencial
	Evidente desborde competencial en por lo menos 17 materias, que incluyen temas sensibles como tierra, recursos naturales y administración pública.
	Áreas o materias como "salud", "organismo de seguridad", "libertad de prensa", "recursos naturales renovables", "desarrollo integral de los pueblos indígenas", "servicio civil" aparecen en el catálogo mixto, pero se tratan de manera contradictoria, como si hubieran sido asignadas de forma exclusiva. El efecto es una ampliación del catálogo exclusivo que potencia el desborde competencial ya señalado.
	Al revés, lo que se supone era exclusivo, como en "ordenamiento territorial", acaba siendo concurrente piramidal. Así también sucede con "tributos", que aparece como exclusivo pero luego se remite a una "ley tributaria nacional".
	El término "Estado nacional" confunde Estado y nivel nacional.
	Aparece el ejecutivo departamental como formulador de política sectorial (hidrocarburos). En general, es muy fuerte el papel otorgado al gobernador en la definición de la política pública del futuro gobierno departamental.
	No está claro quién es titular y quién receptor competencial: el "gobierno", por un lado, o la entidad territorial, por el otro.
La adaptación de la experiencia internacional ha permitido una clarificación de la asignación competencial.	La asignación municipal es confusa, pues no se usa para ella la técnica empleada para los catálogos departamentales. No es evidente quién legisla donde el municipio no legisla.
Se presume que corresponde al meso la administración de toda ley nacional (el mismo esquema del Art. 83 de la CP alemana).	Se imposibilita la asignación de alguna materia de forma exclusiva privativa o delegable para el nivel nacional, pues toda competencia exclusiva del "Estado nacional" es necesariamente compartida con el departamento. No se toma en cuenta la posibilidad de que el nivel nacional comparta una materia directamente con el municipio.

	Se norma asuntos que sólo le corresponden a la Constitución (recaudación de tributos nacionales, catálogos municipales, etc.)
Posibilidad de que el nivel nacional se encargue de competencias exclusivas departamentales "con la finalidad de cumplir mejor los fines del Estado nacional y del departamento"	Contradicción entre la cláusula general que concede la administración de todas las materias de legislación nacional al departamento, por un lado, y la disposición de que el departamento solicite, por "delegación o transferencia" una competencia exclusiva del nivel nacional, por el otro.
	Desinterés en la territorialización del sistema de Contraloría (que concuerda con el proyecto constitucional).

C.6. Síntesis de las principales divergencias, convergencias y coincidencias entre el proyecto constitucional y el Estatuto, en lo competencial

A continuación, se hacen comparaciones, siempre y cuando los textos en pugna se pronuncien tácita o explícitamente sobre una asignación competencial específica, salvo que se refieran a ella de forma genérica ("desarrollo socio-económico").

Algunas veces, uno de los textos incorpora materias que el otro no ha imaginado, ha descuidado poner o no quiso considerar. Estas materias serán rescatadas al momento de estructurar la propuesta de compatibilización de todos los catálogos competenciales.

Para enumerar las materias competenciales en juego, se procura usar, salvo algunas excepciones, un subíndice.

Divergencias	
Proyecto constitucional	**Estatuto**
Sólo dos dominios competenciales: el el nivel nacional y el indígena.	Cuatro dominios competenciales: el nacional, el mixto, el departamental y el municipal.
Llaves de asignación imprecisas.	Llaves de asignación precisas, salvo en el dominio municipal.
Coloca "legislación"$_1$ como materia y dentro de ExcPrivNac	La legislación es una potestad, no una materia.
Introduce materias de penetración nacional por efecto moral.	No señala materias de penetración nacional por efecto moral.

Retiene la "administración de justicia"[2] como ExcPriv-Nac.	La "administración de justicia" es ConPirNac/Dep.
La regulación financiera[3] es ExcPrivNac.	Toda regulación de la competencia es declarada ExcPriv-Dep.
La "deuda interna"[4] y "externa"[5] es ExcPriv Nac.	El endeudamiento es ExcPrivDep.
"Reservas fiscales"[6] es ExcPriv Nac.	Las tierras fiscales son dispuestas por el gobierno departamental.
"Empresas estatales"[7] es ExcPriv Nac.	"Sector público estatal" es ExcComNac/Dep.
"Ciudadanía"[8] es ExcPriv Nac.	"Ciudadanía" es ExcPrivDep.
"Empresas industriales para agregar valor a los RRNN"[9] es del catálogo Nac/Dep.	Para "empresas petroleras y mineras estatales" se habla de ExcPrivDep.
"Crédito"[10], "banca"[11] y "seguros"[12] es ExcPrivNac.	"Crédito", "banca" y "seguros" es ExcComp Nac/ Dep.
"Red vial departamental"[13] es ExcNac, aunque del catálogo departamental.	"Red vial departamental" es ExcPrivDep.
"Red fundamental"[14] es Exc Nac/Dep.	"Red fundamental" es ExcNac.
"Caminos vecinales"[15] es ExcTIOC.	"Caminos vecinales" es ExcPrivMun.
"Vías de transporte regional"[16] es del catálogo regional.	"Vías de transporte de escala regional" es del catálogo departamental.
"Obras públicas departamentales"[17] es ExcNac, aunque del catálogo departamental.	"Obras públicas departamentales" es ExcPrivDep.
"Infraestructura" es ExcTIOC.	"Infraestructura" es o del departamento o del municipio.
"Ganadería"[18] es del catálogo Nac/Dep.	"Ganadería" es ExcPrivDep.
"Agropecuaria"[19] es tanto de catálogo regional como municipal.	"Agricultura" es ExcPrivDep.
"Industria"[20] es del catálogo Nac/Dep, aunque la "infraestructura industrial"[21] puede ser municipal y la "infraestructura productiva"[22] del TIOC.	"Industria" es ExcPrivDep.
"Comercio"[23] es del catálogo Nac/Dep.	"Comercio" es ExcPrivDep.
"Desarrollo rural"[24] es del catálogo Nac/Dep o de la región.	"Desarrollo rural" es del catálogo ExcPrivDep.

“Medio ambiente”[25] es del catálogo Nac/Dep, aunque aparece además en los catálogos regional y municipal.	“Medio ambiente” es del catálogo ExcPrivDep, aunque también aparece en el catálogo municipal.
“Biodiversidad”[26] aparece como ExcPrivNac y como parte del catálogo Nac/Dep.	“Biodiversidad” es ExcPrivDep.
“Áreas protegidas”[27] es del catálogo Nac/Dep.	“Áreas protegidas” es del catálogo ExcPrivDep.
“Tierra”[28] es ExcPriv Nac.	“Tierra” es del catálogo ExcPrivDep.
“Bosques”[29] es ExcPriv Nac.	“Bosque” es del catálogo ExcPrivDep
“Recursos naturales no renovables” es ExcPrivNac, aunque se vincula a las regiones y los municipios con RRNN.	“Recursos naturales no renovables” es ConPirNac/Dep, aunque se vincula a los municipios con RRNN.
“Recursos naturales renovables” es ExcPriv Nac, aunque se vincula a las regiones, los municipios y los TIOC con RRNN.	“Recursos naturales renovables” es ExcPrivDep, aunque se vincula a los municipios con RRNN.
“Recursos forestales”[30] es ExcPrivNac.	“Recursos forestales” es ExcPrivDep.
“Política energética”[31] es del catálogo Nac/Dep, aunque se vincula a regiones con energía.	“Política Energética” es del catálogo ExcPrivDep.
“Proyectos hidráulicos”[32] es ExcNac, aunque del catálogo departamental.	“Aprovechamiento hidráulico” es ExcPrivDep.
“Recursos hídricos”[33] es ExcPriv Nac.	“Aprovechamiento hídrico” es ExcPrivDep.
El “riego”[34] en general aparece en el catálogo regional y en el del TIOC.	“Riego” de escala departamental es ExcPrivDep, mientras que microriego aparece en el catálogo municipal.
“Espectro electromagnético”[35] es ExcPrivNac.	“Espectro electromagnético” es ExcPrivDep.
“Protección del consumidor”[36] es del catálogo municipal.	“Defensa del consumidor” es ExcPrivDep.
“Servicios públicos”[37] es ExcPrivNac, aunque “servicios” aparece también como parte del catálogo mixto Nac/Dep y “servicios básicos” en el del TIOC.	“Servicios públicos” es ExcPrivDep, aunque “servicios básicos” aparece también como parte del catálogo ExcPrivMun.
“Telecomunicaciones”[38] es ExcPrivNac.	Concesiones en telefonía fija es ExcPrivDep, aunque “servicios básicos” aparece como parte del catálogo ExcPrivMun.
“Electrificación regional”[39] aparece en el catálogo regional.	Electrificación rural y urbana aparece como ExcPrivDep.

