

FEDERALISMO Y DEMOCRACIA

Jean-François GAUDREULT-DESBIENS*

RESUMEN: Con base en la experiencia canadiense, el autor desarrolla en este artículo una reflexión acerca de la relación existente entre federalismo y democracia. Después de una breve descripción de las principales características del régimen constitucional canadiense, el autor enfoca su atención en dichos conceptos, con el propósito de identificar los valores que pueden ser fomentados por el federalismo. Posteriormente, identifica algunos obstáculos políticos que pudieran impedir la evolución de un sistema federal.

Palabras clave: federalismo, democracia, Constitución.

ABSTRACT: *On the basis of the Canadian experience, the author offers in this article a reflection on the connection between federalism and democracy. After a brief description of Canada's constitutional regime, the author focuses on said concepts, in order to identify the values that can be fostered by federalism. Lastly, he identifies some political obstacles that may impede the evolution of a federal system.*

Descriptors: *federalism, democracy, Constitution.*

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, Canadá. Este artículo fue preparado para el congreso internacional "El orden jurídico de la consolidación democrática", México, D. F., 4 y 5 de octubre de 2004. El autor agradece a la licenciada Gabriela Quintanilla Mendoza por la traducción de la versión original inglesa de este artículo.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XXXIX, núm. 117,
septiembre-diciembre de 2006, pp. 671-691

SUMARIO: I. *Consideraciones generales.* II. *El régimen constitucional canadiense.* III. *Definiciones aceptadas acerca de federalismo y democracia.* IV. *¿Qué valores deben ser reforzados por el federalismo?* V. *Obstáculos políticos al federalismo.* VI. *Valores que deben ser respetados y judicialmente ejecutados cuando una federación existe.* VII. *Conclusiones.*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El tema respecto a la interacción entre federalismo y democracia tiene una resonancia teórica significativa, así como implicaciones prácticas de importancia en cada Estado federal.

Mis notas, en este sentido, estarán basadas en cierta visión del federalismo, el cual ha sido influenciado por mis estudios en federalismo comparativo e, inevitablemente, por los retos y éxitos que el federalismo canadiense enfrenta. Debo señalar, aunque puede ser trivial, que no tengo ninguna intención de presentar el “modelo canadiense” como preceptivo. El federalismo es un método eficaz de gobierno solamente cuando las circunstancias específicas de cada sociedad, a la cual se aplica este régimen, son tomadas en consideración. México no es Canadá, y viceversa.

Dado que no hay un “modelo” prescrito del federalismo, es posible referirse, desde un punto de vista normativo, a cierto número de valores que trascienden federaciones específicas. Los retomaré más adelante.

Después de describir las características principales del régimen constitucional canadiense (II), especificaré mi comprensión sobre los conceptos: federalismo y democracia (III); más adelante, examinaré los valores que deben ser fomentados por el federalismo (IV); en quinto lugar, concretaré el alcance de algunos obstáculos políticos que pueden impedir la evolución exitosa de una federación (V); esto me conducirá a identificar algunos valores normativos que deben inspirar la adjudicación de conflictos en un régimen federal (VI), y a concluir sobre el vínculo entre federalismo y democracia (VII).

II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL CANADIENSE

De acuerdo con los comentarios previos, de alguna manera se asume en este artículo que los desafíos enfrentados por el federalismo canadiense pueden ser útiles para otras federaciones. Esto explica por qué es muy importante describir brevemente el régimen político de este país.

Canadá es una monarquía constitucional, donde la reina, representada por un gobernador general, es el dirigente simbólico del Estado. Es una federación bilingüe, bi-jurídica, multicultural y multinacional, sociológicamente; integrada por 10 provincias y tres territorios federales. Uno de los territorios —el Nunavut— existe con el fin de materializar el derecho aborigen del gobierno autónomo conferido a la gente nativa por la Constitución. Por otra parte, es una democracia parlamentaria basada en el modelo británico, pero donde la soberanía parlamentaria es controlada y limitada por la división de poderes, así como por un régimen general constitucionalista desde 1982.

La división federal de poderes asigna amplios poderes reguladores al Parlamento federal, así como la competencia residual, mientras que concede a las provincias amplios poderes reguladores respecto al derecho privado y asuntos locales, y las hace responsables de los asuntos importantes —y extremadamente costosos— tales como salud y educación.

El Parlamento federal se integra por dos cámaras, la Cámara de los Comunes, cuyos miembros son electos, y el Senado, cuyos miembros son nombrados por el Ejecutivo federal. Esta última no es una Cámara federal como, por ejemplo, el *Bundesrat* de Alemania. La legitimidad política del Senado es predeciblemente mínima, dado su estatus no-electivo.

