

Documento de Trabajo 12



Elementos para el Debate y la Concertación del Nuevo Régimen Autonómico

Análisis del Régimen Competencial en el Proyecto de Ley Marco de Autonomías y Descentralización

gtz



Programa de Apoyo a la Gestión
Pública Descentralizada y Lucha
contra la Pobreza-PADEP

2009

El documento de trabajo *“Análisis del Régimen Competencial en el Proyecto de Ley Marco de Autonomías y Descentralización”* de la serie *Elementos para el Debate y la Concertación del Nuevo Régimen Autonómico* fue elaborado por el consultor Franz X. Barrios Suvelza, por encargo del Componente Descentralización del Programa de Apoyo a la Gestión Pública Descentralizada y Lucha contra la Pobreza de la Cooperación Técnica Alema (GTZ - PADEP).

Este documento, junto a otros estudios, fue elaborado como insumo para el debate con miras a contribuir a la formulación de propuestas para la construcción del nuevo Régimen Autonómico boliviano, en el marco de los acuerdos intergubernamentales entre Bolivia y Alemania.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de GTZ /PADEP.

Propiedad intelectual de la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH.

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN COMPETENCIAL DEL PROYECTO DE LEY MARCO DE AUTONOMÍAS Y DESCENTRALIZACIÓN

ÍNDICE

Resumen Ejecutivo

I. BREVE SEÑALAMIENTO DE ALGUNOS DE LOS AVANCES

- 1.1. Conciliación pre-jurisdiccional
- 1.2.) Asignación exclusiva y paralela en lo administrativo
- 1.3.) No presunción de „mejor“ receptor subnacional y desagregación funcional y material de competencias
- 1.4.) Deslinde de áreas de alcance competencial para zonas equívocas de asignación competencial
- 1.5. Preceptividad de la desconexión del legislador sobre su administración
- 1.6. Estipulación clara de plazos para evitar pasividad del legislador nacional en asignación concurrencial y compartida
- 1.7. Alargue de esquema de llave de separación de legislador de administración entre departamento y unidades subdepartamentales

II. PROBLEMAS Y VÍAS ALTERNATIVAS

- 2.1. ¿Cuál es el alcance de lo „básico“ dentro del concepto de „legislación básica“?
- 2.2. Necesidad de diferenciar más y mejor „transferir“ de „delegar“
- 2.3. Extralimitación de la idea de certificación competencial
- 2.4. Inadecuación de los indicadores de medición de capacidad institucional para la certificación
- 2.5. La confusión sobre el principio de „gradualidad“
- 2.6.) Precisiones sobre los solapamientos competenciales reales o potenciales heredados de la NCB
 - 2.6.1. Antecedentes
 - 2.6.2. La idea de „áreas de alcance“
 - 2.6.3. Clarificaciones en suelos, recursos forestales y bosques
 - 2.6.4. Clarificaciones en sanidad e inocuidad agropecuaria
 - 2.6.5. Clarificaciones en el ítem electoral
 - 2.6.6. Clarificaciones en el ítem de expropiación
 - 2.6.7. Clarificaciones en el ítem de catastro
 - 2.6.8. Clarificaciones en el ítem financiero
 - 2.6.9. Clarificaciones en el ítem de desarrollo productivo
 - 2.6.10. Clarificaciones en el ítem de turismo
 - 2.6.11. Clarificaciones en el ítem de hidrocarburos
 - 2.6.12. Clarificaciones en el ítem de energía renovable
 - 2.6.13. Clarificaciones en el ítem de transportes
 - 2.6.14. Clarificaciones en el ítem de biodiversidad y medio ambiente
 - 2.6.15. Clarificaciones en el ítem de riego
 - 2.6.16. Clarificaciones en el ítem de „áreas protegidas“
- 2.7) Problemas vinculados a la estructura competencial de las Autonomía Indígenas Originario Campesinas (AIOC)

- 2.8) Problemas vinculados a la estructura competencial de las regiones
- 2.9) Problemas vinculados a la estructura competencial de las regiones indígenas
- 2.10) Problemas de diseño en relación a la activación competencial
- 2.11) Problemas referidos a la suspensión del ejercicio competencial
- 2.12) Problemas de diseño del Servicio estatal de Autonomías y Descentralización (SEAD)

III. CONTRASTE COMPARADO CON EL CASO ECUATORIANO

- 3.1. Aspectos relevantes de comparación
 - 3.1.1. Asignación competencial por goteo
 - 3.1.2. Intervención interterritorial
 - 3.1.3. Órgano del sistema de asignación competencial
 - 3.1.4. Dinámica de certificación
 - 3.1.5. Escalamiento de materias
 - 3.1.6. Garantías de autonomía
- 3.2. Consecuencias de la comparación

Resumen Ejecutivo

Delimitación del trabajo

El presente estudio realizado por encargo del C1-PADEP analiza los artículos 74 a 99; y 108 al 117 del Título III „Régimen competencial“ del proyecto de Ley Marco de Autonomías y Descentralización (pLMAD) elaborado por el Ministerio de Autonomías (MdA). El énfasis está puesto en develar los problemas técnicos que eventualmente contiene dicho proyecto en lo que concierne al tema competencial. El objetivo consiste en establecer las deficiencias en este campo y proponer lineamientos generales de ajuste.

Estructura

El documento evalúa los problemas del pLMAD a la luz de los mandatos constitucionales y ciertas premisas deducibles del análisis comparado de diseño territorial en lo referido al tema competencial. Antes de entrar en el diagnóstico de los problemas, se hace en la primera sección una selección breve de algunos los avances del proyecto normativo, mientras que en la segunda sección se entra en materia relevando los problemas e incorporando reflexiones de reajuste potencial a los mismos. En la tercera sección se contrastan estos hallazgos con indicaciones obtenidas del proyecto de código de descentralización en trámite en el Ecuador luego de su reforma constitucional.

Hallazgos

El pLMAD, en lo que concierne a las disposiciones competenciales, contiene una serie de aciertos.

- Formaliza, por ejemplo, la conciliación preferentemente pre-jurisdiccional de litigios competenciales sin descartar esta última.
- Logra asimismo reaccionar con pertinencia técnica ante dificultades derivadas del nuevo sistema de asignación competencial como el caso aquel donde, si bien se desconecta al legislador nacional de la ejecución, ello no impide que una parte de ésta quede en sus manos, cuando la escala así lo justifique.
- Por lo demás, el pLMAD ratifica que la desconexión mencionada no es optativa, sino preceptiva añadiendo convenientemente cláusulas de plazos para que ella se produzca. Estos plazos también se aplican para que se concrete la llave de compartición (expedición de leyes básicas).
- Otro acierto es que se aclare que el nivel departamental puede a su vez traspasar funciones competenciales de su acervo exclusivo.

En cuanto a los problemas del pLMAD podemos resumir lo siguiente.

- Un primer problema tiene que ver con que el pLMAD no dice nada sobre el alcance que debería tener „lo básico“ dentro del esquema de „legislación básica“. Se podría apuntar a que, por lo menos, se haga girar lo básico en torno a la formulación de „estándares mínimos de provisión sectorial“.
- Un segundo problema radica en que la diferencia entre „delegación“ y „transferencia“ que ofrece el pLMAD es insuficiente. Además del hecho de que la delegación no debería limitarse a unos casos aislados, podría abundarse más en algunas de sus características definitorias como son: las velocidades de reversión (menor para la „transferencia“); la combinación de controles de oportunidad y legalidad (el de oportunidad anulado en la „transferencia“); la restricción de traspasos sólo de ejecución para la delegación; y así sucesivamente. En especial, se extraña que, en este contexto, el pLDAM no elabore un esquema preciso de desconcentración estatal.

•Un paquete altamente polémico de disposiciones del pLMAD viene dado, en tercer lugar, por sus ideas de certificación competencial. Las ideas contravienen el hecho que la NCB contiene un paquete de asignaciones competenciales primarias, o sea, que no pueden dosificarse salvo limitadas consideraciones de estricto orden logístico. Estas deben ser tan limitadas a lo meramente operativo que deben permitir que se siga hablando de asignaciones constitucionalmente „automáticas“. Para los dominios exclusivos, en consecuencia, no puede certificarse nada o, de hacerlo, eso no puede tener carácter vinculante. Otro es el tema de las asignaciones secundarias donde los traspasos quedan a disposición del titular. Por lo demás, el pLMAD confunde indicadores de capacidad institucional con indicadores de desarrollo territorial. Concomitante con la certificación viene en el pLMAD el concepto de gradualidad que tiende a degenerar en un sistema de centralización de activación competencial, con el riesgo de convertir los ámbitos exclusivos de competencias en meras expectativas.

•Un cuarto componente de problemas viene dado en el marco del esfuerzo que hace el pLMAD por clarificar la herencia de inconsistencias de asignación material que lega la NCB. El pLDMA produce aquí dos fenómenos: ante la disyuntiva entre dos enfoques mutuamente contradictorios heredados por la NCB, se inclina tendencialmente por interpretaciones que acaban restringiendo la autonomía inflando así el margen competencial nacional de por sí ampuloso. Por otro lado, es capaz de restringir el poder subnacional *incluso cuando la NCB no requiere de interpretación*. Ambos pasos son altamente desaconsajables. Gran parte de los problemas se pueden sencillamente resolver por la vía de escalamiento competencial (así en los ítems como suelos, recursos forestales, sanidad, agropecuaria, desarrollo productivo, turismo, medio ambiente o riego). A veces, cuando la inconsistencia de la NCB es mayor, se puede lograr soluciones combinando escalamiento con descomposición material de ítems competenciales (caso del régimen electoral y del régimen tributario). En otros casos, bien vistas las cosas, no habría ni necesidad de hurgar nada porque la NCB es suficientemente clara (expropiaciones, catastro, fondos fiduciarios, hidrocarburos, energía, transportes).

•El pLMAD deja abierta, en quinto lugar, la opción de interpretar que éste defiende una visión donde, a largo plazo, las autonomías indígenas acaben absorbiendo las competencias de los municipios. Lo que sucede es que el pLDAM no logra lidiar exitosamente con al tensión que existe, por un lado, entre un catálogo constitucional municipal indisponible y blindado por la constitución, y por el otro lado, la necesidad de no dejar sin materias a las autonomías indígenas. El arte radica en encontrar una fórmula que viabilice ambos propósitos. Dados los cánones de la NCB es fácil concluir que cualquier materia municipal sólo puede pasar al AICO bajo consentimiento expreso y formal del municipio, sin ser suficiente una certificación de capacidades por órgano nacional, que no pasaría de ser sólo una condición necesaria. Además la cesión municipal no eliminaría al municipio, sino que dejaría coexistir ambas estructuras (AIOC y municipio) sin que colisionen en el entendido de que la AIOC -salvo el caso del municipio indígena- es espacio y no unidad territorial estrictamente entendida. Eventualmente, se podría combinar tácticas de cesión competencial en favor de las AIOC en función del grado en el cual las materias afectan a los intereses indígenas. Así, a mayor relación, mayor sería la justificación para una cesión competencial con mayores candados en favor de la AIOC.

•En quinto lugar, algo similar sucede con la visión del pLMAD en relación a la configuración competencial regional pues se pretende que la lista de competencias elaborada por la región se „acate“ por parte de la asamblea departamental. En realidad se debe pensar en un proceso por fases donde se destile, consensualmente, el tipo de competencias a negociar en función del tipo de región, de la justificación de

aprovechamiento de absorción de externalidades de escala y así sucesivamente. En todo caso, debería quedar claro que un instructivo ministerial, por muy avalado que este venga por una oficina técnica, no puede obligar al titular competencial (en este caso el departamento) a deshacerse de funciones competenciales según como hayan decidido unilateralmente ministerio y región. En este marco se constata, además, otro problema y es que el pLDMA defiende la posibilidad de competencias regionales cedidas por unidades conformantes lo que también rompe la lógica de la NCB pues los catálogos competenciales regionales ya no dependerían de la decisión departamental que fue la meta del acuerdo político. Del mismo modo, la idea del pLAMAD de que, por ser indígenas, las regiones indígenas rompan la decisión de la NCB de que la región no legisla, es abiertamente contraproducente, no sólo por los efectos de aplicación y de quiebre de la NCB, sino de desproporción innecesaria de lo que podría ser visto como un sesgo indigenista.