"Ciencia e investigación"[40] aparece en catálogo Nac/Dep aunque aparece también en el catálogo regional, y "tecnología" en catálogo del TIOC.	"Ciencia" aparece como ExcPrivDep, aunque aparece también como parte del catálogo ConPirNac/Dep.
"Salud"[41] es ExcPrivNac, aunque aparece también en "apoyo en salud" del catálogo regional, en "infraestructura en salud" del catálogo municipal, y en "salud" del TIOC.	"Salud" es ConPirNac/Dep, aunque aparece también como ExcPrivMun.
"Educación"[42] es ExcPrivNac, aunque aparece también en "apoyo en educación" del catálogo regional, en "infraestructura en educación" del catálogo municipal, y en "educación" del TIOC.	"Educación" aparece como ExcPrivDep, aunque aparece también como ExcPrivMun.
"Seguridad social"[43] es ExcPrivNac.	"Seguridad social" es ConPirNac/Dep.
"Deporte"[44] aparece en el catálogo Nac/Dep, aunque aparece también en el catálogo departamental como "infraestructura deportiva", y en el catálogo municipal.	"Deporte" es ExcPrivDep, aunque aparece también como ExcPrivMun.
"Saneamiento básico"[45] es del catálogo municipal aunque también aparece en el catálogo TIOC.	"Saneamiento" es ExcPrivMun.
"Vivienda"[46] es del catálogo mixto Nac/Dep, aunque también aparece en el catálogo TIOC.	"Vivienda "es ExcPrivDep.
"Turismo"[47] aparece como parte del catálogo mixto Nac/Dep y como del catálogo departamental. Aparece también como "turismo regional",[48] "turismo municipal" y como "turismo del TIOC".	"Turismo" es ExcPrivDep, aunque aparece también como ExcPrivMun.
"Niñez"[49], "adolescencia"[50], "tercera edad"[51] y "discapacitados"[52] aparecen como parte del catálogo municipal y en el catálogo departamental en cuanto a la dotación infraestructural.	"Niñez", "Adolescencia", "tercera edad" es ExcPrivMun, aunque aparece también como "género y generacional" en el catálogo ConCompNac/Dep.
"Régimen laboral"[53] es ExcPrivNac.	"Régimen laboral" es ExcPrivDep, aunque aparece también como ConPirNac/Dep.
"Cultura"[54] es del catálogo mixto Nac/Dep, aunque también aparece como parte de los catálogos regional, municipal y TIOC	"Cultura" es ExcPrivDep, aunque también aparece como ConPirNac/Dep.
Los "patrimonios" (cultural,[55] histórico,[56] arquitectónico,[57] natural,[58] arqueológico[59]) son ExcDep, aunque también aparecen como ExcPrivNac ("patrimonio estatal") y como asunto municipal (sitios arqueológicos y patrimonio tangible/intangible).	Los "patrimonios" son ExcPrivDep, aunque aparecen también en el catálogo municipal, como materia a "proteger".

"Personalidad jurídica de las organizaciones"[60] es ExcPrivNac cuando se trata de organizaciones interdepartamentales y del catálogo departamento o del TIOC, según el caso.	"Personalidad jurídica" es ExcPrivDep.
"Museos"[61], "bibliotecas"[62] y "archivos"[63] son ExcPrivNac cuando se trata de los "estatales", y del catálogo municipal en otros casos.	"Museos", "bibliotecas" y "archivos" son ExcPrivDep, y ExcComNac/Dep si la titularidad es nacional.
"Estadísticas estatales"[64] ExcPrivNac.	"Estadísticas departamentales" es ExcPrivDep.
"Salubridad alimentaria"[65] es parte del catálogo municipal.	"Inocuidad alimentaria" es ExcPrivDep.
"Metereología"[66] es ExcPrivNac.	"Metereología" es ExcComNac/Dep.
"Policía nacional"[67] es ExcPrivNac.	"Orden público" es ConPirNac/Dep, pero aparece, bajo el ítem de "seguridad ciudadana", como ExcPrivDep. Aparece también en el catálogo municipal como "seguridad ciudadana" –bajo "ejecución"–, o como "guardia municipal" –bajo "organizar".
"Calles y avenidas"[68] aparece en catálogo municipal.	"Calles avenidas" es ExcPrivMun.
"Ocupación y asentamiento territorial" es del catálogo TIOC. "Asentamientos humanos" es tanto del TIOC como del catálogo municipal.	"Ordenamiento territorial"[69] es ExcPrivMun, aunque aparece también como ExcPrivDep.
"Aseo urbano"[70], "alcantarillado"[71] y "residuos sólidos"[72] son del catálogo municipal.	"Aseo urbano", "canales de drenaje" y "residuos sólidos" son ExcPrivMun.
"Agua potable"[73] es tanto del catálogo municipal como del TIOC.	"Agua" es del ExcPrivMun.
"Acuerdos internacionales de orden departamental"[74] son del catálogo mixto Nac/Dep.	"Acuerdos internacionales de orden departamental" son del ConPirNac/Dep.
"Comunicaciones"[75] es ExcPrivNac.	"Medios de comunicación" es ExcPrivDep.
"Hacienda"[76] es ExcPrivNac.	"Administración de bienes y servicios" es ExcPrivDep, aunque aparece también, bajo "directrices de la hacienda municipal", como ExPrivMun.
"Administración pública"[77] es ExcPrivNac.	"Administración pública" es ConPirNac/Dep.
"Servicio público"[78] es ExcPrivNac.	"Funcionario público" es ConPirNac/Dep.
"Impuestos y tributos"[79] es ExcPrivNac, aunque aparece también como parte del catálogo municipal.	"Tributos" es ExcPrivDep para los departamentales y ExcPrivMun, y solo por ordenanza, para los municipales.

"Régimen electoral"[80] es ExcPrivNac.	"Régimen electoral" es ExcPrivDep.
"Espectáculos y juegos",[81] "arte",[82] son parte del catálogo municipal.	"Espectáculos y juegos" y "arte" son parte del catálogo ExPrivMun.
"Publicidad"[83] es parte del catálogo municipal.	"Publicidad" es parte del atálogo ExcPrivMun.
"Registro civil"[84] es ExcPrivNac.	"Registro civil" es ExcComNac/Dep.
"Aeropuertos"[85] es ExcPrivNac.	"Aeropuertos" es ExcNac/Dep.
"Registro automotor"[86] es del catálogo municipal.	"Registro vehicular" es ExPrivMun.
"Relaciones internacionales"[87] es ExcPrivNac y "acuerdos internacionales", del catálogo mixto Nac/Dep, del regional y del TIOC, bajo el membrete de "acuerdos de cooperación".	"Acuerdos internacionales" es ConPirNac/Dep.