El Parlamento federal, así como las asambleas legislativas provincianas, funcionan sobre la base del principio de responsabilidad gubernamental, lo que significa que el Ejecutivo es responsable ante la Cámara de los Comunes, y por tanto debe mantener siempre la confidencialidad. Esto significa que el Poder Ejecutivo no está separado del Poder Legislativo. Al contrario, en un contexto mayoritario gubernamental, el Ejecutivo controla la agenda legislativa y, confiando en la “línea de partido”, dicta su voluntad al parlamento.

III. DEFINICIONES ACEPTADAS ACERCA DE FEDERALISMO Y DEMOCRACIA

Ahora definiré los dos términos de nuestra ecuación: federalismo y democracia. Señalaré los vínculos entre ellos en mi conclusión.

1. *Federalismo*

Las definiciones jurídicas clásicas del federalismo son invariablemente institucionales. Desde este punto de vista, federalismo se refiere a la unión duradera entre diversas comunidades políticas constituidas en órdenes legales, con el propósito de formar un orden legal más amplio y distinto, el cual abarca verticalmente por lo menos dos niveles de gobierno con sus respectivos poderes, los cuales se encuentran establecidos constitucionalmente, y cuyo ejercicio es susceptible de revisión por un árbitro independiente.

El problema de esta definición es que conduce a la adopción de un federalismo puramente técnico, así como a su reducción al estatus de una caja de herramientas. Sin embargo, mientras que el federalismo representa una caja de herramientas en cierto grado, es más que eso, dado que incorpora aspiraciones fundamentales. Desde un punto de vista legal, debemos mirar más allá de las provisiones constitucionales explícitas, con la intención de reflejar los valores que conducen a la creación de una federación y a los valores que el federalismo implica cuando una federación existe. En resumen, debemos preguntarnos ¿qué queremos alcanzar a través del federalismo? Esto lo haremos más adelante.

2. *Democracia*

Existen muchas teorías sobre la democracia. Algunas son sustantivas y otras procedimentales. Identificaré sólo algunos elementos básicos de lo que, yo pienso, es esencial para la idea de democracia.

Primero, democracia implica idea de autogobierno, la cual a su vez supone el inalienable derecho del voto ciudadano. Se debe tener en cuenta que en una federación el término autogobierno debe incluir el reconocimiento constitucional de al menos dos niveles de ór-

denes legales que coexisten con distintas y legítimas comunidades políticas. El autogobierno es por tanto policéntrico en un sistema federal.

Segundo, la democracia requiere que el concepto del Estado de derecho sea implementado, lo cual significa que, por lo menos, todos seamos iguales ante la ley. En esencia, los requisitos de un gobierno autónomo e igualitario significa que todos los ciudadanos deben ser capaces de participar directamente en los procesos colectivos de toma de decisiones, lo que conduce en última instancia a la elaboración de las reglas obligatorias con las cuales los ciudadanos estarán voluntariamente conformes. Como tal, un régimen democrático presupone que puedan verse a sí mismos como “autores” de la legislación a la cual se someten.¹

Tercero, la democracia no puede ser reducida a la regla de las mayorías. Esto significa que los derechos de las minorías, especialmente en una “sociedad federal”, esto es en una sociedad donde existe una diversidad etno-lingüística “profunda”² que se encuentra territorializada,³ deben ser garantizados.

Finalmente, pero no menos importante, la democracia es consubstancial al reconocimiento constitucional y a la aplicación de los algunos derechos y libertades fundamentales básicos, tales como la libertad de expresión y de asociación. Estas libertades son “libertades negativas” en el sentido dado a este término por Isaiah Berlin.⁴ Aunque podría ser, y ha sido discutido, que los derechos sociales, cultura-

¹ Habermas, Jürgen, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, París, Fayard, 2000, p. 108.

² El concepto de “diversidad profunda” fue elaborado por el filósofo canadiense Charles Taylor. En esencia, este concepto señala un nivel de diversidad tan profundo que el modo de lealtad al Estado es diferente al de otros grupos también definidos con base en cierta identidad. Una situación de diversidad profunda se revela cuando la lealtad a la comunidad política más amplia, formada por el Estado, es mediada por, o condicionada sobre, una lealtad primordial a otra comunidad que puede también ser caracterizada como política. Véase Taylor, Charles, “Convergences et divergences à propos des valeurs entre le Québec et le Canada”, en *Rapprocher les solitudes. Écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1992, pp. 179, 212 y 213.

³ Véase Wilkinson, William S., “A Note on the Nature of Federalism”, 67 *Political Science Quarterly* 81, 1952.