- El régimen de suspensión diseñado por el pLMAD, en sexto lugar, tampoco es recomendable. No se puede por decreto suspender asignaciones primarias constitucionales y menos hacerlo por causales como „corrupción“. Se debe ver la forma de involucrar al legislativo del nivel nacional y sujetar acciones de este tipo a votos de mayoría calificada.

- El Servicio Estatal de Autonomías y Descentralización es, en séptimo lugar, un instrumento útil pero no se deja enmarcar óptimamente en la visión del pLMAD en tareas que no sobrepasen los mandatos constitucionales y no es satisfactorio ni el grado de protección que se le confiere en término de garantías a la idoneidad técnica que correctamente el pLDAM pretende para el SEAD, ni el grado de involucramiento del parecer de los actores territoriales involucrados.

La evaluación del pLMAD ha sido contrastada con algunos datos del Código Orgánico de organización territorial, autonomía y descentralización (COOTAD) en trámite en el Ecuador. Si bien el modelo ecuatoriano se basa sobre el modo de Estado simple, es posible sacar lecciones del COOTAD que se está tramitando en el Ecuador igualmente en el marco de la puesta en marcha de la nueva Constitución. Los elementos posibles de aprovechamiento giran en torno a que, en el COOTAD,

- Se ha cerrado el plazo para la asunción de competencias evitando un esquema inestable, heterogéneo y de negociación interminable de asignación competencial.

- Luego debe contarse la idea de que el mismo nivel nacional sea sancionable si éste no llegara a ejercer bien sus competencias.

- En este marco es importante destacar que, en el Ecuador, se crea una instancia pivote nacional (el Consejo Nacional de Competencias) para dinamizar el sistema competencial que está forjada sobre la base de una alta participación subnacional.

- La dinámica de certificación aplica en todas sus fases (desde la determinación de líneas de base financieras, sectoriales e institucionales, hasta las tareas a futuro con los receptores descertificados) una combinación de consenso político con el ámbito subnacional y procedimientos no sólo técnicos sino temporalmente delimitados.

- Por otro lado el COOTAD incluye deslindes competenciales materiales por escala lo cual puede ser una buena señal para blindarse, así, dicha tarea, frente a visiones parciales de los sectores o ministerios respectivos en el momento de que se confeccionen las leyes específicas.

- Finalmente está el destacable mensaje del COOTAD por desplegar un catálogo extenso y prolijo de causales cuyo no respeto llevarían consigo sanciones a autoridades subnacionales, cuando estas atentaran contra las autonomías subnacionales. Las prohibiciones no sólo protegen la dinámica competencial material subnacional, sino que

abarcaban protección de flujos fiscales, dominios tributarios e instrumentos normativos subnacionales.

I. BREVE SEÑALAMIENTO DE ALGUNOS DE LOS AVANCES

El pLDAM es una norma instruida por la disposición transitoria segunda de la nueva Constitución boliviana (NCB) aprobada por referéndum nacional en enero de 2009. El Ministerio de Autonomías ha presentado un borrador de LMAD en julio de 2009, medio año antes de que se conforme la nueva Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP). Tomando en cuenta la complejidad que se produce a raíz de la novedad y la envergadura del nuevo ordenamiento territorial en Bolivia, parece pertinente que la cabeza de sector se haya, así, anticipado en la configuración de la LMAD. De esta manera, la ALP bien podría aprobar dicha norma sin esperar el cumplimiento del plazo estipulado por la NCB. Sobre todo, podría usarse el tiempo previo al plazo fatal de aprobación en el 2010 para consensuar los alcances de la LMAD. Sin embargo, luego de la presentación oficial, la principales fuerzas opositoras departamentales no han asistido a la convocatoria del MdA que viene realizando la socialización del proyecto.

Si bien este insumo de asistencia técnica al MdA se dirige a trabajar con los problemas pendientes en el pLMAD, antes de ello quiero destacar algunos elementos de avance aunque se trate sólo de una selección de aquello que no parece ser objetable o incluso parece ser un progreso, tanto en relación al pasado, como en contraste con lo que mandan las nuevas disposiciones constitucionales dirigidas a normas lo territorial.

La síntesis de los avances en el pLMAD *en lo que corresponde al tramo de análisis de este insumo*, es la siguiente:

1.1. Conciliación pre-jurisdiccional

Se opta por precisar vías pre jurisdiccionales de conciliación sobre conflictos competencial (Art. 116 del pLMAD) sobre la base del trabajo de un „Servicio Estatal de Autonomías y Descentralización“ (SEAD) creado en el Art. 112 del pLMAD. Esto concuerda con el diseño constitucional sudafricano actual que insta a soluciones entre las partes antes de irse por la vía judicial¹. El pLDAM combina bien este mensaje con la ratificación obvia del tribunal constitucional como instancia final para resolver litigios competenciales (Art. 117).

1.2. Asignación exclusiva y paralela en lo administrativo

Cuando una técnica de asignación competencial separa al legislador nacional de la administración, no hay mayor problema si la administración puede realizarse, en bloque, dentro del ámbito subnacional. Pero ¿qué sucede si por razones de escala, a pesar de la separación entre nivel nacional legislador y administración, algunas operaciones deben hacerse también a nivel nacional? Este es un punto delicado inherente al nuevo sistema de asignación competencial. El pLMAD se mueve aquí con éxito técnico pues, en el caso de lo que la NCB llama la asignación „concurrente“ (Art. 297/III de la NCB), no descarta que el nivel nacional sea uno de los que asuma „reglamentación“ y „ejecución“ (Art. 75/II del pLMAD)².

¹ Art. 42/3 y 4 de la Constitución sudafricana donde incluso se posibilita al juez a desistir de dirimir si viera que los esfuerzos de conciliación previos no fueron tales.

² He denominado en otro lugar esta llave exclusiva „paralela“. Cf. *Hacia un pacto territorial* (2009): 82.

1.3. No presunción de „mejor“ receptor subnacional y desagregación funcional y material de competencias

Es un signo de policentrismo territorial notable que, a diferencia de una cláusula de presunción competencial en favor del nivel intermedio (caso clásico del Art. 30 de la Constitución alemana³), la NCB deja abierta, en la misma constitución, la cuestión de cuál nivel territorial será, dentro del ámbito subnacional, el que se beneficie de la administración (caso de la „conurrencia“) o de la legislación básica (caso de „compartición“). En la NCB se agrupa a los potenciales receptores subnacionales bajo el denominativo de „entidades territoriales autónomas“ (Art. 299/I y II). Conforme a ello, el pLMAD estipula en los Art. 76/II y Art. 77/II que será la ley nacional la que definirá qué nivel asumirá las funciones competenciales en juego pero además anuncia el deslinde material competencial dentro de cada ítem competencial. En consecuencia, el pLMAD clarifica la necesidad de una precisión tanto funcional como material de desagregación competencial para las llaves de concurrencia y compartición.

1.4. Deslinde de áreas de alcance competencial para zonas equívocas de asignación competencial

En este contexto cabe destacar como un elemento a rescatar a futuro el concepto de „áreas de alcance“ competencial para zonas de interpretación conflictiva. El pLMAD llega al punto de dedicarle pertinentemente un artículo específico a la definición de „áreas de alcance competencial“ como la herramienta necesaria para competencias con riesgos de asignación equívoca (Art. 92/I).

1.5. Preceptividad de la desconexión del legislador sobre su administración

El pLMAD ratifica que, en la figura concurrente, no es opcional el que el nivel nacional ceda al ámbito subnacional la administración de su legislación nacional. Se trata de un mandato obligatorio. En esa medida es análoga a la disposición del Art. 83/84 de la Constitución alemana⁴. La confirmación del pLMAD sobre este punto se produce en el Art. 76/III que abre la posibilidad de que, desde el ámbito subnacional, se querelle en la búsqueda de una cesión competencial dentro de esta llave obligando, a que la ALPN, emita una ley al respecto. El mismo principio se aplica, además, a la llave de asignación compartida. Estas previsiones apuntan a evitar que el titular, en este caso el nivel nacional, retarde la asunción competencial constitucionalmente conferida al ámbito subnacional por no legislar su parte.

1.6. Estipulación clara de plazos para evitar pasividad del legislador nacional en asignación concurrencial y compartida

Se debe destacar también que, en este contexto, el pLMAD estipule plazos precisos a la ALP para que se de cumplimiento a las cesiones competenciales al ámbito subnacional tanto en la figura concurrencial (Art. 76/III) como en la compartida (Art. 77/III)⁵. El plazo consignado en el pLMAD es de 180 días.

³ Dice el Art. 30 de la constitución alemana: „El ejercicio de las potestades estatales y el cumplimiento de las tareas estatales *es asunto del nivel intermedio* en la medida en que esta Constitución lo disponga o admita otra regla“ (traducción propia, cursiva mía)

⁴ Dice el Art. 83 de la Constitución alemana: „Los departamentos ejecutan las leyes federales como asuntos propios mientras la Constitución no disponga lo contrario o lo permita“ (he traducido „Land“ por departamento para adaptarlo al léxico boliviano).

⁵ Sugerí en el insumo N°1/09 de asistencia técnica para el MdA elaborado con motivo de la visita de la misión oficial boliviana a Alemania a inicios de 2009, la consideración de plazos en este contexto. Ver más en *El Art. 297/IV de la NCPE y las lecciones de la última reforma competencial alemana referidas a la dupla ley básica /ley de desarrollo*.

1.7. Alargue de esquema de llave de separación de legislador de administración entre departamento y unidades subdepartamentales

El Art. 81 del pLMAD reafirma la posibilidad de que el departamento, como titular de competencias exclusivas, puede a su vez decidir traspasar funciones competenciales entre sí y las unidades territoriales subdepartamentales⁶. La idea es aquí correcta aunque confusamente, el pLMAD hable de convertir lo „exclusivo“ en „concurrente“. En realidad se mantiene como exclusivo pues, de lo contrario, el traspaso de las funciones competenciales tendría que ser -condición de lo concurrente- preceptivo.

II. PROBLEMAS Y VÍAS ALTERNATIVAS

Los elementos de progreso perceptibles en la lista precedente son sólo algunos datos destacables del asentamiento de las nuevas categorías implícitas en la NCB. Sin embargo, existen otros artículos del pLMAD que no tienen la misma suerte. A continuación pasaré revista a los que me parecen más relevantes proponiendo en cada caso una reflexión de solución alternativa.

2.1. ¿Cuál es el alcance de lo „básico“ dentro del concepto de „legislación básica“?

El pLMAD omite entrar en sentar algunos criterios sobre lo que debería entenderse por lo „básico“ dentro del esquema que la NCB llama „compartido“, vale decir, dentro de la articulación entre „legislación básica“ y „legislación de desarrollo“. El tema es tan complejo que sigue siendo motivo de polémica en España⁷. En este debate hay una opinión que parece apoyable, a saber, de que sea el legislador del nivel nacional el que determine en el momento específico, el alcance de lo básico y, en consecuencia, arremangue o no el alcance de la legislación de desarrollo subnacional sin perjuicio de otorgarse un papel al control de constitucionalidad (Tajadura 2005: 64). Mal podría, por tanto, la LDAM rigidizar este asunto pues lo que deba entenderse por „lo básico“ puede oscilar según sectores de intervención estatal. Sin embargo, no parece ocioso que en la LMAD se indicara como parámetro mínimo lo que el TC español tuvo que aclarar en su momento⁸, a saber, que nunca la legislación básica debería poder avanzar al extremo de vaciar el margen de legislación subnacional. El pLMAD podría introducir, por ejemplo, el criterio de que una ley básica no debería traspasar definiciones sobre „estándares mínimos“ por materia que, como tales, pueden ser ya considerados definiciones de política pero sin dejar lo estrictamente genérico⁹.

