



# **Claves conceptuales de la compatibilización constitucional y la LMAD**

apoyo al VMD

---

REF.: ESTUDIO N°6

FRANZ XAVIER BARRIOS SUVELZA

OCTUBRE 2008

# CLAVES CONCEPTUALES DE LOS INFORMES SOBRE LA nCPE LA LMAD

Franz Xavier Barrios Suvelza

## *Primero: la autonomía entendida como autolegislación plena*

La clarificación del tipo de norma que se implica en un proceso de territorialización estatal es de hecho decisivo. Me apresuro en ir más allá –sin perjuicio de las matizaciones que haré después– para sostener que la forma más radical de territorialización del Estado ocurre sólo sobre la base de la cesión de potestad de autolegislación al ámbito subnacional. Ahora bien, esa potestad se asienta en parte sobre la dimensión material del concepto de ley, vale decir, en su calidad abstracta y general. Con ello se establece una diferencia con las normas que Kelsen llamara „individuales concretizantes“<sup>1</sup>.

Sin embargo, en condiciones del Estado occidental moderno, se debe complementar esta definición con su dimensión formal, o sea, con el hecho de que las normas que pretenden ser calificadas como leyes deben provenir de un procedimiento determinado que incluye la existencia de órgano competente diferenciado del correspondientes ejecutivo. Con ello se tiene la posibilidad de diferenciar las normas igualmente generales que pueden provenir del ejecutivo como poder reglamentario. Estas dos características constituyen, sin embargo, sólo condiciones necesarias. En efecto, el mismo Kelsen preguntaba por qué habría que desconocerle al municipio la generación de normas como “leyes” si se trataba de normas generales y que, además, provenían de un órgano deliberante democrático<sup>2</sup>. Una condición suficiente es pues que la norma que se precie de ser “ley” debe ser así asumida por el ordenamiento jurídico del país de forma global, explícita y consecuente. De no ser así no serviría encontrar las condiciones necesarias (lo general y la proveniencia de un órgano legislativo) si un tribunal constitucional aclarara luego que en el país sólo legisla el Congreso nacional; o cuando dictaminara que las materias bajo reserva de ley son sólo accesibles para la ley de origen nacional y no así también desde las normas generales subnacionales por muy bautizadas que estén como “leyes”.

Esto nos lleva a otro aspecto de las condiciones suficientes pues la norma en forma de ley proveniente del nivel nacional no puede tener mayor validez que una ley subnacional. Esto tiene que ver con que la ley goce de aquello que Delperee llama una misma “potencia soberana” se trate de una de fuente nacional o subnacional. Los controles aplicables a ellas no diferirían y serán los previstos por la Constitución común<sup>3</sup>.

Otro factor como condición suficiente es que la ley tenga una prelación<sup>4</sup> frente a las demás normas subconstitucionales. Se podría haber incorporado –como lo ha hecho Tschanen– en el concepto mismo de “ley en sentido formal” la noción de la jerarquía de

<sup>1</sup> Para Kelsen esta es una forma de „descentralización parcial“ según jerarquía normativa (Kelsen, 1993: 166).

<sup>2</sup> Idem, p. 182.

<sup>3</sup> Delperee, 372.

<sup>4</sup> Hart, 25.

la ley frente a todas las demás normas que no sean constitucionales pero hemos preferido separar este asunto como factor de condición suficiente<sup>5</sup>.

Sólo en esas condiciones es posible realmente calibrar el real alcance que tiene la afirmación de la Constitución ecuatoriana actual que habla de “legislación” subnacional pues ahora se sabría si se trata de un nominalismo o de real legislación subnacional<sup>6</sup>. Y solo así entenderemos por qué en Bolivia la oposición autonomista reclamó airadamente que el oficialismo en su proyecto constitucional introdujera un artículo<sup>7</sup> que postulaba que no sólo leyes nacionales, sino los mismos reglamentos del nivel nacional se hallarían como normas jerárquicamente superiores a leyes departamentales. Este es uno de los residuos no concordados a los que hice mención al comentar que la sorpresiva cesión de potestad de legislación a los departamentos como fruto de las negociaciones en septiembre de 2007, fue desordenado.