⁴ Berlin, Isaiah, *Éloge de la liberté*, París, Calmann-Lévy, 1969, pp. 167 y ss.

les y económicos son tan importantes como los civiles y políticos, su materialización, la cual es ya de por sí compleja, dadas las obligaciones positivas impuestas por el Estado, se hace más difícil en una federación, por la presencia de al menos dos niveles de gobierno que pueden adoptar divergentes políticas socioeconómicas. Algunos han argumentado en el pasado que, por esa razón, el federalismo es problemático desde el punto de vista de la justicia distributiva, aunque ninguna regla universal puede ser aplicada a este respecto.

IV. ¿QUÉ VALORES DEBEN SER REFORZADOS POR EL FEDERALISMO?

La literatura enfatiza cierto número de beneficios potenciales que pueden ser aplicados al federalismo. Ausentes otras variables, estos beneficios potenciales pueden convertirse en problemas potenciales. Esto sólo enfatiza la complejidad del federalismo, que había sido observada hace tiempo por Tocqueville,⁵ y las tensiones inherentes que al mismo tiempo genera y maneja.

Primero, se ha dicho que el federalismo refuerza la participación pública en el proceso democrático.⁶ La idea es ésta, si están cerca de los ciudadanos, los gobiernos de las unidades federadas les proveen la oportunidad de implicarse en el proceso funcional del autogobierno. De hecho, como parte de un principio, el acceso a los servidores públicos, especialmente los electos, será más sencilla y directa en este nivel de unidades federadas que en el nivel del gobierno central.

Paradójicamente, se dice que el federalismo debilita la democracia, en el sentido de que es probable frustrar la regla de la mayoría como resultado de la división de la política 'nacional' en pequeñas porciones cuya existencia está constitucionalmente enmarcada. Este puede ser el caso en abstracto, pero, precisamente, una política federal no es ninguna política abstracta: es una política que, por diversas razones, según el diseño político constituido legalmente como federal, im-

⁵ Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, París, Gallimard, 1961, p. 253

⁶ Véase Schnaphauff, Klaus-Dieter, "El sistema federal de la República Federal de Alemania", en Meekison, J. Peter (coord.), *Las relaciones intergubernamentales en los países federales. Una serie de ensayos sobre la práctica de la gobernanza federal*, Ottawa, Foro de Federaciones, 2004, p. 41.

plica por definición un cierto grado de fragmentación política. El federalismo no implica una política monolítica, presupone, en cambio, una plural. Esto debe ser considerado especialmente cuando un Estado federal coexiste con una sociedad federal, como fue definido ya antes. En este contexto, uno puede legítimamente cuestionar el uso del término “nación” para designar a la “federación”, la cual no puede política ni legalmente ser reducida a su representación —el gobierno federal— sino que debe referirse a ambos niveles de gobierno. Esto explica por qué, como parte de la política pública, el referéndum o el plebiscito “nacional” deben ser evitados en estas sociedades, ya que su aplicación puede incrementar las divisiones, al permitir que la mayoría nacional haga a un lado a las minorías locales constitucionalmente constituidas como unidades federadas. La historia canadiense muestra que en raras ocasiones se ha efectuado el referéndum o el plebiscito nacional.

Segundo, se supone que el federalismo incrementa la rendición de cuentas de los servidores públicos. Aquí, la rendición de cuentas es entendida más allá del ámbito electoral. Como Friedman observa, la rendición de cuentas debe ser definida como una actitud de “respuesta a las solicitudes”.⁷ En pocas palabras, la premisa de la discusión es que los servidores públicos son generalmente más accesibles y disponibles en el nivel local que en los niveles más altos de gobierno, esto se debe a que los servidores públicos locales normalmente enfrentan problemas pequeños, y posiblemente, a una población más homogénea.⁸ Entonces, al segmentarse el ejercicio del poder en el Estado, y responsabilizar con ese poder a las comunidades políticas pequeñas, constituidas en órdenes legales autónomos, el federalismo puede incrementar la rendición de cuentas pública.

Por otra parte, la presencia de por lo menos dos niveles de gobierno en cualquier régimen federal, asegura, para utilizar una expresión coloquial, que no todos los huevos estén colocados en la misma canasta. Pero si un solo nivel de gobierno tiene problemas, como por ejemplo de corrupción, el otro nivel deberá estar fuera de los mis-

⁷ Friedman, Barry, “Valuing Federalism”, 82 *Minnesota Law Review* 317, 1997, p. 394.