Como conclusión, tenemos que el proyecto constitucional y el Estatuto se refieren divergentemente a aproximadamente 87 materias, que pueden llegar a 100 si se desagrega educación y salud, las cuales, por razones de comodidad expositiva, se han manejado como áreas competenciales.

En la elaboración del siguiente cuadro, de convergencias, tropezamos con la dificultad de que el Estatuto no profundiza en los catálogos exclusivos nacionales privativos, ya que esa tarea es de la Constitución. Por ello partimos de lo que dice el proyecto constitucional y lo que es de presumir puede ser aceptado sin mayor problema por los actores autonomistas.

Convergencias	
Proyecto constitucional	**Estatuto**
"Política fiscal"[88] queda en el nivel nacional como ExcPrivNac.	
Banca central[89] queda en el nivel nacional como ExcPrivNac.	
Moneda,[90] divisas,[91] cambio, medidas,[92] hora quedan en el nivel nacional como ExcPrivNac.	
Comercio exterior,[93] aduana,[94] y aranceles[95] son ExcPrivNac.	
Fuerzas Armadas[96] y municiones [97] son ExcPrivNac.	
Política exterior[98] es ExcPrivNac.	
Asilo y refugio[99] es ExcPrivNac.	

Fronteras, emigración[100] e inmigración son ExcPrivNac.
Derechos reales[101] es ExcNac.
Cartografía[102] es ExcNac.
El transporte interdepartamental[103] es ExcPrivNac. El Estatuto plantea que transporte[104] departamental es ExcPrivDep. Tanto Estatuto como proyevto constitucional dicen que el transporte local[105] es "normado" por el nivel municipal.
Catastro[106] es del catálogo municipal, según el proyecto constitucional. Según el Estatuto, el castatro urbano y rural son de "ejecución" municipal.
Para la nCPE, "el cumplimiento de la función social de la propiedad urbana" es del catálogo municipal. Según el Estatuto, la "expropiación de inmuebles... por... utilidad... pública"[107] es de ExcCompNac/Mun.
Mujer[108] es del catálogo municipal.
Fauna, flora[109] y animales domésticos[110] es del catálogo municipal (para el proyecto constitucional, también regional).
"Alumbrado público"[111] es del catálogo municipal.

Encontramos que las materias tendencialmente convergentes son aproximadamente 24. Muchas de ellas se han asignado con la llave *ExcPrivNac* (clásica para materias majestuosas); una menor parte con la llave *ConPir;* o con la llave *ExcNac,* pero sin determinar la ubicación de las funciones administrativas.

Por tanto, de 111 materias (sin desagregar educación y salud) que tratan ambos documentos, un 80% está en colisión o divergencia.

Coincidencias	
Proyecto constitucional	**Estatuto**
Despliegue de catálogos competenciales completos.	
Errores técnicos en la asignación competencial (duplicaciones, opacidad, etc.)	

C.7. Reparaciones posibles y vías de compatibilización en lo competencial

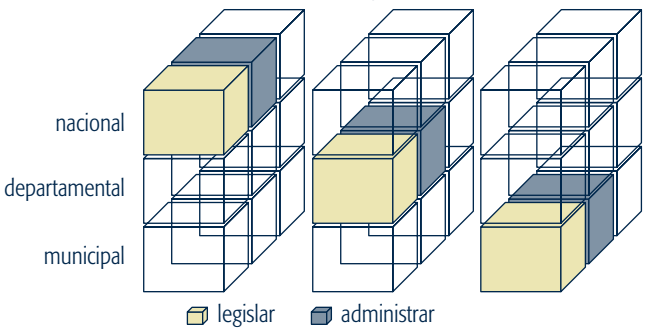
Procederemos ahora a presentar algunos postulados que, en el complejo tema competencial, apunten a la constitución de un pacto territorial, tratando de recuperar, en lo posible, las pretensiones de ambos textos (siempre que eso no ponga en juego la consistencia técnica y la posibilidad de consenso).

Del sistema de asignación

37. La asignación de competencias será *exclusiva* cuando sólo un nivel territorial legisle sobre la materia asignada. La asignación será exclusiva *exhaustiva* cuando este nivel territorial asuma, además de la legislación, las funciones competenciales de reglamentación, planificación, operación y supervisión.

GRÁFICO 96

Casos de asignación exhaustiva exclusiva

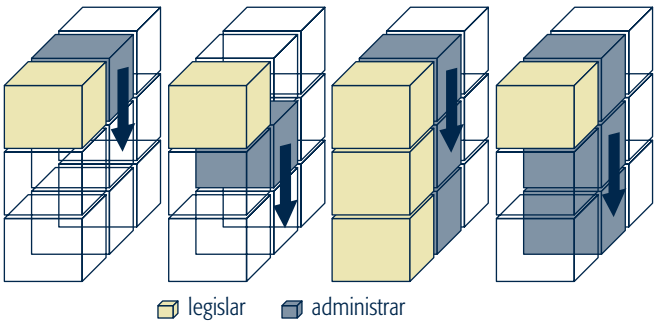


Sustentación

La exclusividad actúa sobre la potestad de legislación, o sea sobre la raíz, mientras que la exhaustividad lo hace sobre el accidente, las funciones competenciales. En principio, la exhaustividad no excluye la delegación, salvo que se trate de una asignación *privativa*. En otros casos, la delegación dependerá de la decisión del titular de la competencia.

GRÁFICO 97

Opción de delegabilidad competencial



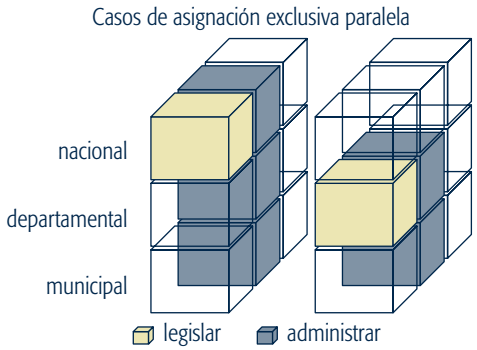
38. Una asignación será exclusiva exhaustiva *privativa*, cuando explícitamente no se permita la delegación de funciones competenciales a ninguna otra entidad.

Sustentación

Cuando el nivel nacional tiene una competencia privativa nos encontramos con las materias llamadas *majestuosas*, tales como "moneda" o "política internacional". Es probable que las instancias subnacionales tengan también competencias privativas, las cuales se autoimpongan no delegar a los niveles inferiores. El riesgo de la asignación privativa es que, consecuentemente aplicada, arrebata al nivel en cuestión la posibilidad de delegar. Por tanto, para muchas materias es suficiente la llave "ExcExh no Priv", la cual no impide la delegación cuando el titular competencial la necesita.