Colocar el factor de autolegislación con ese impacto en el centro de la estructuración territorial del Estado es una hipótesis osada pues coloca, por lo pronto, el tema de la elección de autoridades o, aquel de los detalles financieros, en un segundo plano. Pero la revisión sosegada de experiencias de reforma constitucional en países diversos va develando cómo el tema de la legislación acaba siendo el núcleo protegido o la matriz oculta que sostiene la estructuración territorial del Estado, sea por concederla o sea por retenerla en manos del Congreso nacional.

Así sucede con la devolución a Escocia como proceso diferente al de Gales<sup>8</sup> lo que se explica en buena medida en función del alcance distinto de poder normativo conferido en ambos casos<sup>9</sup>. Algo similar puede decirse de la aparatosa figura de la experimentación francesa introducida en la reforma constitucional de 2003 para aflojar siquiera mínimamente el monopolio de legislación nacional en favor de las colectividades territoriales francesas. Los recaudos dispuestos para esta experimentación territorial son una prueba del trauma que arrastra abrir brechas tenues en el cemento del monopolio del nivel nacional sobre la legislación<sup>10</sup>.

Sería largo pretender discutir las virtudes que, conforme a los factores descritos, conlleva inscritas la forma „ley“ pero se puede avanzar algunas indicaciones sobre su potencia. Por un lado está la vinculación regular que arrastra la ley con su procedimiento especialmente legitimado de producción: es en parte fruto de las pugnas en el seno de la representación popular por excelencia –el Congreso o Asamblea respectiva– y cuanto mayor es el grado de sofisticación de los contrapesos en este contexto (senados capaces de vetar, procedimientos de protección a minorías, etc.), mayor el efecto de división del poder. Esto a pesar de las innegables áreas grises en la división del trabajo normativo entre ejecutivo y legislativo habida cuenta de la enorme fuerza legislativa de facto que el poder ejecutivo en el Estado occidental contemporáneo fue adquiriendo<sup>11</sup>.

Un segundo elemento deriva de que las mismas constituciones despliegan catálogos con reserva de ley. Si la ley ya no vendría sólo del Congreso nacional y las áreas temáticas

<sup>5</sup> Tschannen, 560.

<sup>6</sup> Cf. Art. 228 de la Constitución ecuatoriana.

<sup>7</sup> Cf. Art. 410 del proyecto constitucional boliviano de la mayoría aún no sometido a referendium.

<sup>8</sup> Jones y Williams, 2004: 80

<sup>9</sup> Page y Batey, 2002: 517

<sup>10</sup> Cf. Domergue, I 2002 „Pour ou contre le droit a l' experimentation“, en *Regards sur l'Actualité*, N 286.

<sup>11</sup> Craig expone para el caso británico cómo a pesar del principio de soberanía del parlamento y a pesar de la creciente limitación histórica de la prerrogativa soberana a favor del ejecutivo, la situación de fuerza del ramo ejecutivo es determinante.

bajo reserva de ley son sensibles, el ámbito subnacional obtendría bajo las nuevas condiciones acceso a esas áreas por lo menos de forma potencial. En tercer lugar, la forma „ley“ en el Estado moderno contemporáneo, como efecto de la generalidad de la ley, se ha visto como especialmente apta para cobijar lo que se ha llamado „decisiones fundamentales de la vida“<sup>12</sup> y, por tanto, como instrumento de formulación de política pública<sup>13</sup>.

Finalmente, es común que la ley arrastre beneficios para una reproducción ordenada y más o menos predecible de la actuación pública lo cual se explica por la jerarquía frente a reglamentos u otras normas administrativas. La ley tiene pues atributos de estabilidad, generalidad, abstracción, legitimación, preeminencia y simbolismo estatal no siempre alcanzables por los reglamentos u otro tipo de normas sub-legales.

Heurísticamente, la insistencia en apreciar el papel de la legislación dentro de la estructuración del Estado puede facilitar que el mismo término de „autonomía“ se retraiga mejor hacia su sentido etimológico. Esto a pesar de que, como nos lo recuerda C. Schmitt, el que „nomos“ signifique „ley“, no deja de ser un paso polémico engengrado recién en el derecho romano (Schmitt, 578) amén de las variaciones que, antes de ello, el mismo „nomos“ fue atravesando en su desarrollo clásico.