⁸ Breton, Albert y Scott, Anthony, *The Economic Constitution of Federal States*, Toronto, University of Toronto Press, 1978, p. 5.

mos. Uso la palabra “deberá” a propósito, ya que no hay garantía de que esos problemas permanezcan sólo en ese nivel de gobierno. Sin embargo, muchas variables diferentes al federalismo jugarán un rol en la preservación de un problema como la corrupción. Uno puede pensar, por ejemplo, en las condiciones socioeconómicas de un país o región, en los niveles de remuneración de los servidores públicos, o, de manera más general, en la cultura política y legal de un país o región. Aunque se ha discutido que al multiplicarse el número total de gobiernos y responsabilizar del poder a los gobiernos pequeños, locales y relativamente no controlados, el federalismo incrementa las oportunidades de que la corrupción sea encubierta, no hay evidencia de que este problema sea más severo en Estados federales que en Estados unitarios. Es también dudable que los gobiernos locales se encuentren más expuestos a la corrupción que los gobiernos de niveles altos. Otra vez, las variables mencionadas más arriba, así como la verificación y los mecanismos de rendición de cuentas que la administración pública provee para ver y prevenir ese problema, son más susceptibles de impacto al presentarse, que una estructura federal o unitaria del Estado.

Debe mencionarse que existe un instante donde la complejidad estructural creada por la estructura federal tiende a la debilidad más que al aumento de la responsabilidad de la toma de decisiones. La presencia de al menos dos niveles de gobierno que compartan una soberanía interna, puede algunas veces conducir a una política innecesaria y a la duplicidad normativa, si las responsabilidades constitucionales de cada nivel no son suficientemente claras o si el juicio imparcial no es suficiente para monitorear su conducta.

Mi punto aquí no es decir que un cierto grado de duplicidad es contraproducente. Al contrario, los economistas han demostrado que algunas duplicidades, resultado de la presencia de los dos niveles de gobierno, pueden beneficiar a los ciudadanos, al forzar a los gobiernos a colaborar juntos en una carrera competitiva para demostrar cual de los dos puede implementar cantidad y calidad en los servicios públicos. Bajo esa perspectiva, la presencia de al menos dos niveles de gobierno puede forzar a los ciudadanos a colaborar en una comparación de “paquetes de políticas” ofrecidos por cada nivel y esco-

ger el paquete que mejor satisfaga sus necesidades y expectativas.⁹ Sin embargo, en ciertos ambientes políticos y socioeconómicos, la competencia intergubernamental puede conducir al lado opuesto, esto es, a una carrera por abajo.

Pero cuando la duplicidad es percibida como conductora potencial de resultados positivos o negativos, no cambia el hecho de que también puede debilitarse la responsabilidad total de los procesos de toma de decisión, creando confusión en cuanto a la identidad del defensor de la jurisdicción legal sobre cierto asunto. En otras palabras, es como nublar, en la mente de los ciudadanos, las líneas de la responsabilidad. Esto es especialmente verdad, por ejemplo, cuando uno de los niveles de gobierno abusa del poder discrecional que está, por otro lado, autorizado constitucionalmente a ejercer u otorgar poca importancia a los límites, relativamente indeterminados, de algunos poderes específicos que gozan de la misma Constitución; o tomar ventaja de la ambigüedad constitucional para expandir la esfera de influencia política, todo sin considerar los intereses y prerrogativas de los otros niveles de gobierno. En Canadá, el problema de usar el poder del gasto federal con el fin de imponer condiciones prescritas en áreas bajo la jurisdicción constitucional de las provincias, es susceptible de difuminar las líneas de responsabilidad conforme a la problemática descrita arriba, no solamente porque algo que no puede ser hecho directamente (a través de la legislación) se hace indirectamente (a través del gasto, y de “acuerdos” donde el receptor de los fondos federales no está necesariamente en una posición financiera para rechazar las condiciones anexas a la afluencia de dinero federal), pero primero y sobre todo porque las prioridades gubernamentales que permanecen comprometidas ante los electores, en cuanto a la manera como se cumpla con las responsabilidades constitucionales, termina siendo desplazada por las acciones de otro gobierno, el cual es responsable ante el electorado por la forma en que descarga otras responsabilidades constitucionales.

¿Pero, es esta clase de problema inherente al federalismo, en cuyo caso se argumenta que este tipo de régimen reduce al mínimo la obligación de rendir cuentas que tienen los servidores públicos, o

⁹ *Idem.*

puede ser atribuida a otras causas? Desde mi punto de vista, la segunda opinión es la correcta. De hecho, como Friedman argumenta nuevamente, el problema no es tanto el federalismo, sino una falla de los actores federales para darle sentido a lo que el federalismo exige, y comprobar la acción de los gobiernos delincuentes.¹⁰ Aquí, la expresión “actores federales” se refiere no sólo a los niveles de gobierno cuya existencia es considerada en las Constituciones, sino también a las diferentes ramas de estos gobiernos, esto es la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Enfatizaré después sobre la particular importancia que tiene un arbitraje judicial en el federalismo.