2.2. Necesidad de diferenciar más y mejor „transferir“ de „delegar“

La sección 4 del pLMAD está dedicada al tema de „Transferencia y delegación“. En ella se tratan ambos procedimientos de forma diferenciada lo cual es pertinente. Sin embargo, quedan asuntos que no están claros. Por ejemplo no se debería impedir que delegaciones se puedan realizar dentro del ámbito subnacional. Pero así se dejar interpretar el Art. 86 del pLMAD que determina que la delegación se realizará „únicamente“ en dos casos: una en favor de prefecturas, la otra cuando el nivel nacional reemplace al titular original. De hecho la NCB es explícita en señalar delegaciones Departamento/municipio (297/II); y el mismo proyecto de LMAD, en su Art. 90 lo ratifica.

⁶ Ver análisis de esta situación en pie N°2, p. 83/84.

⁷ Ver *supra* pie 5 para un análisis de esta llave para el caso alemán ver en el citado Insumo N°1/09 de asistencia técnica al MdA.

⁸ Sentencia 32/1983 de 28 de abril.

⁹ Ver más desde la perspectiva autonómica española, Viver (2005) „La reforma de los Estatutos de Autonomía“, en *La reforma de los Estatutos de autonomía*, CEPC, p. 20; crítico Tajadura, „La reforma del Estatuto de Cataluña y límites“ (2005) en *La reforma de los Estatutos de autonomía*, CEPC p. 64.

Por otro lado, en cuanto hace al contenido mismo de transferencia o delegación, el pLMAD debería profundizar el diferente grado de reversibilidad que distingue a la delegación de la transferencia y, en esa misma lógica, considerar la opción de restringir la delegación a la función competencial de la ejecución. El Art. 85/II del pLMAD, por ejemplo, explícitamente vincula la transferencia a las funciones competenciales de reglamentar y ejecutar. Sin embargo aquí daría la impresión que no pudiera haber transferencia fuera del caso de un titular de exclusividad. En realidad, un receptor de legislación de desarrollo podría también eventualmente transferir hacia abajo. Cualquiera fuera el ajuste que se acordara, el punto es que el pLMAD debería introducir contenidos sistemáticos que diferencien delegación frente a transferencia y lo mejor fuera que lo hiciera en el marco de una clarificación del régimen de desconcentración del Estado. En este caso, las categorías de „transferencia“ y „delegación“ bien podrían conectarse a la modalidad de aplicación de los controles de legalidad y oportunidad. Podría en este sentido determinarse que existe impedimento del control de oportunidad para el caso de „transferencia“.

2.3. Extralimitación de la idea de certificación competencial

El proceso de certificación de capacidad institucional basado en indicadores que el pLMAD detalla en el Art. 88, desborda el principio de garantías competenciales derivados de una asignación constitucional primaria. Por primaria entiendo aquella asignación que está cerrada en el mismo texto constitucional sin opción de adulteración por el legislador ordinario y debe activarse sin trámite que no sea uno estrictamente logístico. La NCB determina asignaciones primarias, por ejemplo, en dominios exclusivos respectivos. Si uno sigue al pie de la letra la propuesta de la NCB, no es posible que lo que ha sido constitucionalmente conferido sin condiciones, se tranque por, o supedite a, un sistema de dosificación competencial centralizado. Ni siquiera estoy seguro de pueda controlarse la cesión de aquellas transferencias o delegaciones instruidas por la misma constitución por la vía de la llave que la NCB llama „concurrente“. En este último caso parece también que la desconexión constitucionalmente instruida del legislador frente a su administración se produzca automáticamente. En consecuencia, podría deducirse que, bajo las condiciones establecidas por la NCB, una certificación de este tipo sólo cabe considerarse para transferencias y delegaciones nacidas de cesiones del acervo exclusivo o del acervo de legislación de desarrollo que es cuando la desconexión es voluntaria. En esas condiciones el término „nuevas competencias“ que aparece en el Art. 88/I del pLMAD podría tener sentido como aquello que viene del incremento por encima de las asignaciones de partida o primarias definidas en la misma Constitución.

¿Significa esto que sea imposible modular cesiones competenciales primarias? Por supuesto que no pero no se trataría de ceder competencias en función de que el receptor reciba alguna certificación sobre sus capacidades institucionales. Se trataría simplemente de confeccionar un plan gradual de corto plazo para una transición armónica entre emisor y receptor en lo que podría llamarse una dimensión logística. No estaría en discusión si se ejercerá o no la asignación primaria, sino simplemente se trata de establecer un cronograma operativo de activación competencial que es, por definición, *inexorable*. El cronograma se descolgaría, por lo tanto, de tomar en cuenta imponderables técnico-operativos como la baja de activos, relocalización de personal, apertura de cuentas fiscales, liberación de pasivos, etc.

2.4. Inadecuación de los „criterios“ de medición de capacidad institucional para la certificación

Supongamos que se hubiera ajustado el alcance de la certificación en el sentido recién propuesto y, como creo que sería lo mejor, ella se hubiera restringido a procesos de

transferencia o delegación por encima de las asignaciones competenciales primarias. Pues resulta que tropezamos con un nuevo paquete de problemas derivado ahora de la técnica de criterios para obtener indicadores de capacidad institucional empleados por el pLMAD. De los „criterios“ estipulados en el Art. 88, en realidad, sólo el inciso g) tiene que ver con „capacidad institucional“. Lo que sucede es que en el pLMAD se ha confundido parámetros de conformación de entidad territorial (creación de un nuevo municipio o de nuevo un departamento, etc.) con aquellos empleados para medir capacidades del aparato administrativo concreto dentro del ente territorial. Si se prefiere, sería como confundir prefectura con departamento, o municipalidad con municipio. Si se trata de certificar las capacidades de orden institucional administrativo, deben tomarse en cuenta parámetros como capacidad financiera de la entidad, capacidad de planificación, la estabilidad funcionarial, la dotación de equipamiento, etc. pero no las variables socioeconómicas del espacio territorial sobre el cual ejerce autoridad el respectivo ente burocrático y político subnacional. Estos parámetros no deben eliminarse de la LMAD sólo que deben tratarse en otro acápite más referido a fusiones o creaciones de unidades político-administrativas.

2.5. La confusión sobre el principio de „gradualidad“

Cuando el pLMAD introduce los indicadores de capacidad bajo la sección cuatro “Transferencia y delegación” (Art. 85 ss), daría la impresión que la certificación se aplica a cesiones secundarias, vale decir, de unas que no están cerradas por la NCB que sería lo apropiado. Sin embargo, esta impresión es lamentablemente errónea pues el pLMAD en una sección previa llamada „Gradualidad“ (Art. 78 ss), pone claro que la tal medición afectará también a las asignaciones primarias, que es el error que ya apuntamos en el párrafo precedente. Para comenzar el Art. 78/I del pLMAD habla de que las competencias asignadas por la NCB podrán ser asumidas „total o parcialmente“. ¿Cuál es el sentido de asunción „total“ o „parcial“? ¿Se trata de una calificación material? (se asumen algunos componentes de contenido material („escuelas primarias“) mientras que otros no („guarderías“)? O se trata de calificación funcional (por el momento se cede sólo reglamentación pero no la ejecución?). Como he señalado en relación al sentido de gradualidad de tipo técnico-operativo que debería prevalecer para el caso de las cesiones derivadas de las asignaciones primarias, una cosa es que se diga que las materias exclusivas de cada nivel deban ser asumidas sin perjuicio de ajustes temporales predefinidos de acomodación, que me parece, debería ser el tenor; otro tema es la gradualidad como sistema general de control de asunción competencial en el Estado sin considerar si la competencia ha sido ya garantizada por la Constitución. Este segunda vía no me parece estar respaldada por la NCB. A diferencia de la palabra „podrán“ del catálogo indígena, la NCB no habla de „podrán“ para los casos departamental y municipal. Por tanto, el pLDAM parece aquí introducir un esquema de acceso voluntario certificable y dependiente tanto de decisiones políticas como de limitaciones gerenciales en los receptores territoriales, propia de la lógica de Estados unitarios y de recomendaciones de lo 90 de organismos multilaterales de cooperación que ejercieron presión para aplicar „mecanismos de mercado“ en la descentralización. O se trataría de una analogía con el modelo español de menú activable gradualmente desde Estatuto estatal correspondiente. Esto tampoco puede aplicarse pues no hay en la NCB un esquema de doble velocidad de acceso (por un lado las „regiones históricas“, por otro, las que podían esperar más tiempo para asumir toda la carga competencial potencialmente asumible). Desde el momento en que el pLMAD dice „podrá“, los catálogos exclusivos aparecen como posibilidades, no como obligaciones. Si la asunción fuera solo parcial ¿quién asume el resto? Materias dadas constitucionalmente al ámbito subnacional como exclusivas acabarían engordando el acervo competencial nacional por fuera de la matriz constitucional, sea mediante un despedazamiento de componentes materiales, sea por interrupciones funcionales de ejercicio competencial.

En el Art. 78/IV el pLMAD tiene la virtud de precisar lo que se entenderá por „gradualidad“. No obstante, el problema no es que se defina que „la gradualidad dependerá de la capacidad institucional, los costos y los recursos económicos“, sino que se pretenda aplicar este principio sin discriminar cesiones competenciales primarias de lo que son cesiones secundarias. Nada impediría pues que, por mandato de la LMAD -a mi juicio sin mayor respaldo de la NCB- quien certifique retenga asunciones por varios meses o años. Incluso sin necesidad de suponer intereses políticos -que difícilmente pueden obviarse- la simple aplicación técnica de procesos de certificación competencial podría justificar largos años de configuración competencial so pretexto de carencia de capacidad y amparados en el efecto psicológico siempre atractivo que genera la idea de „gradualidad“. Una lección histórica de la LPP fue que se operó de manera inversa y si bien nunca han faltado las críticas acertadas a los déficit de capacidad, se compensó eso con la consolidación institucional del poder local en Bolivia en términos sociales, políticos y de provisión mínima estatal.

2.6. Precisiones sobre los solapamientos competenciales reales o potenciales heredados de la NCB

2.6.1. Antecedentes

Los catálogos materiales de la NCB surgieron de un arduo proceso de consensos políticos, confrontación de alta intensidad y creciente orfandad técnica para lidiar con los problemas emergentes de un nuevo „software“ competencial. El sistema de asignación competencial adoptado es inédito y, en tal medida, sobreexige las capacidades de comprensión y conocimiento de los mismos expertos. Especialmente las llaves de asignación y la consistencia de armar catálogos materiales precisos, generaron permanentes dolores de cabeza a los redactores del texto constitucional aprobado. El pLMAD intenta un primer ejercicio de aclaración de estos problemas, no sin éxitos, como he apuntado en el capítulo precedente. Sin embargo, la herencia pesada que la NCB le deja al legislador nacional debido a que no pudo liberarse plenamente de varias confusiones, inconsistencias o contradicciones respecto al sistema de asignación competencial explica, en parte, lo que me parecen son déficits del pLMAD en su esfuerzo por ajustar en términos de rigor formal y claridad sistemática competencial los desperfectos que legó la NCB. No se puede tampoco negar que cualquier proceso político vinculado a ordenamiento territorial suele venir unido a la tendencia de que el detentador nacional del poder, desarrolle una natural inclinación por ceder la menor cantidad de poder y aproveche, una norma como una LMAD, para este cometido. En este marco, sin dejar de reconocer los avances, despliego seguidamente una lista de consideraciones sobre aspectos de clarificación competencial material y funcional del pLMAD que me parecen riesgosos.