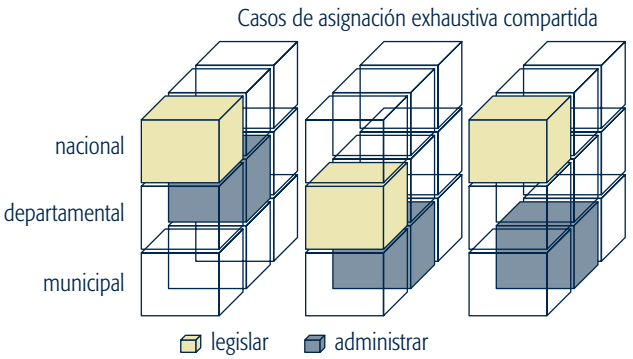
39. La asignación de competencias será exclusiva *paralela* cuando tanto el nivel que legisla como los niveles subnacionales asuman las funciones competenciales que se justifiquen para cada escala.

GRÁFICO 98



40. La asignación de competencias será exclusiva *compartida* cuando el nivel que legisla no asuma funciones administrativas y éstas se transfieran al ámbito subnacional.

GRÁFICO 99

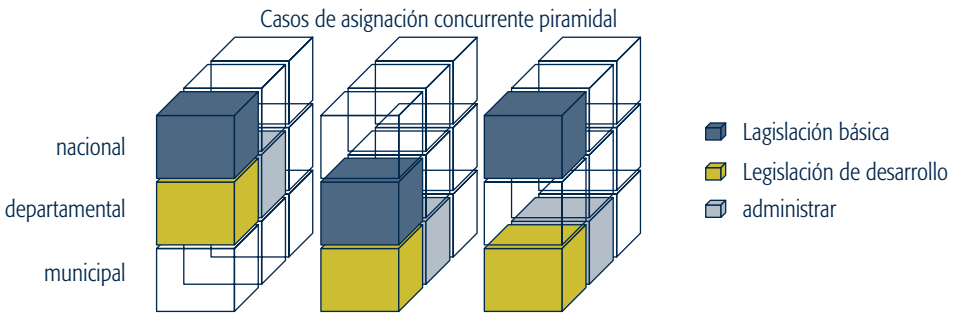


Sustentación

Cuando decimos "transfiera" lo hacemos conscientes de que esto implica un proceso de desconcentración inequívocamente estructural. Ya no se trata de delegaciones u otras formas dinámicas de desconcentración. Aunque el emisor queda en posesión de la legislación, igualmente hace una notable cesión de su poder.

41. La asignación será concurrente cuando más de un nivel territorial legisle sobre una materia. Será concurrente *piramidal* cuando un nivel elabore la ley básica y un nivel territorial inferior la ley de desarrollo.

GRÁFICO 100

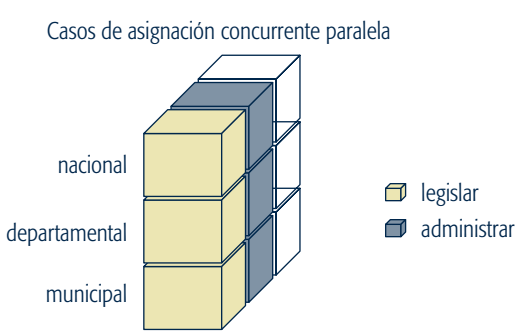


Sustentación

Como ya hemos dicho, se supone que, por principio, la administración corresponde siempre al nivel que tiene la legislación de desarrollo.

42. La asignación será concurrente cuando más de un nivel territorial legisle sobre una materia. Será concurrente *paralela* cuando los niveles involucrados legislen solamente sobre lo que les corresponde por escala.

GRÁFICO 101



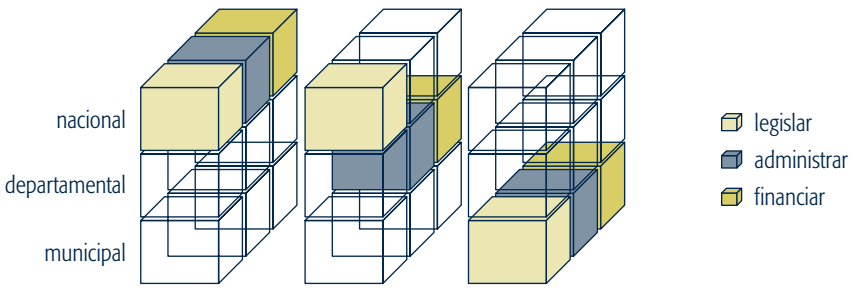
Sustentación

Aquí también se presupone que los niveles que legislan deben asumir las funciones administrativas. Si la legislación paralela se justifica por las necesidades de cada escala, lo mismo vale para la administración.

Según el principio de la causalidad financiera de lo administrativo, el nivel que administra debe financiar.

GRÁFICO 102

Principio de la casualidad financiera de lo administrativo



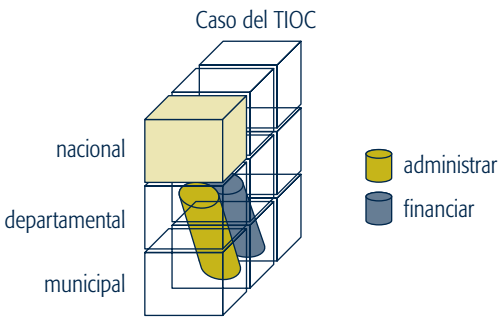
Sustentación

Este esquema presupone, entre otros requisitos indispensables, que se haya producido previamente una repartición de los recursos que posibilite que el nivel que recibe la administración de una materia –incluso de una legislativamente "ajena"– solvente los costos de tal administración.

43. Las regiones, como entes espaciales diversamente especializados, no tienen un catálogo competencial explícito en la Constitución.
44. Los TIOC no legislan pero, cuando se hubieran conformado siguiendo el procedimiento establecido, reciben competencias de la Constitución bajo la llave "ExcNacCom".

GRÁFICO 103

Caso del TIOC



Sustentación

Una cuestión fundamental para la sostenibilidad de los espacios indígenas es si deberán someterse, como los demás entes, a la exigencia de un esfuerzo tributario territorializado. Parece indudable que sea así, aunque en las fases iniciales haya subsidios, siempre y cuando estos se planifiquen adecuadamente. En el largo plazo, no tiene sentido un "autogobierno" que se financie sólo de fuentes exógenas. Es importante recordar que todos los entes reciben coparticipaciones tributarias nacionales y, por tanto, no hay razón para que los pueblos indígenas no gocen de arreglos parecidos. Sin embargo, todos los entes también deben imponer tributos y cobrar tasas. Históricamente, los indígenas han demostrado voluntad de pagar impuestos, lo cual abre una posibilidad para el autofinanciamiento de sus "gobiernos".

45. Son materias asignadas de forma *exclusiva privativa* al nivel nacional:

1. La codificación sustantiva y adjetiva en lo penal y en lo civil.
2. La política fiscal, el sistema monetario, de divisas y cambios.
3. La banca central
4. El sistema de medidas y la hora oficial.
5. La deuda externa.
6. El comercio exterior.
7. El régimen aduanero y arancelario.
8. Las Fuerzas Armadas.
9. Las armas y municiones.
10. La política exterior.
11. Las comunicaciones.
12. Las telecomunicaciones y los correos.
13. La meteorología.
14. Las empresas públicas nacionales.
15. La extranjería, la inmigración y la emigración.
16. La ciudadanía.
17. El espacio aéreo.
18. Los derechos reales.
19. Los hidrocarburos.
20. Los minerales.
21. Los productos farmacéuticos.

Sustentación

Estas materias, salvo algunas, son majestuosas. Su rasgo peculiar es que su administración no puede ser delegada. Son la expresión particular de la "unidad" estatal y de la relación del Estado con su entorno.