Una tercera justificación para el federalismo es la que refiere que este tipo de régimen es posiblemente el más apropiado para un propósito de conocimiento, reconocimiento y reforzamiento de la sociedad y la diversidad cultural. Esta es una justificación fuerte para el federalismo, aunque debe ser reconocido el hecho de que la diversidad se puede tratar legalmente a través de otro tipo de estructuras político-constitucionales. Una mera descentralización administrativa puede algunas veces proveer un marco suficiente y enteramente apropiado para organizar y controlar la diversidad interna de un Estado.¹¹ El punto aquí es que el federalismo no es un fin en sí mismo, pero sí una respuesta política al hecho de la diversidad interna. Esto es más o menos apropiado dependiendo de las circunstancias. La naturaleza de esa diversidad interna y, más importante, su significado político, influenciará obviamente en la configuración estructural de un Estado cualquiera. La distinción propuesta por Lajoie¹² entre las minorías *políticas* —esto es las minorías cuyo lugar primario de identificación es el de una entidad subestatal, más que de política global, y para quienes el pertenecer a la última es una condicional respecto de esta identificación primaria— y las minorías *sociales*, esto es las minorías que reclaman un tratamiento legal fundado sobre la igualdad de todos, pero que por el hecho de pertenecer a la comunidad política incorporada por el Estado no están condicionadas, es muy pertinente

¹⁰ Friedman, Barry, *op. cit.*, nota 7, p. 394.

¹¹ Véase Riker, William H., “Six Books in Search of a Subject or Does Federalism Exist and Does It Matter?”, 2 *Comparative Politics* 135, 1969, at 142.

¹² Sobre este aspecto, véase Lajoie, Andrée, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

aquí. La presencia de minorías políticas en oposición a la presencia de minorías sociales podrá influir significativamente sobre la configuración última del Estado.

Un conjunto de circunstancias donde una estructura federal se puede considerar notablemente apropiada es cuando un Estado es multinacional, o cuando la federación se fusiona realmente con una sociedad federal. Incluso las diferencias abundan entre las federaciones multinacionales. Veamos el modelo canadiense. Canadá reconoce y alienta la diversidad, pero lo hace principalmente a través de las provisiones constitucionales que buscan facilitar la tarea de los portadores individuales que desean significativamente “vivir” su diversidad. Este es el caso de las provisiones referidas al bilingüismo, una política que eleva al inglés y al francés como idiomas oficiales. En su perspectiva constitucional, el bilingüismo oficial impone a determinados actores gubernamentales —en este caso el gobierno federal, la provincia de Nuevo Brunswick, y, hasta cierto punto, las provincias de Québec y Manitoba— obligaciones que pertenecen al otorgamiento de servicios en ambas idiomas oficiales. Por ejemplo, la Constitución establece que las leyes federales deben ser decretadas en ambos idiomas oficiales y que el gobierno federal por sí mismo será bilingüe. Esto significa que un individuo que pertenece a una minoría lingüística, como cuestión de principio, tiene acceso a los servicios federales en su lenguaje en todo Canadá. La Constitución también prevé el acceso a servicios educativos en su lengua materna a todas las minorías de la lengua oficial, sujetos a ciertas condiciones. Obviamente, la idea de enmarcar esta política es permitir a las minorías de la lengua oficial su continuidad, lo que no siempre es fácil, especialmente para los que hablan francés, garantizando los derechos a los individuos que pertenecen a estas minorías. Éste es un modelo del bilingüismo personal, en comparación con, por ejemplo, el modelo territorial en vigor en Bélgica. Esta federación ha optado por una forma radicalmente diversa de bilingüismo. Como resultado de la territorialización del lenguaje en Bélgica, la minoría francesa en Flandes y la flamenca en Wallonia no tienen acceso o escaso acceso a los servicios en su idioma. La comparación entre Canadá y Bélgica es interesante porque refleja la aplicación de dos diferentes lógicas de enfrentar la diversidad. La canadiense, de alguna manera, busca reducir los problemas

vinculados a las identidades lingüísticas, de otra manera “duras”, que están sociológicamente territorializadas por una desterritorialización legal. En contraste, la lógica belga toma de algún modo la acción, en el reino constitucional, de la división radical lingüística que existe en Bélgica. Ambos tienen ventajas y desventajas. El acercamiento canadiense puede criticarse por su rechazo a reconocer de modo legal que la provincia de Québec forma sociológicamente una nación y políticamente una nacionalidad que se centra alrededor de una cultura predominantemente francesa, mientras que el modelo belga se puede criticar para desechar la expresión política referida a las identidades lingüísticas que amenaza constantemente la unidad de la federación.