Antes de hacerlo, quiero precisar un aspecto de procedimiento analítico. La futura LMAD debe hacer un ejercicio interpretación de la NCB a fin de hacer un control de daños en los casos donde ésta haya sido defectuosa en su asignación competencial. El problema que en este ejercicio de interpretación se confronta, es que la NCB parece darle razón a dos enfoques diametralmente opuestos: a veces le da una competencia „exclusiva“ al ámbito subnacional sobre algo que ya lo ha entregado, simultáneamente, al nivel nacional como „exclusiva“. ¿A cuál decisión debe darse prioridad? Para sustentar, siquiera mínimamente, mis reflexiones de ajuste en este caso, la alternativa que formule surgirá de sopesar cuatro criterios:

- de sistemática (¿qué dice la arquitectura general de la NCB y su consistencia formal?

- de gestión pública (¿qué dice la experiencia de gestión pública sobre un sector en especial?)
- de contexto histórico (¿qué se adujo en las negociaciones constituyentes?)
- desde lo teleológico (¿qué criterio finalista persigue la NCB?)

2.6.2. La idea de „áreas de alcance“

El pLMAD es consciente de que tiene una tarea compleja y lo expresa, a su modo, cuando en el Art. 76/II anuncia, en relación a la llave de asignación „concurrente“, que el legislador nacional deberá definir un „área del alcance de la competencia de cada...nivel“. En el Art. 92 el pLMAD define el contenido de las „áreas“ en lo que viene a ser un acápite que valdrá la pena rescatar del pLMAD. Según este Art. 92/I áreas de alcance son requeridas en zonas competenciales donde la imputación ha quedado como equívoca en la NCB. El Art. 92/II anuncia que el legislador nacional especificará „las responsabilidades de los distintos niveles territoriales en...competencias concurrentes y compartidas rigiéndose a la asignación de competencias señalada en los Art. 298 a 304“ de la NCB. Mi impresión es que en varias clarificaciones no se respeta justamente el esquema constitucional, en especial, por restringir invasivamente el espectro de asignación exclusiva subnacional.

2.6.3. Clarificaciones en suelos, recursos forestales y bosques

Comencemos con el Art. 93/I que, en relación al ítem de suelos, recursos forestales y bosques, dispone que el nivel nacional no podrá reglamentar ni ejecutar en lo que hace a la „conservación“ lo cual concuerda con la declaración de concurrencia del Art. 299/II/4, mientras que, siguiendo el art. 298/II/7, habrá efectivamente que suponer que ceder funciones competenciales fuera de la „conservación“, es una decisión voluntaria del nivel nacional. Aquí el pLMAD intenta resolver lo que la NCB dejó confuso pues ésta se contradijo al dejar política forestal y de suelo como asunto exclusivo nacional y declarar luego que la „conservación“, justo en estos ámbitos, se someta a la llave de concurrencia que anula la voluntariedad de cesión de funciones competenciales inherente a lo exclusivo. La solución del Art. 93/I no me convence del todo. Puede ser útil considerar otra salida que pase, más que por inventar un alcance extraño al concepto de „conservación“, por simplemente *escalar* el Art. 298/II/7, es decir, por imputar asuntos de suelo o forestaría de *escala* nacional (en su defecto, extender esto a lo transfronterizo internacional), mientras que el 299/II/4 debería entenderse como aplicable a aquello que sin tener escala nacional queda sin embargo como legislación nacional bajo cesión preceptiva de la administración al ámbito subnacional.

2.6.4. Clarificaciones en sanidad e inocuidad agropecuaria

Similar problema se enfrenta en el Art. 93/II del pLAMAD cuando ataca otro evidente error del constituyente al haber dado tanto al nivel nacional como a los departamentos exclusividad en la materia de sanidad e inocuidad agropecuaria. La solución que ofrece la LMAD es que se deje la legislación de los „servicios“ en los departamentos, y la legislación sobre la materia como tal en el nivel nacional. Esta tampoco me parece una solución ideal. No se ha entendido el verdadero alcance del término „exclusividad“ que, con tanta precisión y costo, ha introducido la NCB. No se trata de decir “exclusivo” („prestación de servicios...es...*exclusiva* de los departamentos“) si la política la define mediante ley el nivel nacional: se habría eliminado la exclusividad que depende de poder legislar aunque no se hiciera nada más. Por tanto, de nada sirve darle *toda* la „prestación de servicios“ como „*exclusiva*“ a los departamentos si no se les garantiza que sólo ellos legislan en la materia. Estaríamos tarde o temprano ante una suerte

de asignación concurrente de facto donde el nivel nacional define la política y el departamento sólo ejecuta cuando, en el catalogo del Art. 300 de exclusividad departamental, se le da dado la exclusividad al departamento, si bien es cierto, usando el término de „servicios“. Como el caso anterior, no veo como óptimo el intento de darle un sentido al término „servicios“ (como no se hizo arriba con el término „conservación“). Una alternativa es que la LMAD especifique que la legislación a la que se refiere el Art. 298/II/21 será nacional sólo para temas transfronterizos internacionales o nacionales, protegiendo así el ámbito competencial departamental exclusivo.

2.6.5. Clarificaciones en el ítem electoral

Definitivamente inapropiada es la forma en la que el constituyente asignó la materia electoral que el pLMAD pretende ajustar en su Art. 94/II. La NCB repite la asignación de este asunto en demasiados catálogos, muchos contradictorios entre ellos. La solución que propone el pLMAD abstrae de todas estas contradicciones con lo cual no resuelve el tema de fondo. Propone una solución como si sólo existiera el Art. 299/I de la NCB (que declara compartida la cuestión electoral) y los Art. 300/3 o el Art. 302/3 (competencia departamental/municipal para referéndum). Hasta ahí el pLMAD tiene razón al plantear que „ley del régimen electoral sancionada por la APL definirá el área de alcance de la competencia electoral de cada uno de los niveles territoriales“. Esta ley correspondería a la ley básica dejando la legislación de desarrollo al ámbito subnacional. Pero en este mismo Art. 94/II comienzan los problemas pues se complementa que dicha ley del régimen electoral se hará „incluyendo las competencias exclusivas de los departamentos, municipios y AIOC“. ¿Qué sentido tendría hablar de lo exclusivo departamental si, salvo la precisión de las consultas o referéndums subnacionales de los Art. 300/3 o el Art. 302/3, la materia electoral acabaría siendo compartida? No quedaría pues nada exclusivo en esta materia para departamentos o municipios, salvo el mencionado tema de las consultas.

Los líos no terminan ahí pues la premura e inexperiencia hicieron que el constituyente pusiera la materia en dos llaves adicionales entre ellas contradictorias por mucho que involucren sólo al dominio competencial exclusivo del nivel nacional. Se trata del Art. 298/I/21 de la NCB que declara el tema electoral como asunto „privativo“ del nivel nacional y del Art. 298/II/1 de la NCB que lo declara como materia „exclusiva“ del nivel nacional. Es contradictorio pues si lo electoral queda como privativo no puede ser a la vez exclusivo. Una salida -que, como siempre en este ejercicio reflexivo de ajuste, no deja de ser una contorsión- sería que la LMAD sólo precisara que lo „privativo“ es para el régimen de elección de autoridades nacionales y acomodar la reaparición del tema en el Art. 298/II/1 para lidiar con el caso de aquellas autoridades nacionales que no son del ejecutivo (jueces por ejemplo) y en la previsión -muy hipotética- de aquellas autoridades subnacionales que dependieran en línea del nivel nacional por mucho de que algún día se decidiera elegir las. Las otras autoridades políticas regulares serían entonces aquellas regidas por el 299/I. Esta sería una forma admisible aunque no por ello algo forzada de reparar y disimular en algo la inconsistente redacción de la NCB en este punto.

2.6.6. Clarificaciones en el ítem de expropiación

En el Art. 94/III la LMAD sugiere que se deduzca de la competencia nacional sobre suelos una potestad en favor del nivel nacional que acaba anulando la asignación exclusiva sobre expropiación otorgada por la NCB tanto a departamentos (Art. 300/I/25) como a municipios (Art. 302/I/22). Este no es sólo un error por ir contra la visión de la NCB, sino que se produce

nada menos donde la ella no ha dejado mayor margen de confusión. En realidad aquí no habría que tocar nada pues se podría deducir que el Art. 298/II/26 hace a las expropiaciones de muebles de *escala* nacional aunque añadir en la LMAD esta escala sería un paso de ajuste redaccional bienvenido.

2.6.7. Clarificaciones en el ítem de catastro

Por su lado, el Art. 94/VI del pLMAD extiende competencia nacional, contra la explicitud del art. 298/II/22 de restringir la competencia exclusiva nacional al catastro rural, al catastro aplicable a la parte urbana que según el Art. 302/1/10 de la NCP es asunto municipal. Aquí en forma análoga al anterior caso, el pLMAD introduce un arreglo que está bien resuelto por la NCB. No puede ser que justo donde la NCB es consistente venga la LMAD y lo altere.

2.6.8. Clarificaciones en el ítem financiero

El Art. 95/I aborda otro descuido de asignación que se produjo en la NCB al declarar en el Art. 299/I/7 los ítems impositivos como asunto compartido, cuando en los Art. 300/I/22-23 y 302/I/19-20, de forma coherente, se dejaba como exclusivo este tema a la legislación departamental y municipal, respectivamente. La posibilidad de reparación vía LDAM no puede consistir en ratificar el error buscando una ley básica, como propone el Art. 95/I del pLMAD, para un asunto que es exclusivo de departamentos y municipios. La suposición de que la formulación de la NCB en los artículos 300 y 302 debe prevalecer sobre la del Art. 299/I/7 se deduce por sentido común pues una autonomía no es tal si no tiene acceso exclusivo a sus dominios tributarios. Además por el contexto del debate constituyente, se puede inferir que el Art. 299/I/7 refleja la visión original de la mayoría oficialista antes del proceso negociador tanto de fines de 2007 como de fines de 2008. Finalmente, salvo materias competenciales de estricta naturaleza majestuosa, puede partirse de que la interpretación debe inclinarse a fortalecer la autonomía dado el amplio margen de competencias otorgado de por sí en la NCB al nivel nacional. Es ciertamente difícil hablar de que el mandato claro de la NCB sea lo estipulado en los Art. 300/302 pues tan mandato es lo que, contradictoriamente, postula el Art. 299/I/7. Debido a ello es que debemos armar una técnica de interpretación lógica e histórica para encontrar la salida más plausible. Para salvar de algún modo el 299/I/7 lo que el pLMAD podría hacer es precisar que, cuando este artículo habla de „gobiernos autónomos“, se implica Autonomías Indígenas Originario Campesinas (AIOC) y regiones pues lo que concierne a departamentos y municipios ya estaría entregado en exclusividad a ellos por los Arts. 300/I/22-23 y 302/I/19-20.

En cuanto a la materia Fondos fiduciarios y fondos de inversión el Art. 95/II pretende convertir una materia exclusiva subnacional en compartida lo cual va contra la sistemática de asignación constitucional. A diferencia del anterior caso aquí sí es posible decir que la solución ofrecida por el Art. 95/II va contra un mandato de la NCB prácticamente cristalino.