46. Son materias asignadas al nivel nacional de forma *exclusiva* y con administración *paralela* en todos los niveles territoriales:

1. La administración de justicia.
2. El Ministerio Público.
3. La contraloría de cuentas y resultados de gestión.
4. La administración pública.
5. El servicio civil.
6. Hacienda.
7. La defensa del consumidor y de la competencia.
8. Policía.
9. Censo y estadísticas.
10. El registro civil.
11. El Defensor del Pueblo.

Sustentación

Muchas de estas materias tienen un carácter jurisdiccional, independiente o técnico y configuran, por eso, un conjunto particular de asuntos. Es de suma importancia volver a insistir en la necesidad de territorializar con fuerza las contralorías, lo que no ha sido contemplado ni por el proyecto constitucional ni por el Estatuto.

47. Son materias asignadas de forma *exclusiva* nacional *compartida* con el nivel departamental:

1. La tierra.
2. Los recursos forestales.
3. Los recursos hídricos.
4. El espectro electromagnético.
5. Las relaciones laborales.
6. El crédito, la banca y los seguros.
7. El empleo.

8. El ordenamiento territorial.
9. La seguridad social.
10. Los límites.
11. Los aeropuertos internos e internacionales.
12. El transporte aéreo.
13. La sanidad animal y vegetal y la inocuidad alimentaria.

Sustentación

Para una materia sensible como "tierra", puede combinarse la detentación monopólica por el nivel nacional de la legislación, con la administración por parte del nivel departamental. Esto permite precautelar la visión nacional sin descuidar su adaptación al entorno subnacional concreto.

48. Son materias asignadas al nivel nacional de forma *exclusiva compartida* con el nivel municipal:

1. El régimen general de servicios públicos.
2. La biodiversidad.
3. La propiedad intelectual e industrial.
4. Las penitenciarías.
5. El agua potable.

Sustentación

Aquí se aprecia que un diseño territorial tri-segmentado no puede evitar la permanente consideración del nivel municipal. En los proyectos bisegmentados normalmente sólo actúan el nivel nacional y el departamento; y cuando aparece el municipio lo hace muy debilitado.

49. Son materias asignadas de forma *concurrente* (el nivel nacional emite la *legislación básica* y los departamentos la *legislación de desarrollo*), las siguientes:

1. La generación, producción, y transmisión de energía.
2. El medio ambiente y las áreas protegidas.
3. El desarrollo rural.
4. Los medios de comunicación.

50. Son materias asignadas de forma *concurrente* (el nivel nacional emite la legislación básica, los departamentos la legislación de desarrollo) y éstos últimos *comparten* las funciones administrativas con los municipios:

1. La salud.
2. La educación preescolar, básica, intermedia, media, especial, superior.

Sustentación

La concurrencia legislativa entre dos niveles permite que las entidades territoriales subnacionales hagan políticas propias bajo el paraguas de una ley nacional (que debe ser básica en sentido estricto). La educación es un tema que requiere políticas propias de los departamentos autónomos.

En este ejemplo hemos roto la cláusula tácita de asignar la legislación de desarrollo y las funciones competenciales al mismo nivel, necesariamente. Y es que en todo sistema de asignación competencial ciertas excepciones pueden ser inevitables.

51. Son materias donde el nivel nacional, el departamental y el municipal legislan sobre una misma materia, pero sólo para su escala:

1. La organización, estructura y funcionamiento de los órganos e instituciones de cada ente territorial.
2. El régimen electoral.
3. Los impuestos y tributos.
4. Los museos, archivos, bibliotecas.
5. El transporte terrestre, fluvial y lacustre.
6. El turismo.
7. La cultura y los deportes.
8. La investigación científica y tecnológica.
9. Los puertos.
10. La personalidad jurídica de fundaciones, asociaciones, instituciones, cooperativas y ONG.
11. Las carreteras y los ferrocarriles.
12. Los acuerdos internacionales.
13. El riego.
14. El patrimonio cultural, natural, arquitectónico y arqueológico.

52. Son materias de asignación *exclusiva exhaustiva* del departamento:

1. La agricultura.
2. La ganadería.
3. Las ferias.
4. La caza y la pesca.
5. Los proyectos hidráulicos.
6. La defensa civil.
7. La telefonía fija y móvil.
8. La electrificación.
9. La industria.
10. El comercio.

Sustentación

En un Estado compuesto, o en términos más sencillos, en un país con autonomías genuinas, debe haber un catálogo de materias que el departamento legisle exclusivamente. Es importante destacar que el catálogo aquí propuesto hace énfasis en el desarrollo económico, la labor para la que más adecuado es el meso.

53. Son materias del departamento de asignación *exclusiva compartida* con el municipio:

1. Niñez, adolescencia y adultos mayores.
2. Las personas discapacitadas y los sectores vulnerables.

Sustentación

Si la Constitución decide que el departamento autónomo tiene que compartir ciertas materias con los municipios, los estatutos no pueden definir otra cosa.

54. Son materias de asignación exclusiva exhaustiva de los municipios:

1. Los precios básicos de los productos de la canasta familiar.
2. El control de la especulación y el agio.
3. La familia y la mujer.
4. El catastro de bienes inmuebles urbanos y rurales.
5. El registro de la propiedad de automotores.
6. La protección al consumidor.

7. La expropiación de la propiedad urbana.
8. El saneamiento básico, el alcantarillado, el aseo urbano, el tratamiento de residuos sólidos.
9. El hábitat, el paisaje, los parques, plazas, avenidas y calles.
10. El urbanismo y los asentamientos humanos.
11. El alumbrado público.
12. La sanidad y la salubridad.
13. Los espectáculos públicos y los juegos recreativos.
14. La publicidad y la propaganda.
15. La vivienda.

55. El autogobierno de los TIOC se producirá en:

1. Las áreas del desarrollo económico, cultural y social que sean relevantes para su identidad.
2. La justicia indígena originaria campesina en las materias y espacios que la legislación nacional admita.
3. Los recursos genéticos, la medicina tradicional, el germoplasma y el patrimonio cultural tangible e intangible de origen indígena.
4. Los derechos intelectuales colectivos indígenas.
5. Los centros arqueológicos indígenas.
6. El control de las instituciones y organizaciones externas que desarrollen actividades en su jurisdicción, según la ley nacional.
7. La gestión y administración de los recursos naturales renovables, según la ley nacional.
8. Los acuerdos de cooperación con otros pueblos indígenas.
9. La consulta en los asuntos de su interés.
10. La ocupación y asentamiento territorial colectivo.
11. La tecnología y la investigación indígena.
12. El hábitat, el paisaje y la vivienda, en lo que éstos tienen que ver con la forma indígena de vida.

Sustentación

El catálogo de la unidad espacial de gestión indígena, llamada TIOC, es un caso *sui generis*. Se circunscribe a las materias relacionadas con la identidad indígena. Éstas se otorgan desde la misma Constitución, para evitar que los niveles territoriales subnacionales intermedien. No se habla de "legislación".

56. Para todas las materias asignadas a las entidades subnacionales, en las que la presencia de los pueblos indígenas sea relevante, la administración podrá desconcentrarse a favor de los TIOC. En especial en las áreas de:

1. Educación e investigación
2. Salud.
3. Arte y museos.

Sustentación

Además de las materias del catálogo precedente, los TIOC recibirán otras por decisión de las unidades territoriales a las que pertenezcan.

57. Los TIOC podrán recibir, *por delegación,* materias como las siguientes:

1. Caminos vecinales y comunales.
2. Sistemas de agua, riego, energía, servicios básicos y saneamiento.
3. Asentamientos humanos.

Sustentación

Así no se cierra la posibilidad de que materias que no tienen un contenido cultural sean delegadas a los TIOC por razones de eficiencia.