Debe señalarse que el vínculo entre el federalismo y la diversidad puede provenir de dos perspectivas diferentes, la primera que procede de la creencia en el valor intrínseco de la misma y de la necesidad de perfilar consecuencias constitucionales de esa diversidad; la segunda que proviene del mero conocimiento de que la presencia de las comunidades políticas diversas en un mismo territorio es mejor dirigida con la creación de un sistema federal. Es una racionalidad verdaderamente importante, al resultar del reconocimiento de los derechos que tienen los grupos particulares, así como los arreglos institucionales. En Canadá, esto ha jugado un rol muy importante en la historia. Primero, la existencia de un régimen federal es resultado de la presencia de una minoría francoparlante concentrada en la provincia de Québec. De no haber sido por ese grupo lingüístico distinto, las otras colonias británicas que se unieron para dar forma a Canadá habrían constituido probablemente un Estado unitario u, al menos, un Estado mucho más centralizado. Segundo, la Constitución canadiense incluye varias provisiones que formalmente reconocen la preexistencia de elementos de diversidad o simplemente permite que las provincias expresen su diversidad de una forma u otra. Un ejemplo ilustrativo de la primera situación es la afirmación del derecho de los miembros de las minorías de los lenguajes oficiales, esto es francés e inglés, para recibir una instrucción de la lengua materna sujeta a ciertas condiciones.¹³ Otro ejemplo es la asignación a las provincias

¹³ Carta Canadiense de Derechos y Libertades, parte I de la Lei constitucional de 1982, anexo B de la Lei de Canada de 1982 (Canada Act 1982) (R. U.), 1982, c. 11, art. 23.

de la jurisdicción del excedente constitucional “propiedad y derechos civiles”, un título que abarca los asuntos más fundamentales del derecho privado —el estado de las personas, obligaciones contractuales y extra-contractuales, ley de la propiedad, etcétera—. ¹⁴ Esto ha permitido a la provincia de Québec mantener su tradición en derecho civil —el jus común que se ha posesionado en esa provincia como en otras jurisdicciones el derecho civil se ha colocado en el Código Civil—, mientras otras provincias tienen un sistema legal basado en la ley común (*common law*) inglesa. Un ejemplo ilustrativo de esta segunda situación es la naturaleza oficialmente bilingüe del gobierno federal y de la legislatura.

Esta diversidad, vista como justificación del federalismo, está vinculada a otra, esto es, al autogobierno. Es más, el federalismo permite a los gobiernos locales regularse y tomar en cuenta las circunstancias particulares de cada unidad federada. Desde esta perspectiva, la idea de un federalismo perfectamente simétrico es una clase de contradicción. Por otra parte, el federalismo rechaza lo que Freud llamó una vez el “narcisismo de diferencias pequeñas”, esto es la propensión de amplificar artificialmente diferencias en un proceso de identidad-diferenciación. ¹⁵ Este tipo de comportamiento utiliza a menudo la diversidad como un pretexto para adoptar un acercamiento indebidamente competitivo en relaciones intergubernamentales. Los análisis económicos del federalismo designan la exportación extrajurisdiccional de costos y cargas como “externalidades negativas”, y normalmente caracterizan los efectos de la competencia indebida entre las entidades federadas como un fenómeno de conducción hacia una “carrera hacia abajo”.

Esto dirige la atención a la naturaleza competitiva y cooperativa del federalismo. De hecho, la misma presencia de los gobiernos múltiples, que son significativamente autónomos, hace la competencia inevitable, pero de nuevo, la competencia legítima no debe conducir a la devastación o al desprecio de los intereses de los demás. Lo anterior aclara el hecho de que la cooperación intergubernamental no es

¹⁴ *Lei constitucional de 1867*, R. S. C. (1985), app. II, núm. 5, art. 92(13).

¹⁵ Freud, Sigmund, “Civilization and its Discontents”, en *Civilization, Society and Religion: Group Psychology, Civilization and its Discontents and Other Works*, Londres y Nueva York, Penguin Books, 1985, pp. 251-305.

fácil a menos que delinee las consecuencias concretas que provienen del pluralismo, lo que se refleja en la adopción de políticas diferentes y a veces contradictorias. En Canadá, el federalismo actual tiende hacia el logro de “acuerdos administrativos”, lo que presupone la cooperación entre los gobiernos.