2.6.9. Clarificaciones en el ítem de desarrollo productivo

En el Art. 96/II se toca el tema del desarrollo productivo. El pLMAD intenta resolver la contradicción heredada de la NCB que solapa en dos llaves contradictorias este ítem. En el Art. 298/II 35 declara como asunto exclusivo del nivel nacional „políticas generales de desarrollo productivo“, mientras que en el Art. 300/I/31 declara como exclusivo para los departamentos el tema de la promoción y servicios para el desarrollo productivo. A diferencia del pLMAD, se

podría resolver esto interpretando de que la idea de „políticas generales“ del Art. 298/II/35 se aplica a emprendimientos de escala nacional.

2.6.10. Clarificaciones en el ítem de turismo

El Art. 96/IV del pLMAD propone para el tema turismo una anulación del principio constitucional de exclusividad pues la NCB ya ha escalado para departamentos y municipio la materia: se trata de turismo a escala departamental o de uno de escala local y es sobre esto que lo estos niveles subnacionales legislarían. No se puede introducir por la puerta trasera de pronto un figura de asignación compartida como parece hacerlo el Art. 96/IV. Lo que la LMAD le quedaría por hacer es más bien escalar el Art. 298/II/37 aclarando que se trata de turismo nacional.

2.6.11. Clarificaciones en el ítem de hidrocarburos

El Art. 97/I del pLMAD vuelve a afectar el telos de la NCB pues somete la legislación exclusiva sobre *cómo* el poder departamental *participaría* en empresas vinculadas a hidrocarburos a una „regulación nacional“. Según la NCB sólo puede ser legislación departamento o municipal la que decida el cómo de la participación de un gobierno autónomo subnacional en una empresa del sector hidrocarburífero sin que ello melle el que el sector hidrocarburífero venga normado por el nivel nacional (Art. 298/I/18). Sólo se afectarían, desde lo subnacional, las modalidades de participación, por ejemplo accionarias o de otro tipo.

2.6.12. Clarificaciones en el ítem de energía renovable

El Art. 97/II del pLMAD pretende someter, sin necesidad visible, competencia subnacional ya escalada a política general nacional en asuntos energéticos, cuando la NCB la ha asignado exclusivamente a departamentos y municipios en los Arts. 300/I/16 y 302/I/12. Un síntoma de la artificialidad de esta alteración es que el pLMAD deduce, forzosamente, la posibilidad de invención de una asignación compartida en este campo desde la competencia nacional sobre suelos y recursos forestales e hídricos.

2.6.13. Clarificaciones en el ítem de transportes

Como hemos visto, el pLMAD a veces entra a normar asuntos que están meridianamente claros en el NCB. En consecuencia, se podría ahorrar cualquier cambio o ajuste. Esto sucede en gran parte de lo referido a transportes ya que la NCB tuvo el cuidado de escalar bien las materias. Eventualmente podría simplemente usarse el pLMAD para enfatizar o recalcar ciertos asuntos obvios a fin de eliminar absolutamente toda duda aunque el juez igualmente llegaría a esa conclusión por la claridad meridiana que, en algunos casos como este, tiene la NCB. El Art. 300/I/9 de la NCB habla del „Transporte interprovincial terrestre, fluvial, ferrocarriles y otros medios de transporte en el departamento“ como asunto exclusivo departamental. Si se trata de reforzar, la afirmación del pLMAD en su Art. 98/III de que una ley nacional definirá qué niveles territoriales quedan encargados de la administración de puertos, podría enriquecerse diciendo que esto vale sin afectar a los transportes interprovinciales que ya ha sido asignados por la NCB a los departamentos.

El pLDAM en el asunto de los transportes introduce, sin embargo, un elemento adicional orientador a futuro que puede ser catalogado como una forma de legislación nacional que excepcionalmente no iría contra la exclusividad pues no va a la materia como tal, sino que

además de ser puntual y excepcional, tiene un efecto estricto de deslinde técnico puro. Se trata de la propuesta del Art. 98/II que sugiere que una ley nacional defina „la clasificación de los aeropuertos...“. Al sacar esta ley, el nivel nacional no estaría legislando sobre los aeropuertos subnacionales, sino que simplemente develaría los parámetros para saber cuáles infraestructuras aeroportuarias son de qué escala. Por tanto, podría ser la LMAD la que justamente postule esos criterios o en su defecto, sea una norma nacional que, como anexo, postule dichos parámetros aunque en el fondo, sólo legisle para las infraestructuras de alcance nacional.

2.6.14. Clarificaciones en el ítem de biodiversidad y medio ambiente

Este es otro caso de solapamientos agravados heredados de la NCB. La propuesta al respecto indicada por el pLDAM en su Art. 99/II insinúa las soluciones al sugerir que se clarifique por ley nacional los aspectos „privativos“ y „exclusivos“ duplicados por la NCB. El pLDAM podría resolverlos del siguiente modo. El Art. 298/I/20 que establece una competencia privativa del nivel nacional para definir „política general de biodiversidad y medio ambiente“ debería escalarse hacia casos transfronterizos para reparar su duplicación con el Art. 298/II/6 que entrega al mismo nivel nacional esta materia bajo llave de asignación exclusiva, lo cual es contradictorio. Para seguir con la reparación debería escalarse el Art. 298/II/6 hacia lo nacional para que éste no choque, a su vez, con su duplicación en el Art. 299/II/1. En efecto, resulta que el Art. 299/II/1 lleva asuntos de medio ambiente a una asignación concurrente donde, por tanto, resulta que el nivel nacional estaría obligado a ceder la administración al ámbito subnacional, lo cual contradice con el 298/II y ni hablar del 298/I que acabamos de ver. Para reparar esto podría aclararse que el Art. 299/II/1 vale para la materia medio ambiental que no sea de escala nacional (que estaría cubierta por el 298/II/6) de efecto subnacional, *salvo* el caso municipal, donde se tiene una asignación primaria de exclusividad en favor del municipio según el Art. 302/I/5.

2.6.15. Clarificaciones en el ítem de riego

El Art. 299/II/10 („proyectos de riego“) entra en contradicción con el Art. 302/I/38 que deja al municipio la exclusividad sobre este asunto siempre y cuando se halle bajo escalamiento hacia lo local. El pLDAM no resuelve este lío al extender en su Art. 99/I la figura concurrencial al municipio. La solución podría ser el pLMAD aclare que el Art. 299/II/10 es para lo nacional y departamental.

2.6.16. Clarificaciones en el ítem de „áreas protegidas“

El Art. 298/II/19 de la NCB dispone pertinentemente que „Áreas protegidas bajo responsabilidad del nivel central del Estado“ son exclusivas del nivel nacional. El pLDAM parece no afectar la NCB en su Art. 302/I/11. Resulta que el pLMAD en el Art. 99/III no suspende el principio de que sólo el municipio legislará sobre las áreas municipales y no el nivel nacional que sólo legislaría sobre el clasificador de áreas. Esta situación sólo se justifica por el aspecto geo-superficial de clasificación. Algo similar sucede con la idea del proyecto de LMAD del Art. 98/II de clasificar nacionalmente a los aeropuertos.

2.7. Problemas vinculados a la estructura competencial de las Autonomía Indígenas Originario Campesinas (AIOC)

El Art. 82 del pLDAM anuncia el tema de la asunción posible de competencias municipales por AIOC. Sin embargo, en el Art. 82/I se entra a hablar de TIOC lo cual no es preciso pues TIOC es

sólo una modalidad de existencia de la AIOC. Un segundo tema es que habría que recordar que la NCB establece que la asunción de competencias municipales desde las AIOC se hará en el marco de la Constitución. La formulación del pLMAD deja abierta una interpretación que parece alentar el vaciamiento competencial municipal en el largo plazo a favor de las AIOC. Para evitar esa interpretación, el pLMAD podría añadir recaudos claros. Resulta que la NCB ha plantado un catálogo de competencias para los municipios y mal podría querer ella, al mismo tiempo, disolverlo todo desde una asunción -por muy gradual que ella fuera- de competencias municipales desde AIOC, como podría interpretarse del Art. 303/I de la NCB que dice que la AIOC „además de sus competencias asumirá las de los municipios de acuerdo con un proceso de desarrollo institucional y con las características culturales propias de conformidad a la Constitución y la LMAD“. El límite de la asunción competencial indígena en lo que hace a competencias municipales es la garantía constitucional de un ámbito competencial municipal *indisponible en sus fundamentos*. Ahora bien, si a pesar de ello la NCB habla de asunción desde las AIOC de competencias municipales habrá que suponer que sólo puede tratarse de un proceso limitado por no decir accesorio desde la perspectiva de la sustentación de las materias competenciales de la AIOC. La identidad competencial de la AIOC -salvo el caso obvio del municipio indígena- no puede depender, entonces, de las competencias municipales, entre otras cosas, porque se estaría suponiendo que el futuro de la AIOC dependería de acceder gradual pero inexorable y exhaustivamente, a un campo competencial que la misma Constitución reconoce a los municipios. Ahora bien, si la AIOC no puede hacer depender su identidad competencial de lo que lo podría quitar a los municipios, algún momento habrá que precisar cuál es el núcleo competencial de la AIOC. Antes de ello me concentraré al tema AIOC/competencias municipales. Mi interpretación es que no puede producirse tal conexión que no sea siguiendo las siguientes condiciones:

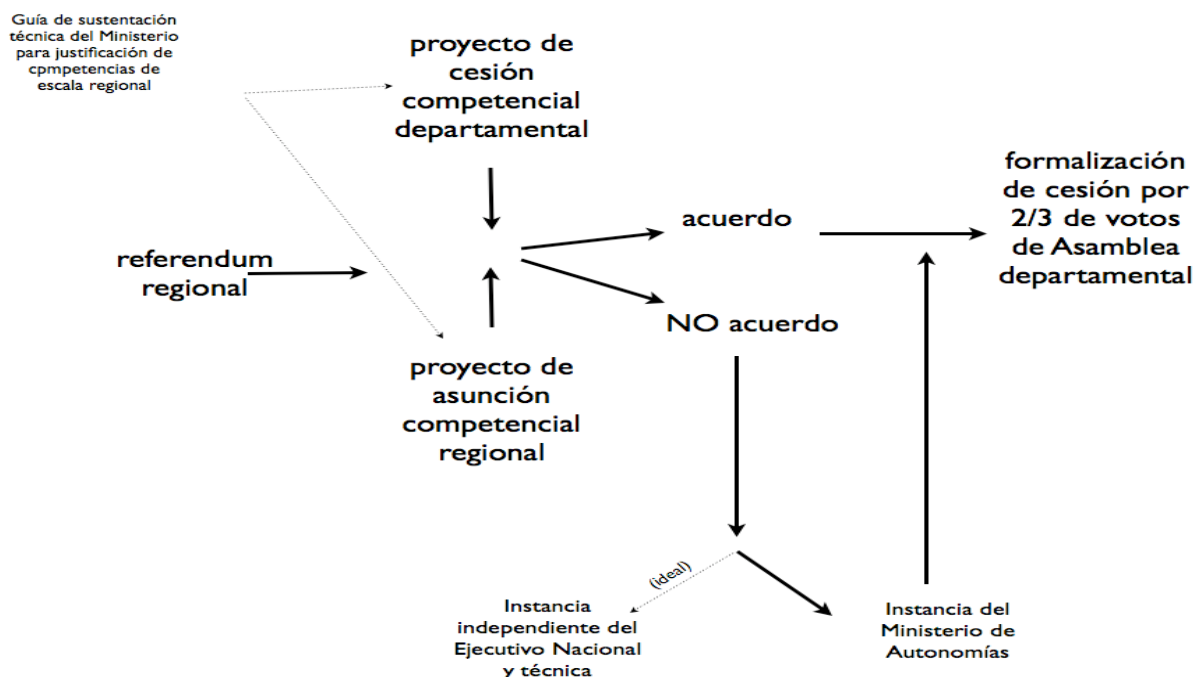
1. el municipio, de mutuo propio o a requerimiento no vinculante de AIOC, puede decidir delegar o transferir competencias a AIOC.
2. Si se trata de materias que no tienen relación directa con el tema indígena (con el núcleo genuino de competencias indígenas) cabe delegación reversible. Si se trata de materias con cierta relevancia potencial para lo indígena, puede la carta orgánica municipal determinar un traspaso más protegido en favor indígena mediante desconcentración estructural o „transferencia“, igualmente reversible pero por alteración de Carta Orgánica, o sea, mediante un camino más truncado.
3. En todas aquellas materias en las que no se haya producido cesión laguna, el municipio sigue ejerciéndolas dentro del espacio territorial indígena, salvo el caso de municipio indígena que copa todo el espacio

En consecuencia a este análisis, el Art. 82/I del pLMAD debe aclarar primero que el TIOC trata de una forma de AIOC. Por tanto, no se estaría abarcando el caso regional indígena. Segundo, se debe aclarar que los TIOC asumirán competencias municipales de acuerdo a capacidades que las certificaría el SEAD pero que la certificación es sólo condición necesaria y no suficiente pues se requiere el consentimiento del municipio respectivo. Más aún: iría contra la constitución que un municipio, por mucho que fuera con su consentimiento, se amputara de sus competencias. En ese caso, debe tramitarse la conversión de la AIOC en municipio indígena. Salvo las materias que hagan a la peculiaridad indígena, la asunción competencial sólo es posible mediante acuerdo formal con el municipio. Por tanto, no tiene sentido que los municipios „acaten“ la certificación del SEAD. De acatar, tendrían que ir contra la constitución o, más pragmáticamente expresado, amputarse su propio tejido competencial.