58. El municipio indígena tendrá las competencias de todo municipio, además de las necesarias para valorar y promover la identidad cultural del pueblo indígena que habite en él.

Sustentación

Un pueblo indígena organizado en municipio tendría potestad legislativa y otras ventajas adicionales. Con los derechos vendrían obviamente las obligaciones, las mismas que tiene todo municipio, sea éste indígena o no. El municipio indígena, además de las materias de carácter "universal", debe trabajar también otras de relevancia indígena. Sin embargo, no es este "plus" competencial lo que lo convierte en un municipio indígena, sino la aplicación de un sistema político *originario*.

Otro asunto diferente es que un indígena sea alcalde de un municipio "regular" y, por motivos subjetivos, lo convierta en una entidad ejemplar en el cumplimiento de las tareas pro-indígenas.

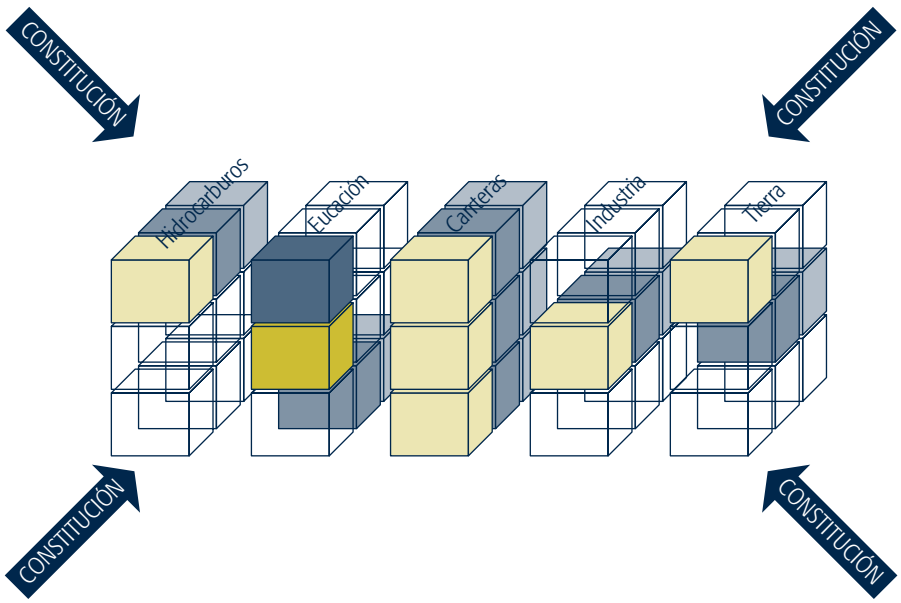
Conclusión

Nuestra compatibilización de las competencias recupera, en lo posible, las visiones de los proyectos en pugna. Los postulados que hemos planteado son una exposición técnica de las llaves y las materias que les corresponden, por lo que queda pendiente su traducción a una redacción jurídica convencional, aunque ésta no debería alterar la filosofía de fondo.

Esta propuesta no agota, por supuesto, las materias que podrían considerarse, si bien la cantidad incluida es relevante. Como se habrá advertido, se ha trabajado con la nomenclatura del proyecto constitucional y del Estatuto.

Es posible sintetizar la metodología de asignación competencial que propugnamos en una representación como la siguiente:

GRÁFICO 104



EPÍLOGO

¿Se respetó finalmente la pregunta del referéndum?

La pregunta del referéndum de 2006 consultaba al ciudadano su acuerdo con una autonomía que ofrecía "atribuciones normativas administrativas".[14] En el rubro competencial, también se prometía "competencias ejecutivas" y "recursos económicos financieros".

Esta pregunta fue sorpresiva porque no mencionaba la facultad más importante que existe para dar poder a los territorios subnacionales: la potestad de legislación. Es decir, en el referéndum mencionado no se preguntó sobre la autonomía en sentido de autolegislación territorial. ¿Qué pasó?

En una entrevista concedida a *La Prensa* en octubre de 2007, el vicepresidente Álvaro García Linera sostiene que los interesados de Santa Cruz "no se dieron cuenta" de este sustantivo detalle hasta 20 días después.[15] Por su lado, un experto de Santa Cruz dijo que entre "atribuciones normativas" y "administrativas" hay una coma, aunque la Ley de Convocatoria al Referéndum, que establece la pregunta, en realidad no la incluye. Pero supongamos que sí. Este autor sostiene que decir "normativo" implica, en el contexto, "legislación".[16] La verdad es que, como hemos discutido más arriba, "legislar" es una de las formas de "normar", pero no la única.

Este fue un error por dos razones, una más pedestre, otra más de fondo. La primera es que, en la tradición napoleónica del derecho boliviano, "normar" es tendencialmente interpretado como un caso "*sub*legislativo". La razón de fondo es que si el texto constitucional dice que los departamentos autónomos "norman", pero al mismo tiempo reserva para el nivel nacional el derecho a emitir "leyes", no estará incumpliendo la voluntad de los asistentes al referéndum de 2006.

14 Art. 4 de la Ley 3365 de 6 de marzo de 2006.

15 La Prensa, 21 de octubre de 2007.

16 Jorge Asbún (2007) "Composición del Legislativo en un Estado con autonomías departamentales", en Contrapuntos al debate constituyente, Prisma/Plural, p. 148.

Si uno hace un seguimiento detenido de la producción de los especialistas de Santa Cruz sobre la autonomía, advertirá rápidamente que sus meritorios esfuerzos por generar una propuesta elaborada siempre conllevaron una confusión sobre este tema, ya desde mucho antes de la redacción de la pregunta. Por lo tanto, es muy probable que la famosa coma no se haya puesto por un descuido de estos asesores del Comité Cívico.

Un ejemplo paradigmático de las imprecisiones técnicas de los trabajos de los expertos orientales fue la afirmación de que Colombia es tan autónoma como España. En el intento de mostrar una ola de procesos autonómicos y de eludir el prejuicio imperante en el occidente sobre el carácter "separatista" del movimiento cruceño, se postuló equívocamente que los procesos de territorialización de Colombia o Perú eran parecidos a los experimentados por España o Italia.

En realidad, Colombia no puede compararse con España precisamente porque, en su caso, no se ha roto el monopolio legislativo detentado por el nivel nacional,[17] mientras que en España esto sí ha ocurrido.

El referéndum, por tanto, tenía un problema de nacimiento.

En cuanto al proyecto constitucional, aunque formalmente pareció ir más allá de la famosa pregunta al introducir la legislación subnacional, la manera en que lo hizo fue insuficiente, inconsistente y contradictoria. Un tema tan delicado como la transición de un Estado simple a un Estado compuesto debe verificarse en todas las piezas de la Constitución. Desde esta perspectiva, el proyecto constitucional ha fallado al no ofrecer una real autonomía departamental, a pesar de los esfuerzos del oficialismo en las negociaciones con la suprapartidaria, en septiembre de 2007, que lo llevaron a ceder posiciones precisamente en cuanto a la legislación.

Las razones de este fracaso están expuestas en la segunda parte de este estudio y sólo podemos remitirnos a ellas.

Al no hacer el proyecto constitucional una oferta consistente y genuina de autonomía departamental, el pacto territorial se convirtió en imposible. La responsabilidad mayor era del texto constitucional, del que dependen los estatutos autonómicos. Sin una Constitución que los cobije, los estatutos, por muy legítimos que sean, no tienen perspectiva por sí solos.

El desafío futuro es reparar este fracaso sin olvidar que el pacto debe tratar de recuperar las partes salvables de ambas visiones. Este documento es una contribución a esta importante tarea.