Otra racionalidad invocada para soportar al federalismo es que este tipo de régimen anima a las unidades federadas a lanzar políticas públicas innovadoras en áreas que se encuentran bajo su jurisdicción constitucional. Si son acertadas, estas políticas pueden abarcar a otras unidades federadas, o ser “federalizadas” con la acción del gobierno federal. Desde este punto de vista, el reconocimiento constitucional del autogobierno de varias comunidades políticas en un régimen federal, la autonomía que gozan y la diversidad de políticas que deben elaborar, dependen de sus circunstancias socioeconómicas particulares o de la ideología dominante en un momento dado, pueden transformar estas unidades federadas en laboratorios de innovación. Esto presupone, obviamente, que estas unidades gozan de una importante autonomía financiera y legal, sin la cual es difícil, si no prácticamente imposible, continuar con su trayectoria. En Canadá, la presuposición de que las unidades federadas pueden actuar como laboratorios de innovación se ha demostrado muchas veces y por programas significativos. Por ejemplo, el sistema nacional de salud, que permite a los ciudadanos canadienses, donde se encuentren, tener acceso gratuito a los servicios médicos públicos, primero empezó como un programa local en la provincia de Saskatchewan. Por otra parte, el programa de guarderías infantiles subvencionadas que lanzó la provincia de Québec hace algunos años como un programa muy barato y accesible, está siendo examinado por el gobierno federal, como un programa que puede ser “nacionalizado”, con la finalidad de crear servicios equivalentes en cada provincia.

La última racionalidad invocada para soportar al federalismo, que encuentra su fuente en el concepto americano del federalismo según lo expresado inicialmente en *El Federalista*,¹⁶ es que el federalismo es susceptible de incrementar la libertad individual de los ciudadanos al

¹⁶ Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John, *The Federalist Papers*, Nueva York, Bantam Classic, 1982.

difundir el poder. La idea de subrayar este razonamiento es que el federalismo de alguna manera establece un sistema de pesos y contrapesos. Entonces, si uno de los niveles de gobierno abusa de sus poderes, los ciudadanos pueden buscar protección, o al menos alguna forma de contrapeso en el otro nivel de gobierno. En ese sentido, la misma presencia de una división constitucional del poder puede permitir el triunfo de este tipo de lógica. Por ejemplo, en Canadá, antes de la adopción de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades, las cortes utilizaron ocasionalmente la división de poderes federal para negar la jurisdicción a los gobiernos que habían decretado la legislación discriminatoria o abusiva.

Esta racionalidad es circunstancial, en el sentido de que ni es imposible ni necesaria. Presupone de nuevo que cada nivel del gobierno sea significativamente autónomo y no esté subordinado a otro; que ambos niveles del gobierno respeten la ley, y que el poder judicial sea independiente de estos gobiernos. La difusión del poder en varias “federaciones” no-democráticas nunca previno abusos. Entonces es recomendable incluir los derechos y las libertades fundamentales ejecutorios en una Constitución federal como en la Constitución de cualquier Estado democrático.

V. OBSTÁCULOS POLÍTICOS AL FEDERALISMO

Cualquier régimen que pretenda reconciliar tantos objetivos o valores diferentes, que no conflictivos, puede sentirse presa de los actores políticos que desean sistemáticamente acentuar un objetivo o valor, o sus propios intereses, a expensas de los demás. Entonces dogmáticamente adherirán una visión, y ese mismo dogmatismo es incompatible con el federalismo.

Déjenme darles dos ejemplos que han abundado en el discurso sobre el federalismo en Canadá.

El primero tiene que ver con el uso político de conceptos tales como “descentralización” y “centralización”. Algunos actores políticos parecen definirse de forma abstracta como “descentralizadores” o “centralizadores”. Sin embargo, tal distinción no tiene significado

abstracto.¹⁷ Al observar varios experimentos federales, es claro que cada uno puede desear la descentralización o la centralización por diferentes, y a veces incompatibles, razones. Su posición será influenciada necesariamente por su perspectiva ideológica o normativa. En cambio, tal perspectiva será informada por respuestas dadas a las preguntas, por ejemplo: ¿qué comunidad política es la comunidad preferida para identificación?, ¿el federalismo avanza hacia la democracia, y cómo?, ¿el federalismo realza o frustra la capacidad de las instituciones del gobierno de generar políticas eficaces y de responder a las necesidades de los ciudadanos?, ¿es eficiente?¹⁸ Por otra parte, muchos criterios tales como legislación, administración y descentralización financiera, así como otros apremios constitucionales, deben ser vistos para determinar las ventajas de la descentralización o de la centralización. Entonces, ambas, la descentralización y la centralización, pueden ser apropiadas en ciertas circunstancias, y problemáticas en otras, y ninguna, se puede decir, es intrínsecamente “progresiva” o “conservadora”.¹⁹