2.8. Problemas vinculados a la estructura competencial de las regiones

Cualquier configuración competencial que asuman las regiones con autonomía, no puede ir contra la Constitución. Según ella, las asignaciones exclusivas no sólo reservan la legislación en favor del titular (departamento en este caso), sino la administración (reglamentación y ejecución). En consecuencia, es potestad del gobierno departamental si quiere o no delegar o transferir funciones competenciales. Puede una región antojarse todas las materias del departamento que quisiera pero encontraría inmediatamente los límites de la misma NCB. Por mucho que se adujera que toda la legislación quedaría en el departamento, esto liquidaría el mandato constitucional de reservar en favor de las autonomías la administración de sus competencias exclusivas y de que si bien su cesión es posible, ella depende de la voluntad de los titulares. Por tanto, las regiones deben tener materias pero no al punto de ir contra la constitución. Además del argumento constitucional existe uno segundo más técnico. La región al volverse autónoma, a mi juicio, no transforma su esencia: el de ser un espacio de planificación y gestión (Art. 280/I de la NCB). Esta esencia se mantiene mientras que lo que cambiaría si lograra ser autónoma es que dejaría de ser dependiente en línea del departamento (se liberaría del control meramente jerárquico) y quedaría beneficiada del principio de „no subordinación“. Por tanto, cualquier antojo de competencia regional debe ceñirse a una justificación demostrable derivada del concepto espacial de aprovechamiento de economías supramunicipales. Más aún: la configuración competencial concreta regional final, debe responder al perfil mismo de la región: ¿se trata de un una región surgida por razones preponderantemente geo-económicas o culturales? De cómo se responda esta pregunta dependerá también el perfil competencial razonablemente exigible en favor de la región. Según la llave de exclusividad convenientemente definida en el Art. 297/I/2, lo único que el departamento podría ceder a las regiones es funciones competenciales, principio que, por cierto, correctamente respeta el Art. 83/II del pLMAD. A continuación propongo gráfico lo que podría ser un trayecto de encaramiento para la configuración competencial regional aprovechando algunas ideas del pLMAD como propone su Art. 116/I que, sugerentemente, le confiere al SEAD un papel claro de conciliador antes de que se opte por la vía jurisdiccional.

Gráfica 1. Trayecto alternativo de configuración de catálogo regional de competencias



Como se ve en la gráfica precedente, el Ministerio podría fungir como conciliador pero no puede apostarse a que el acuerdo se logre sobre la base de un instructivo ministerial pues éste no podría obligar a un órgano como una asamblea legislativa a que se ampute sus derechos competenciales constitucionalmente conferidos. Importante es anotar que, como sugiere la gráfica, la función del ministerio no comienza con el papel conciliatorio, sino con la formulación de una guía que oriente a región y ejecutivo departamental en la formulación de sus respectivos proyectos competenciales para la futura región. En una primera fase, sobre la base de esta Guía y de otras consideraciones técnicas y políticas, tanto ejecutivo departamental como región naciente podrían, por separado, armar sus proyectos de catálogo competencial regional. Asimismo no hay que perder de vista que nada impide, por lo demás, que el departamento, antes incluso de la formación de una autonomía regional, pueda por su lado explotar economías de escala mediante la conformación de regiones no autónomas. Esto también podría ser normado en una LMAD.

En este marco, la transferencia efectiva de competencias regionales que el Art. 83/V determina a realizarse en 60 días, sólo podría tener sentido luego de emitida la decisión de 2/3 de la Asamblea departamental y no desde el momento de solicitud de la región que, como vimos, sería sólo un primer paso de un proceso de varias fases. Por otro lado, si uno se ciñe a la NCB, no es posible sustentar, como sugiere el pLMAD en su Art. 83/VII, competencias regionales desde cesiones municipales. En parte porque ello duplicaría la figura mancomunitaria, también prevista en la NCB. El acervo competencial regional según la NCB proviene del acervo departamental. De no repararse esto resulta que se podría construir regiones con competencias que ya no dependerían de los departamentos lo cual sería ir contra uno de los acuerdos políticos logrados.

2.9. Problemas vinculados a la estructura competencial de las regiones indígenas

El Art. 84/I del pLMAD, por su lado, rompe abiertamente otro mandato constitucional al darle a la región -por razón de ser indígena- la legislación. Según la NCB la región no legisla. Usar el pretexto de lo indígena para romper la lógica de por sí compleja de la NCB no sólo entorpece la aplicación armónica de la nueva constitución, sino que gratuitamente le regala argumentos a los críticos que insisten en un sesgo indigenista desproporcionado. Debe recordarse adicionalmente que la norma constitucional señala que las competencias regionales nacen no de lo que los componentes ceden, sino del acervo competencial departamental. Por lo tanto aquí también el Art. 84/I se desvía del texto constitucional al inaugurar la plantilla competencial regional indígena con cesiones desde las unidades conformantes. Tampoco se respeta la NCB cuando se sustentan competencias regionales indígenas por la vía de delegaciones o transferencias desde el nivel nacional como propone el pLMAD en su Art. 84/III.

2.10. Problemas de diseño en relación a la activación competencial

En el Art. 110/I del capítulo „Ejercicio competencial“ del pLDAM se establece la „garantía estatal del ejercicio“ competencial. Sin embargo, falta aclarar que los dominios competenciales exclusivos deben ser, tarde o temprano, asumidos por sus titulares. La forma en la que está redactado el Art. 110/I no distingue la naturaleza de competencias exclusivas que son sensibles a la identidad autónoma y que, por tanto, no pueden ser tratadas sin ciertos recaudos. No se trata sólo de pensar la garantía de que el Estado hará algo mientras los titulares no lo hicieran, sino de que los que están por constitución llamados a hacerlo, tarde o temprano, lo hagan. La redacción de la impresión de que el nivel nacional acaba ocupando indefinidamente esos espacios. En este sentido, el SEAD en vez de sólo indicar si vale reasignar competencias cuando el titular las decidiera asumir (Art. 110/III), debe ser juzgado

por su capacidad de haber contribuido en lo que le toca a la creación de condiciones para que el titular entre en condiciones de asunción competencial.

2.11. Problemas referidos a la suspensión del ejercicio competencial

Más polémica es la idea del Art. 111 del pLMAD referido a „suspensión temporal del ejercicio competencial“. Una suspensión temporal por decreto -como aquí se propone- sólo es concebible en dominios competenciales ajenos a las entidades autónomas subnacionales, o sea, creados por delegación del titular nacional. Tengo incluso dudas de si tal suspensión podría afectar dominios competenciales no exclusivos pero „transferidos“ (sujetos por tanto a desconcentración estructural). Sí estoy persuadido que no puede haber decreto alguno capaz de suspender los dominios competenciales exclusivos. La suspensión no debería poder darse sin ley de votación agravada de la ALP por lo que su papel de autorización no puede activarse recién luego de salido el decreto como sugiere Art. 111/IV. Cualquier modelo de suspensión competencial que se diseñe y que afecte los dominios exclusivos subnacionales, deberá ser provisto de garantías incluyendo la clarificación del papel que debería jugar en este contexto el órgano de control de constitucionalidad. En cuanto al fondo, la suspensión debe dispararse según un listado claro de causales verificables y exigentes como el Art. 111/III lo propone. La adaptación que hiciera la Constitución sudafricana en su Art. 44 del inspirado 72 de la CP alemana puede ser un referente. Recordemos que el modelo sudafricano, a diferencia del alemán, extiende la opción de desplazamiento al catalogo exclusivo subnacional. Las causales esgrimibles son: amenaza a la seguridad nacional, puesta en peligro de la unidad económica, afectación de estándares nacionales o mínimos de servicios, o acción disruptiva de entidad subnacional contra el país u otras entidades territoriales. Son pues causales puntuales y pesadas. Si bien el pLMAD acierta en colocar las causales en el Art. 111/III, se extralimita al incluir la corrupción pues ésta debería tener otro canal de solución. En realidad, parece en este caso tratarse más que de un problema de ejercicio competencial, de ejercicio personal de las autoridades de sus funciones de gobierno.

2.12. Problemas de diseño del Servicio estatal de Autonomías y Descentralización (SEAD)

El capítulo 4 del pLMAD se dedica al Servicio Estatal de Autonomías y Descentralización (SEAD). Desde el punto de vista de su perfil técnico y vinculado al Consejo Nacional de autonomía, el SEAD puede convertirse en un instrumento útil. Ello depende del respeto genuino que se le pueda dar a la dimensión técnica (tomando en cuenta que dependerá en línea del ministerio cabeza de sector); de las atribuciones que se le confiere (que no deberían ir contra la NCB) y de la composición y poderes reales que tengan el Consejo nacional de autonomías (sobre lo que el pLMAD no dice mucho pero influye sobre el SEAD).

En todo caso, el SEAD no puede convertirse en una instancia que altere la asignación constitucional primaria lo cual sí sucede según el tenor del Art. 112 del pLDAM cuando habla de “reasignación...de competencias” como un fenómeno diferente de la transferencia y de la delegación (ver también el tenor del Art. 114/3). En el caso de los dominios exclusivos subnacionales, a lo mucho, lo que el SEAD pudiera hacer es acompañar de dictámenes técnicos *no vinculantes* los procesos de delegación y transferencia. Sí podría el nivel nacional sujetarse a las certificaciones si así lo decidiera pero sólo para lo que concierne a sus ámbitos exclusivos. Tampoco puede el SEAD definir fuentes de financiamiento para competencias constitucionalmente adjudicadas (Art. 114/6). En el caso de transferencias fiscales condicionadas, si el delegante es el nivel nacional, éste entrega la materia con los recursos no requiriéndose indicación adicional al respecto del SEAD.