Asímismo, nos reconcilia con la distinción medular que hiciera Max Weber entre „autonomía“ y „autocelafia“ procurando justamente evitar confundir el hecho de „darse norma“ con aquel de „darse autoridades“ lo cual, sin embargo, nos remite al siguiente punto de discusión develado en el debate boliviano.

En efecto resulta que, con todo lo preeminente que es el factor de autolegislación, no visualizar sobre esa premisa la complejidad que se desencadena en términos de estatalidad subnacional a raíz de procesos radicales o avanzados de territorialización del Estado, parecería envolver el riesgo de una reducción „legislativista“ de la descentralización. La clarificación de la matriz de la estructuración territorial –el papel detonante de la autolegislación– debe pues ahora analizarse en dos dimensiones. Una es la referida a su encadenamiento con otros factores que conjuntamente desembocan en una estatalidad subnacional surgida como efecto de una descentralización amplia; la otra es la vinculada a cómo la autolegislación escinde además los grandes modelos de estructuración global de los Estados en términos territoriales. Abordaré primero la cuestión de la complejidad de estatalidad disparada por la autolegislación.

### ***Segundo: la cualidad gubernativa se dispara con la autonomía como autolegislación pero va mucho más allá***

Antes del referéndum autonómico, Bolivia había vivido la primera elección democrática de prefectos como fruto de las presiones autonomistas en el gobierno de Mesa. La elección directa de máximas autoridades departamentales no está prevista en la actual Constitución por lo que la elección misma no estuvo libre de críticas aunque, a diferencia del presente, ese entonces se contaba con un tribunal constitucional para querellar contra dicha elección.

---

<sup>12</sup> Sannwald, 1259.

<sup>13</sup> Delperee, 372.

Hasta entonces, los prefectos eran designados por el presidente de la república y fungían como sus brazos desconcentrados sin opción alguna de contestación a la línea política del presidente. La única opción tenue de contrapeso a nivel departamental eran los “consejos departamentales” cuya composición, al depender de elecciones hechas sobre la base de los municipios, podía acabar conteniendo fuerzas políticas dispares.

El mismo día que se dio el paso histórico de elección de un primer indígena a la presidencia de la república, se dio éste otro de elegir prefectos lo que desembocó, en 6 de los 9 departamentos, en la plataforma más áspera de oposición política al actual presidente Morales

El impacto de la elección directa de prefectos en la división vertical política del poder fue evidente y parecía que se había llegado a la “autonomía”. Conforme pasaron los meses, sin embargo, a la luz de las crecientes limitaciones de actuación que descubrirían los prefectos electos en términos concretos de gestión, iría mostrándose que la sola elección no resolvía los problemas de autonomía incluso considerando que las tareas no habían sufrido alteración y que los recursos tenderían a subir como efecto de los beneficios de explotación de recursos naturales no renovables.

A la luz de las consideraciones del acápite anterior, ello no puede ya sorprender pues sabemos ahora que el factor detonante es la autolegislación y no la elección de autoridades políticas. Sin embargo, la legitimación democrática parecía anticipar que, más allá de la autonomía, había más factores que, como el de la elección, parecían encadenarse como resultado de un proceso profundo de territorialización estatal. Parecía tratarse de una suerte de réplica subnacional, en menor escala, de las estructuras de poder del nivel nacional. El dilema era cómo dar cuenta técnica y conceptualmente de esta densificación de estatalidad subnacional derivada de territorializaciones cada vez más profundas.

En la experiencia doctrinal boliviana el único referente vago para afrontar conceptualmente esta tarea era un concepto polinómico de autonomía que fue consolidándose sobre la base del régimen municipal que se consolidara en 1994 y que lograra su sistematización legal en la actual constitución. En ésta se dice<sup>14</sup> que la “autonomía municipal consiste en la potestad normativa, ejecutiva, administrativa y técnica...”. Pero este concepto, más allá de desbordar el alcance del término “autonomía” al separarlo de lo estrictamente normativo, estaba visiblemente lejos de atender la densificación de estatalidad subnacional emergente y se reducía a un recuento de potestades de los “gobiernos municipales”, vale decir, ni siquiera se trataba de un acordonamiento teórico de la potencia pública de la entidad territorial municipal como tal.