17 Cf. al respecto la decisión T-425/92 de la Corte Constitucional colombiana, que ratifica que el nivel subnacional sólo goza de potestades administrativas y no legislativas.

BIBLIOGRAFÍA

Aja, Eliseo (2003) El Estado *autonómico-Federalismo y hechos diferenciales,* Alianza Editorial, segunda edición.

Alarcón, Diana/Licha, Isabel, Molina, Gerardo/Repetto, Fabián (2006) "La coordinación de las intervenciones públicas en los problemas sociales: desafíos y estrategias" en *Encuentro Coordinación y Política Social: Desafíos y Estrategias,* INDES, Washington, D.C.

Alcubilla, Enrique (2006) "El poder judicial a la luz de las nuevas reformas estatutarias"

Badura, Peter (2007) "Der Stellenwert von Länderverfassungen und Verfassungskonflikten am bayerischen Beispiel", en *Einsichten und Perspektiven-Bayerische Zeitschrift für Politik und Geschichte.*

Benoit, O (2003) "Les chambres régionales des comptes face aux elus locaux" en *Revue Francaise de science politique*

Blanco, R. (2005) *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, Alianza Editorial

Blotevogel, H.H. (1996) «Auf dem Weg zu einer ´Theorie der Regionalität`- Die Region als Forschungsobjekt der Geographie" en *Region und Regionsbildung in Europa*, Brunn, G (Edt.), Nomos

Kant, I. (1787) Kritik der reinen Vernunft, Suhrkamp, WA Band III/1, 1988.

Bianconi, M./Gallent, N. (2006) "The changing geography of subregional planning n England" en *Environment & Planning,* Vol. 24

Bourne, L (1980) "Urban and regional systems" en *Progress in Human Geography*, Vol. 4

Bourdieu, P. (1991) "Physischer, sozialer und angeeigneter physischer Raum" en *Stadt-Räume*, Wentz, M (Hrg.) Campus Verlag

Brenner, N (2001) The limits to scale? Methodological reflections on scalar structuration" en *Progress in Human Geography,* 24, 4.

Cassia P. (2004) "Le maire, agent de l´etat", *AJDA*, febrero

Chantebout, B. (1991) *Droit Constitutionnel et science politique*, Armand Colin.

Consejo de Estado español (2006) *Informe sobre modificaciones de la Constitución española*

Craig, P (2005) "Pouvoir exécutif et pouvoir législatif au Royaume-Uni". *Cahier du Conseil constitutionnel*, N 19

David, L.A. (2005) "O marco normativo do sistema de organização territorial no Brasil", en *Ordenamiento territorial en Brasil y España*, Moreira, A.; Gómez, (Ed.), Valencia, Tirant lo Blanch

De Carreras, F. (2004) "El Estado de las Autonomías en España", FES-ILDIS, La Paz

Davoudi, S. (2007) "Territorial cohesion, European social model and spatial policy research », en *Lincoln Institute for Land Policy*

Delaney, D Leitner, H. "The political construction of scale" en *Political Geography*, Vol. 16, N2

Delpérée, Francis. (2000) Le *Droit Constitutionnel de la Belgique,* Bruylant, LGDJ

De Vega Blázques (1999) "La configuración constitucional del tribunal de cuentas en España" en *Cuestiones Constitucionales,* Num. 1.

Entrena Cuesta, R. (2001) en Garrido Falla, F. [Ed], *Comentarios a la Constitución,* Civitas, tercera edición, p. 53

Fernandez Alles (2001) "Relaciones intergubernamentales y administración única en el Estado de las autonomías" en *El futuro del Estado autonómico,* Pau i Vall (Coord.), AELPA/Aranzadi, Navarra.

García, F. (2003) La segunda descentralización, en *Cuadernos y Debates*, Nº 148, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Gonzales de Olarte, E. (200) "Lineamientos económicos y políticos para la ley de incentivos para la integración y conformación de regiones" en *Regiones integradas,* Alejos, W (Comp.), Fondo Editorial del Congreso del Perú

Greffe, X. (1984) *Territoires en France,* Economica

Haug Volker (2004) Die Föderalismusreform-Zum Ringen von Bund und Ländern um die Macht im Staat, *DÖV*, Heft 5

Kelsen, Hans (1966) *Allgemeine Rechtslehre,* Dr. Max Gehlen Verlag

Hesse, K. (1991) *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik*, C.F. Müller Verlag,

Howitt Richard (1998) "Scale as relation: musical metaphors of geographical scale" En *Area* 30/1.

Isense, J. (1990) *Handbuch des Staatsrechts,* Band IV, C.F. Müller Juristischer Verlag

Jammer Max (1954) *Concepts of space-The History of Theories of space in Physics,* Harvard University Press

Jones, T.; Williams, M. (2004), "Wales as a Jurisdiction", en *Public Law*

Jordana, Jacint (2004) "Las relaciones interdepartamentales y descentralización en América Latina: una perspectiva institucional", en *Descentralización y Políticas Sociales en América Latina*, Gomà, R/ Jordana, J. Fundación Cidob.

Joumard, I/Yokoyama, T(2005) "Getting the most out of public sector decentralisation in Japan" en *Economics Department Working Papers,* OECD.

Kelsen, Hans (1966) *Allgemeine Rechtslehre,* Dr. Max Gehlen Verlag

Kunzmann, K (1996) "Die Region in der Raumplanung" en *Region und Regionsbildung in Europa*, Brunn, G (Edt), Nomos

La Gazzete de Commmunes, des departemments et de regions (2005) "La décentralisation et la deconcentration".

Läpple, D (1992) "Essay über den Raum" en *Stadt und Raum,* Häussermann, H (Ed.), Centaurus-Verlagsgesellschaft

Máiz, R.; Beramendi, P.; Grau, M. (2002). "La federalización del Estado de las Autonomías: evolución y déficit institucionales", en Subirats, J. y Gallego, R. [Eds], *Veinte años de autonomías en España*, CIS,

Mansfield Becky (2005) "Beyond rescaling: reintegrating tha national as a dimension of scalar relations" en *Progress in human geography*, 29/4,

Mercier, M (2000) Bilan de la décentralisation, *Senat -Rapport D´Information*, N 447.

McEldowney, 2002J. *Public Law*, Sweet & Maxwell,

Mercier, M (2000) Bilan de la décentralisation, Senat -Rapport D´Information, N 447.

Millar, E (2006) "Qu'est-ce qu'une norme juridique?" en *Cahier du Conseil constitutionnel*, N 21.

Mononiat, I. (2002) "Fiscal decentralisation in south africa: a practitioner´s perspective". Mimeo, National Treasury. South Africa.

Molina, C.H. (2005) "Transitando hacia la descentralización política" en *Para pensar el futuro,* ILDIS, La Paz.

Moreau, 1995 [Ed] (1995) *Droit Public*, Tome I, Económica

Murillo de la Cueva (2000) "El poder judicial en el Estado autonómico" en *Teoría y realidad constitucional*, num. 5.

Bahl, R/Martinez, J (2005) Sequencing fiscal decentralization, *PREM*, Worldbank.

Oates, W.E., 2001, "Fiscal decentralization and economic development. Some Reflections", en www.credpr.standforf.edu

Ozouf-Marignier, M. (1986) "De l´Universalisme constituant aux interets locaux: le débat sur la formation des départements en France (1789-1790)», en *Annales ECS*, Nº 6

Schmitt, C (1921) Die Diktatur, Duncker&Humblot, 1978.