III. CONTRASTE COMPARADO CON EL CASO ECUATORIANO

En el Ecuador se encuentra en trámite un instrumento normativo comparable a la LMAD. Su promulgación también surge de la reforma constitucional total. Me limitaré aquí sólo a elementos referidos a lo competencial. El primer recaudo metodológico que hay que tener es precisar la naturaleza del modelo territorial ecuatoriano para proyectar hasta dónde es posible estirar la comparación o bajo qué condiciones es posible aprender de esta experiencia. Pues bien, comenzaré afirmando que, a diferencia del caso boliviano, el proyecto de Código Orgánico de organización territorial, autonomía y descentralización (COOTAD) en trámite en el Ecuador, parte de que la descentralización afecta la función „ejecutiva del Estado“ (Art. 102). Esta es la raíz que impide una comparación fácil entre el pLMAD y la COOTAD. En el caso boliviano, la premisa es que lo menos importante del diseño en la NCB es lo que pasa con la „función ejecutiva“, siendo lo decisivo lo que pasa con la „función legislativa“. En el esquema COOTAD la „rectoría“ (definida en su Art. 115 como la „capacidad para emitir políticas públicas nacionales...corresponde exclusivamente al gobierno central“) se abre como un paraguas general sobre toda materia. Usando los términos bolivianos de la NCB, es como si todas las materias subnacionales fueran sujetas a la llave que se ha llamado „exclusiva nacional“. Esto se ratifica nada menos que cuando el COOTAD define la „exclusividad“ que se supone es un ámbito fuerte de acción subnacional. Pues resulta que en el Art. 132 se indica que la „exclusividad“ no elimina el que „el ejercicio de las competencias se ejercerán en el marco de la planificación, políticas, regulaciones...definidos por el organismo rector del sector correspondiente“. En consecuencia, lo que se cede generalmente a las autonomías ecuatorianas es una „planificación“ subsidiaria y por supuesto, la administración, la construcción, la gestión, el control, la regulación, etc.

Las dudas que surgen a raíz de que el Art. 240 de la nueva Constitución ecuatoriana menciona que, salvo las parroquias, los demás entes territoriales tendrían „facultad legislativa“, se disipan y se confirma que, revisando el texto constitucional y el mencionado Art. 102 del COOTAD, el término de „legislación“ es laxo, si se quiere, no pasa de ser un „decir“, o acaba siendo algo equivalente al término muy vago de „normar“. En efecto, el Art. 425 de la nueva Constitución ecuatoriana subordina las „normas“ regionales (nótese: ya no se emplea el término „leyes“) a las leyes nacionales. El debilitamiento del alcance del término legislación en el sistema ecuatoriano se consuma en el COOTAD. Así se declara en el Art. 4 como uno de los componentes de la „autonomía política“, la posesión de facultades „normativas“ evitándose mencionar „legislativas“ y en el Art. 6 se da la estocada final que hace inteligible por qué se hable luego de la descentralización como asunto de afectación de la „función ejecutiva“. Resulta que el COOTAD en el Art. 6 define el alcance del poder normativo subnacional ecuatoriano como lo que: „...comprende la capacidad de dictar *normas* de carácter general...El ejercicio de esta facultad...observará lo previsto por la Constitución y *la ley*“ (cursiva mía).

Desde el punto de vista de la composición estructural por niveles territoriales es importante señalar que el Art. 6 del COOTAD anticipa que la facultad normativa no se extiende automáticamente ni a las parroquias (que equivalen a unidades rurales submunicipales, o nuestro viejos cantones) ni al régimen llamado espacial. Por tanto, se extiende la tal facultad en su formato pleno a lo que son regiones (a formarse), provincias, municipios y urbes metropolitanas.

A diferencia de la NCB, es llamativo que en el Art. 9 del COOTAD, la organización territorial no incluya la unidad indígena y considere en su enumeración sólo a los „niveles“ republicanos

estándar: regiones, provincias, municipios y submunicipios rurales. Una causa de esta diferencia es que, en el Ecuador, el autogobierno indígena es sólo una de las opciones especializadas de organización dentro del llamado régimen especial normado en los Art. 70ss. Junto a unidades de tipo ambiental o de escala demográfica particular, están aquellas de sustancia cultural indígena denominadas „circunscripciones territoriales étnico-culturales“ (Art. 91ss).

No puedo abundar más en todos estos temas sustantivos que merecerían un estudio aparte pero estas pautas develan los límites de la comparación aunque al mismo tiempo permiten encuadrar mejor los problemas del pLMAD y, eventualmente, contienen ciertas lecciones que se pueden aprovechar.

3.1. Aspectos relevantes de comparación

3.1.1. Asignación competencial por goteo

Una primera similitud a pesar de la discrepancia de fondo entre los modelos territoriales radica en que la COOTAD decide que las „nuevas competencias“ serán activadas sólo gradualmente. Esto es absolutamente coherente con el hecho de que no existe en el Ecuador una asignación primaria de ámbitos exclusivos basados en la legislación. Si este esquema de certificación es coherente con el modelo ecuatoriano no lo es, sin embargo, con los requisitos del esquema boliviano. El Art. 105/a del COOTAD sí estipula un elemento que he extrañado en el análisis del pLMAD: se define en el COOTAD que, dentro de un plazo de 8 años, „todos los gobiernos autónomos...deberán estar en ejercicio de la totalidad de las competencias exclusivas constitucionales“. Hay pues un horizonte finito que impide décadas o lustros de idas y venidas competenciales cedidas o quitadas según certificaciones competenciales.

El poner este límite razonable y que se debería rescatar como idea, se combina, no obstante, con un agitado sistema de certificaciones competenciales. Según las disposiciones del COOTAD las transferencias competenciales caen en un esquema bilateral sectorial altamente regulado por el nivel nacional (Art. 152 ss). Los ministerios nacionales involucrados elevan primero informes técnicos sobre la situación de cada materia susceptible de traspasarse, mientras que el informe de capacidad del receptor, es encargado por un „Consejo Nacional de Competencias“ (CNC) a las asociaciones de gobierno autónomos (Art. 155). Con todos estos insumos, se convoca a la „Comisión técnica de costeo“ que sintetiza en un informe al CNC los hallazgos, y éste identifica „los gobiernos autónomos...que se encuentran listos para recibir las nuevas competencias“ (Art. 157). Los receptores con capacidades insuficientes son privilegiados de un programa de fortalecimiento institucional (Art. 160).

3.1.2. Intervención interterritorial

Las causales de intervención del COOTAD no contemplan parámetros sobreexigentes como poner en riesgo la unidad nacional. Se trata más bien de causales relativas a la gestión de tareas: no dar el servicio, hacerlo ineficientemente o no poder hacerlo por razones de fuerza mayor (Art. 164). Mientras el CNC lo considere, la suspensión puede ser prorrogada y su asunción encargada a cualquier otro nivel territorial (Art. 165). No existe conexión alguna de las resoluciones de suspensión con el órgano legislativo nacional. Hasta aquí, hay una convergencia entre pLMAD y COOTAD por la fuerza suspensiva del nivel nacional, sólo que en el caso ecuatoriano eso es lógico, mientras que en el boliviano contra natura, como vimos.

Dentro del contexto de la intervención encuentro, sin embargo, dos elementos llamativos dignos de recuperación para el pLMAD. El CNC es un órgano de alta participación subnacional, por lo que el efecto de control cruzado es existente. El otro elemento fundamental y que expresa uno de los datos más llamativos del COOTAD, es que se abra la posibilidad de impugnar al mismo nivel nacional desde el CNC cuando sea éste el que no cumpla con sus tareas (Art. 168).

3.1.3. Órgano del sistema de asignación competencial

Un punto de convergencia adicional entre pLMAD y COOTAD es crear una instancia nacional encargada del sistema competencial. En el caso del pLMAD se trata del SEAD, en el caso del COOTAD se trata del Consejo Nacional de Competencias (CNC). Las tareas del CNC ecuatoriano son comparables con las del SEAD boliviano, con la diferencia de que el CNC, como acabo de mencionar, es un órgano que se basa en un cuerpo de delegados de los entes territoriales subnacionales autónomos, mientras que el SEAD es una oficina del ministerio cabeza de sector. El COOTAD crea además la „Comisión Técnica de Costeo de competencias“ (CTCC) que tampoco es una instancia que depende de un ministerio, sino del CNC y debe involucrar a ministerios nacionales y receptores subnacionales afectados por las transferencias (Art. 123). Esta comisión debe ser conformada „paritariamente“ lo que vuelve a develar la apuesta ecuatoriana saludable por intentar reunir a los actores subnacionales en la dinámica competencial.

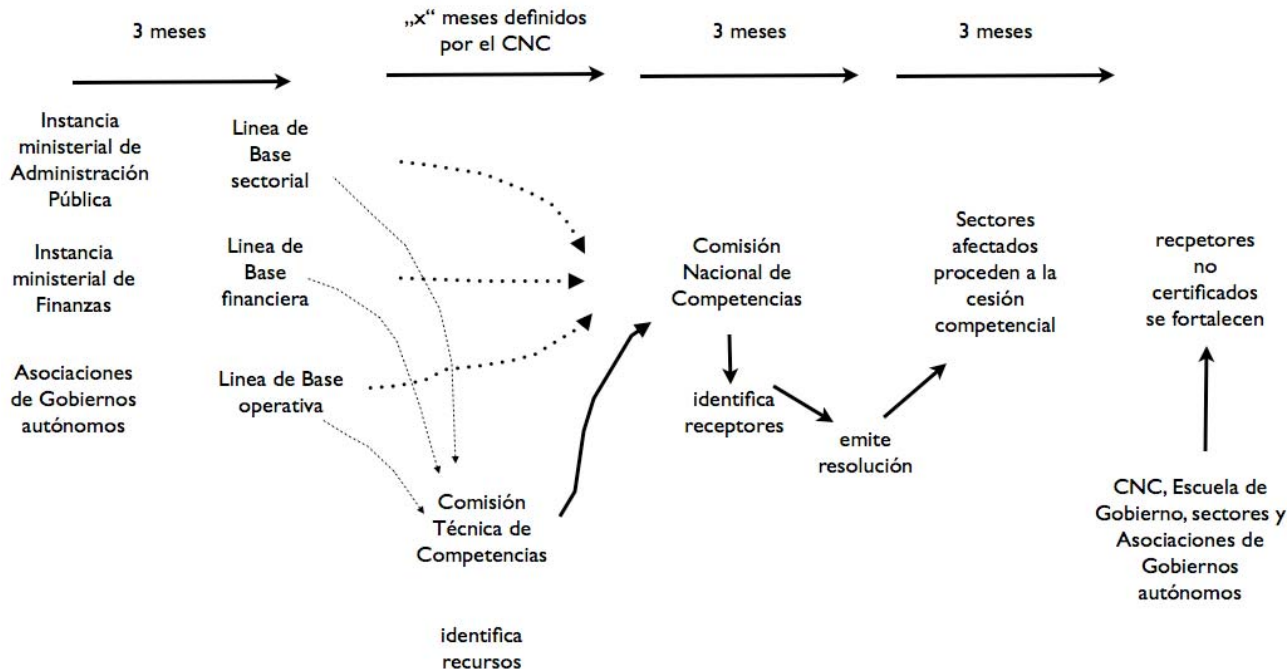
El CNC para comenzar tiene un formato de „independencia administrativa“ (Art. 117 del COOTAD) con lo cual no difiere sustantivamente del SEAD boliviano (Art. 112 del pLMAD). La diferencia es la composición altamente participativa de los gobiernos subnacionales que llenan 4 de los 5 curules de CNC. Esta presencia es decisiva pues según el Art. 121 del COOTAD, la decisiones del CNC deberán ser adoptadas por mayoría absoluta de sus miembros. De esta manera está implícito un consentimiento subnacional para la puesta en marcha del sistema de competencias.