La ley de municipalidades de 1999 introduciría nuevos elementos sugerentes. En este contexto, no fue ciertamente el añadido de la potestad “fiscalizadora” como componente de su entendimiento de “autonomía” lo sustancial. Mucho más importante fue normar que “la autonomía municipal se ejerce a través de: 1. Libre elección de...autoridades...2. facultad de generar, recaudar e invertir recursos...3. Potestad de dictar ordenanzas y resoluciones...4. Programación y ejecución de toda gestión jurídica, administrativa, técnica, económica, financiera, cultural y social...5. Potestad coercitiva par exigir el cumplimiento de la presente ley y de sus propias ordenanzas...6. Conocimiento y

---

<sup>14</sup> Art. 200/II.

resolución de controversias relacionadas con el ejercicio de recursos administrativos previstos en la presente ley...”<sup>15</sup>.

En comparación a lo sucedido con el texto constitucional aparecían, pues, bajo el paraguas del término “autonomía”, elementos de fondo como la cuestión financiera y la precisión del nominalismo en lo normativo, aunque se desplegaran simultáneamente aspectos menos relevantes que, más que referirse a la cualidad territorial, referían cuestiones vinculadas a la gestión (“programación”, “...recursos administrativos...”) o eran redundantes pues se implican en el hecho de que el municipio es parte del Estado (“...coerción...”) <sup>16</sup>.

Ahora bien, estos antecedentes serían heredados tanto por la propuesta autonómica (adaptados a la cuestión departamental) como por la visión territorial del proyecto constitucional oficialista (para el conjunto de entes territoriales). En el caso de las propuestas autonomistas, se repitió el esquema de la terminología de la Constitución afirmando que la “autonomía departamental consiste en la potestad normativa, ejecutiva, administrativa, tributaria y técnica...”<sup>17</sup> destacando simplemente la cuestión “tributaria” como añadido.

En el caso del proyecto constitucional oficialista se tiene un artículo específico que a la letra dice: “El régimen autonómico implica la elección directa de sus autoridades ...y las facultades legislativas normativo-administrativa, fiscalizadora, ejecutiva y técnica, ejercidas por las entidades autónomas en el ámbito de su jurisdicción y competencias exclusivas”<sup>18</sup>. En esta versión llama la atención el término de “régimen autonómico”; se confirma la inseguridad ya comentada sobre la introducción negociada del componente normativo; y se introduce la idea de un ámbito competencial “exclusivo” para concluir, retomando de la redacción de la ley de municipalidades, la potestad “fiscalizadora”.

Vemos pues que en el debate constitucional boliviano, por una parte, se ha tendido a extender el alcance del término “autonomía” hacia asuntos no normativos y se ha entremezclado en él la caracterización de aspectos de gestión o de funciones de órganos del sistema político.

Desde una perspectiva comparada es muy llamativo que la enumeración de aspectos operativos como componentes de autonomía en la tradición doctrinal y legal boliviana tenga un parecido con la manera en la cual el derecho administrativo alemán caracteriza, por su lado, a la autoadministración municipal. Los factores de la llamada “propia responsabilidad” comunal en la perspectiva de la doctrina alemana varían entre 6 a 8 factores según los autores y toman la forma de potestad personal, territorial, organizacional, de planificación, financiera, de cooperación, normativa e impositiva<sup>19</sup>. Cuanto más administrativa sea la instancia territorial a caracterizar, más proclive parece ser entonces la descripción hacia la enumeración de factores de gestión. ¿Pero es ello suficiente cuando el ente territorial en cuestión no es un apéndice de la administración por muy legítima que sea su conformación? Si bien la doctrina boliviana como se ha visto parecía intentar abarcar aspectos más estructurales, la solución no acababa siendo

<sup>15</sup> Art. 4/II de la Ley 2028 de Municipalidades de 1999.

<sup>16</sup> No habría tal redundancia en el caso que prevaleciera aquella imagen jus naturalista del municipio como algo distinto del Estado. Para una crítica a esa suposición ver Kelsen.

<sup>17</sup> Urenda, 41.

<sup>18</sup> Proyecto Art. 273.

<sup>19</sup> Sannwald, 798. Von Unruh/Greve/Schliesky, 165.