Paasi, A. (1986) "The Institutionalization of regions: a theoretical framework for understanding the emergence of regions and the constitution of regional identity", *Fennia*, Nº 164:

Pactet, (1999) *Institutions politiques-Droit constitutionnel*, Colin,

Papillon, M (2004) "Federalism as a foundation for aboriginal-state relations" en *Annual meeting of the american political science association*, mimeo.

Parr, J (2007) "On the spatial structure of administration" en *Environment and Planning A*, Vol. 39.

Planck, Max (1953) *Das Weltbild der neuen Physik*, Johann Ambrosius Verlag, Leipzig.

Poeschel, J (2004) "Zum verfassungspolitischen Problem der Region" en *Die Öffentliche Verwaltung*, mayo, Heft 10,

Portugali, J. (2006) "Complexity theory as a link between space and place" en *Environment & Planning*, Vol. 38,

Rapport-Annexe au procès-verbal de la séance du 16 jullet 2003, Sénat Session Extraordinaire de 2002-2003, N 408.

Requejo, F. (1999) "La acomodación federal de la plurinacionalidad. Democracia liberal y federalismo plural en España" en *Asimetría federal y Estado plurinacional*, Fossas, E./Requejo, F., (Eds.), Editorial Trotta, p. 322

Ruch, A (2007) *Grundzüge des Rechts*, ETHZ

Rumley, P. (2002) "L´Aménagement du territoire entre changement et continuité" en*DISP*, 148, p. 20.

Sack, R. (1980) "Conceptions of geographic space" in Progress in *Human geography*, Vol. 4, p. 326.

Smith, J (2005) "The case of asymmetry in Canadian federalism" en *Asymmtry Series* 2005 (6) School of Policy Studies, Queen´s University.

Schaztki, T (1991) "Spatial ontology and explanation" en *Annals of the Association of American Geographers*, 81/4

Schwanengel, W.(2004) Die malaise des deutschen Bundesstaates-Zu Möglichkeiten und Grenzen der Föderalismusreform, en *DÖV*-Heft 13.

Schmidt-Eichstaedt, G (1981) *Bundesgesetze und Gemeinden*, Kohlhammer, p.137.

Souvirón José María (2000) *Balance y futuro del Estado autonómico*, Comares.

Souza, C. 1997 Constitutional engineering in Brazil, London, Macmillan Press.

Stein, E.; Frank, G. , (2002) Staatsrecht, Mohr Siebeck,

Thoenig, J.C. (2005) "Territorial Administration and political control: decentralization in France", *Public Administration*, Volumen 83/N°3.

Timothy Bunnel/Neil Coe (2001) "Spaces and scales of innovation", in *Progress in Human Geography* 25, 4

Tulkens, Francois (1994) " L Autonomie constitutive`: un nouveau concept de droit constitutionnel belge?" en *Administration Publique*, T: 2-3, p. 164.

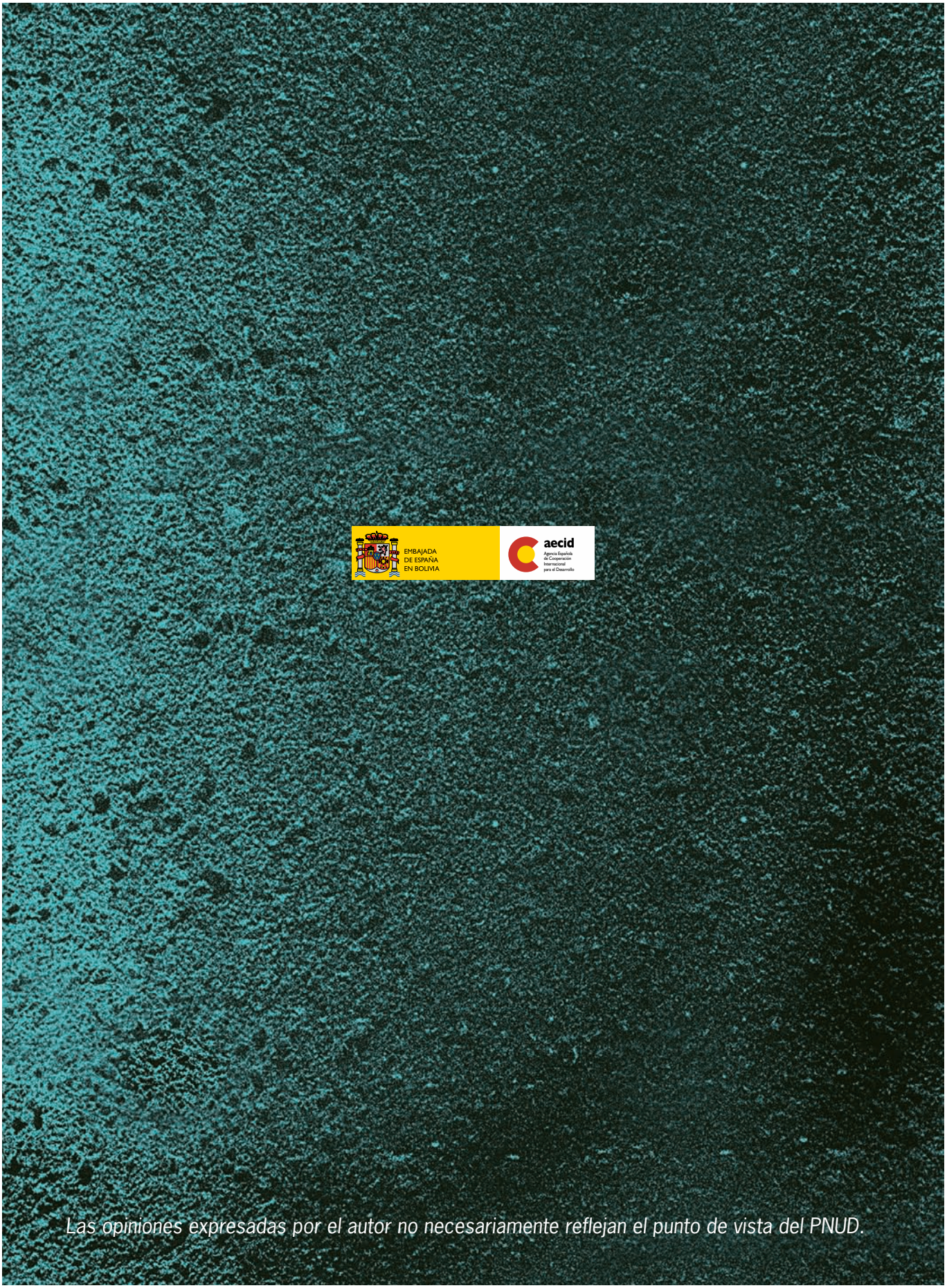
Watts, R.L. (2003) "Processes for adjusting Federal Financial Relations: examples from Australia and Canada" en *Fiscal Relations: in federal countries: Four Essays, Forum of Federations*, Quebec

Weber, M. (1921) *Soziologische Grundbegriffe*, Mohr Siebeck

Weichhart, P. (1996) "Die Region-Chimäre, Artefakt oder Strukturprinzip sozialer Systeme? en *Region und Regionsbildung in Europa*, Brunn, G (Edt), Nomos

Wiechmann, T (2000) "Die Región ist tot-es lebe die Region!" en *Raumforschung und Raumordnung*, 2-3

Yemek, E. (2005) "Understanding fiscal decentralization in South Africa", *Occasional Papers*, IDASA.



Las opiniones expresadas por el autor no necesariamente reflejan el punto de vista del PNUD.