3.1.4. Dinámica de certificación

El informe que evacua la CTCC es vinculante (Art. 120/j) lo cual debe destacarse pues, como he señalado, la CTCC sigue igualmente una conformación paritaria (en el sentido de que los gobiernos subnacionales tienen capacidad decisoria). A diferencia del CNC, la CTCC opera sólo en función de acciones concretas de desplazamiento competencial. Como se desprende de la gráfica inferior, la lógica „paritaria“ no arranca recién en el fundamental momento de la CTCC o de la CNC, sino en el involucramiento de las asociaciones de gobiernos subnacionales en la determinación de la línea de base de lo podría hasta cierto punto tomarse como una analogía de las „capacidades instituciones“ propiamente dichas, mientras que las líneas de base sectoriales y financieras, pasan a los ministerios correspondientes (Art. 155). Con estos insumos se instala la CTCC que costea competencias, y con todos estos insumos, el CNC „certifica“¹⁰ a los que se hayan en capacidad „integral“ de recibir competencias lo cual, al mismo tiempo, clarifica a los candidatos de las fases posteriores que no logran ser certificados y son sujetos a una intensa política de fortalecimiento nuevamente „paritaria“ (Art. 160). Si especulamos con un tiempo de 3 a 4 meses para el trabajo de la CTCC y tomando los trimestres consignados para las demás fases de la COOTAD, el trayecto puede tomar alrededor de un año.

¹⁰ Es un término que no aparece en la nomenclatura del COOTAD pero lo empleo por razones de comparación.

Gráfica 2
Flujo de certificación según COOTAD



3.1.5. Escalamiento de materias

Un aspecto útil del COOTAD es el escalamiento que se hace de materias como vialidad (Art. 133) u otras. En el caso de caminos, por ejemplo, se introducen aquí los parámetros que permiten distinguir los niveles de redes de transporte terrestre. Este ejemplo es muy ilustrativo pues se limita para el gobierno central lo que en el COOTAD se llama „corredores arteriales de alta jerarquía funcional (que) conectan capitales...proyectos de interés...nacional...como puertos...pasos de frontera...y sus correspondientes accesos...”(Art. 133/a). Para las regiones, el deslinde le entrega „corredores intermodales...que conectan cabeceras (municipales), nodos logísticos...terminales de pasajeros...”. En el caso de las provincias explícitamente se la concentra en la vialidad rural para no solapar con los municipios y así sucesivamente.

No se deja esta tarea, por tanto, a leyes sectoriales, sino que se la asume ya en la norma general que es el COOTAD. Siguiendo esta indicación es posible imaginarse que la LMAD incorpore estos deslindes para evitar que las presión de los sectores (expresados en los ministerios de caminos, salud, educación, etc.) desborden, con su parecer, las leyes específicas.

3.1.6. Garantías de autonomía

El COOTAD contiene un impresionante sistema de recaudos de protección no constitucionales de las autonomías que, paradójicamente, son lógicos de un esquema de modo de Estado simple y que, en caso de un modo de Estado compuesto como el boliviano, se debería suponer como obvios por la fuerza misma de la Constitución. Gran parte de la NCB contiene, en efecto,

esas garantías pero el pLMAD nos ha develado que mal no le haría al país adoptar transitoriamente el espíritu del COOTAD de protección de las autonomías frente a movidas centralistas de autoridades. Estos recaudos son rotundamente desplegados en el Art. 5 del COOTAD bajo el título de „Garantías de la autonomía“. Entre las detalladas 14 prohibiciones de acciones anti-autonomistas de este artículo, se incluyen, entre otras, prohibiciones de entorpecer ejecución de planes subnacionales, de darle a los gobiernos subnacionales tareas que no les compete, de „interferir o perturbar el ejercicio de las competencias previstas en la Constitución“, y se pronuncia por evitar dictámenes que hagan al ejercicio de sus competencias. Lo que es más notorio: no respetar estas y otras prohibiciones llevan a la destitución de la autoridad comitente.

3.2. Consecuencias de la comparación

A pesar del cuidado de comparación que se debe tener, llama la atención que el diseño ecuatoriano evita lo que se llamó allá una distribución competencial „a la carta“ pues exige que, al cabo de ocho años, se establezca un sistema compacto prácticamente homogéneo de bloques de competencias por nivel territorial. Como hemos visto en el pLMAD éste destila un esquema distinto que, lamentablemente, no pone metas de saturación competencial

Aprendemos en segundo lugar que una técnica de certificación concuerda con un esquema como el ecuatoriano donde no se produce asignación primaria constitucional que conecte el principio de exclusividad con el del monopolio de la potestad de legislación en una materia determinada. La Constitución ecuatoriana despliega catálogos y los declara „exclusivos“ pero, en el sistema ecuatoriano, „exclusivo“ no significa legislar, sino ser „titular“ como lo aclara el Art. 113 del COOTAD.

Tercero, en el modelo ecuatoriano apreciamos un interesante perfil de equilibrio de poder claramente vertical en la máxima instancia estatal para encaminar el sistema de competencias. El CNC está conformado mayoritariamente por representantes subnacionales (4 de 5 según el Art. 118). Esta ventaja evidente es contrarrestada por el hecho de que las causales de suspensión competencial que se manejan en el modelo ecuatoriano, no acuden a razones exigentes. El tema es que en el caso ecuatoriano eso no es contradictorio porque no es modo de Estado compuesto.

Un cuarto elemento tiene que ver con una sorpresa de diseño como es la idea del COOTAD de sujetar al mismo nivel nacional al sistema de control sobre eficiencia competencial, lo cual sucede en el Art. 168. Resulta que el CNC también impondrá sanciones al „gobierno central“ cuando éste sea el defectuoso. En caso de que las correcciones exigidas por el CNC no sean seguidas por las autoridades nacionales, se dispararía un proceso de destitución de la autoridad resistente.

Quinto, existe en ambos proyectos legislativos una convergencia en cuanto a la necesidad de una instancia nacional que regule técnicamente los procesos de realización competencial. El menú de tareas del CNC ecuatoriano es coherente con el modo de Estado simple mientras que, aquel del SEAD, es sobredimensionado de cara a la naturaleza compuesta del modelo boliviano, amén de que el CNC tiene una composición más participativa que el SEAD. La naturaleza participativa logra que se vincule el consenso político en torno a un dispositivo altamente técnico. El sensible proceso de desplazamientos competenciales no puede activarse sin que los actores territoriales se pongan de acuerdo pero no sólo eso: bajo este esquema caen temas de sensibilidad comparable como la intervención y la resolución de conflictos de primera instancia.

En sexto lugar, se puede rescatar lo que viene a ser un sistema paritario de traspasos y certificaciones. En la dinámica del COOTAD las fases de certificación, desde la línea de base hasta lo que se hará con quienes no fueron certificados, contempla permanentemente la participación subnacional. No nos parece que la certificación misma se aplique a lo que he llamado asignaciones primarias pero sin perjuicio de que ella se aplica para los casos de asignaciones por encima de estas primarias, lo que me interesa destacar es cómo el COOTAD impone un sistema de control vertical efectivo.

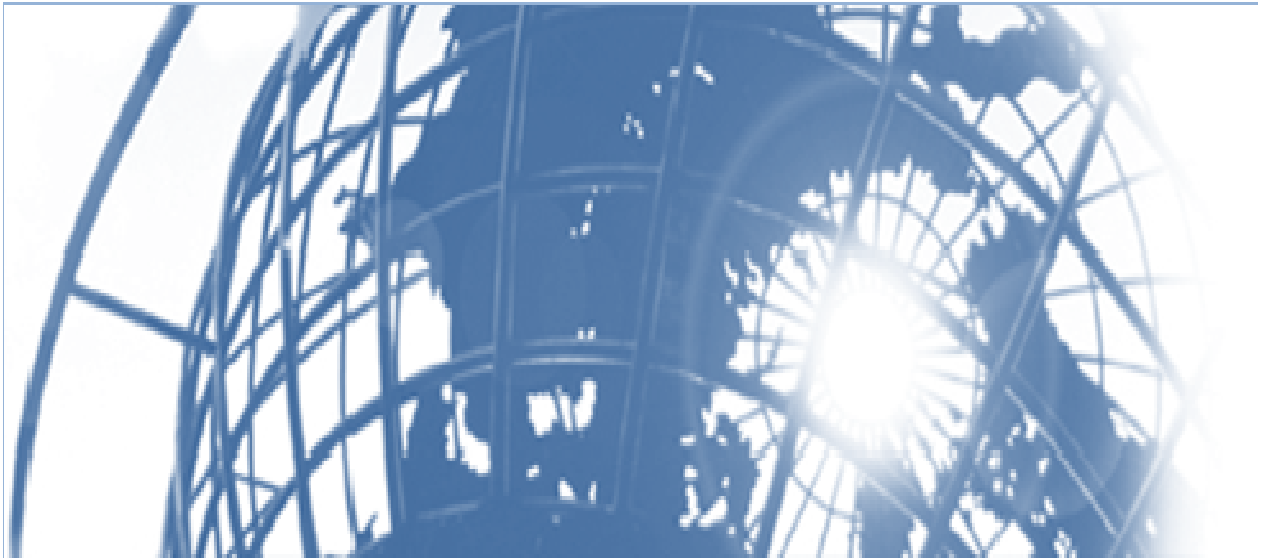
En séptimo lugar, se opta por usar la ley general como repositorio de los deslindes competenciales materiales de competencias. El pLMAD, es cierto, debe primero limpiar las contradicciones que le hereda la NCB pero no debería descartarse que, adicionalmente, norme un claro escalamiento funcional y material evitando dejar eso en manos de los sectores que tienen, por naturaleza, una visión más restringida.

Finalmente, se puede aprender del catálogo de prohibiciones de acciones que atenten contra la autonomía subnacional previendo sanciones claras y causales precisas. Además de las protecciones estrictamente vinculadas a lo competencial, vale la pena destacar que también se prevén protecciones a los instrumentos normativos subnacionales (obviamente los estatutos regionales incluidos), y en especial, los patrones de transferencias fiscales y afectar los ingresos de fuente propia. La protección del dominio fiscal resalta de cara a los conflictos que Bolivia vivió en torno a la disposición prefectural de recursos IDH.

Cuadro n°1
Comparación pLMAD y COOTAD

PROBLEMAS PLMAD	SEÑALES DEL COOTAD
Mensaje de que un cierre de asunciones competenciales no es aspirado	El proceso de asunción competencial debe durar no más tardar 8 años
La lógica de supervisión sobre eficiencia y eficacia de ejercicio competencial focalizado en el ámbito subnacional	El nivel nacional no está libre de ser supervisado por el Consejo Nacional de Competencias tanto como lo están las unidades subnacionales
La instancia de gestión comeptencial del Estado es una unidad en línea del ministerio cabeza de sector	La instancia de gestión competencial del Estado es un cuerpo colegiado donde los representantes subnacionales hacen la mayoría
El pLMAD guarda silencio sobre deslindes materiales de competencias	El COOTAD incluye deslindes materiales de competencia salvando estos parámetros técnicos de que sean develados recién en las leyes específicas donde el sector concreto puede presionar mejor, desde su visión, la configuración de dichos parámetros

PROBLEMAS PLMAD	SEÑALES DEL COOTAD
La idea de garantías en el sistema competencial está concentrada en que haría el nivel nacional cuando los titulares subnacionales no actuaran	La idea de garantías en el sistema competencial enfatiza prohibiciones para proteger la autonomía con claras medidas sancionatorias para las autoridades nacionales que no las cumplieran
La certificación recae en una oficina dependiente del ministerio cabeza de sector con tareas sin plazos	La certificación combina tecnicidad y participación subnacional fijando además claramente plazos.



Deutsche Gesellschaft für
Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH

- Cooperación Técnica Alemana -

**Programa de Apoyo a la Gestión Pública
Descentralizada y Lucha contra la Pobreza
Componente Reforma de la Estructura Estatal**

Calle Goitia No. 188, Zona Central.
Casilla 11400
Tel / Fax +591 (2) 2440511 / 2440478
La Paz -Bolivia
www.padep.org.bo