Un segundo obstáculo político, en el cual el federalismo canadiense tropieza, es la inclusión del nacionalismo, sea expresado en el nivel federal o provincial. Cualquier discurso que confíe en un concepto de Estado inspirado por el Estado-nación hegemónico, donde la soberanía es considerada como un absoluto, es problemático en una federación, especialmente cuando esta federación es multinacional. Tal gama de federaciones no tiene una psique unitaria; su psique está por definición, aunque en diversos grados, fracturada. En Canadá, este problema se encuentra agudizado en la relación de Québec con el resto de Canadá. Québec se concibe a sí mismo como una nación,

¹⁷ Howse, Robert, “Federalism, Democracy, and Regulatory Reform: A Skeptical View of the Case for Decentralization”, en Knop, Karen *et al.* (coords.), *Rethinking Federalism: Citizens, Markets, and Governments in a Changing World*, Vancouver, UBC Press, 1995, p. 273.

¹⁸ On these three different perspectives from which the success of a federation can be evaluated, véase Simeon, R. “Criteria for Choice in Federal Systems”, 8 *Queen’s Law Journal* 131, 1999.

¹⁹ Noël, Alain, “Is Decentralization Conservative? Federalism and the Contemporary Debate on the Canadian Welfare State”, en Young, Robert (coord.), *Stretching the Federation. The Art of State in Canada*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1999, p. 195.

como Escocia o Cataluña; Québec tiene una relación existencial con el federalismo que le induce a ampliar sistemáticamente su autonomía jurisdiccional, a veces al punto de caer en la trampa del narcisismo freudiano de pequeñas diferencias. En cambio, las otras provincias tienen una relación funcional con el federalismo. Entonces, es menos probable que se opongan a las intervenciones federales en sus áreas jurisdiccionales con el fin de asegurar la superioridad de las normas “nacionales”. Es en este contexto donde el problema esencialmente se presenta, porque en esa provincia perciben al gobierno federal como un gobierno nacional cuya misión es la de defender una identidad canadiense indiferenciada políticamente, la cual obviamente se eleva a enfrentar la visión de Canadá compartida por una mayoría de los nacidos en Québec. En síntesis, dos nacionalismos legítimos, uno canadiense y el otro quebequense, terminan oponiéndose constantemente.

VI. VALORES QUE DEBEN SER RESPETADOS Y JUDICIALMENTE EJECUTADOS CUANDO UNA FEDERACIÓN EXISTE

Para evitar, tanto como sea posible, estos obstáculos, los actores federales deben seguir una disciplina inspirada por los valores situados en la parte central del principio federal. He argumentado en otro documento que estos valores se deben encontrar a través de una reflexión respecto a los requisitos mínimos para lograr una alianza federal.²⁰ Desde mi punto de vista, tal alianza implica necesariamente un nivel mínimo, primero, de la confianza entre los partidos, que presupone que actúan en un espíritu de lealtad hacia cada uno y hacia el principio federal mismo (por lo menos se impone ante ellos un deber del dominio de sí mismo). En segundo lugar, este tipo de alianza requiere la igualdad de estatus entre ellos, que prohíbe la subordinación *de jure* y *de facto* de una hacia otra. En este sentido, ella presupone la autonomía relativa de los actores federales, lo que implica el respecto de la autonomía de cada uno por todos. Prácticamente, este

²⁰ Gaudreault-DesBiens, Jean-François, “The Canadian Federal Experiment, or Legalism Without Federalism? Toward a Legal Theory of Federalism”, en Calvo-García, Manuel y Felstiner, William (ed.), *Federalismo-Federalism*, Madrid, Dyckinson, 2004, p. 81.

principio de autonomía puede ser comprendido como la implicación de un derecho relativo a la experimentación dentro de las competencias de cada nivel de gobierno.²¹ Tercero, una alianza federal exige un cierto nivel de solidaridad entre los partidos, que plantea las cuestiones de la justicia distributiva, de la igualdad interpersonal y de la ciudadanía federal significativa.²² En Canadá, es entendido en parte a través del establecimiento de un sistema constitucional de igualdad financiera. Por último, este tipo de alianza presupone un sistema de “justicia federal”, entendida como la necesidad de contar con la presencia de un árbitro judicial independiente en la federación.

En conjunto, estos requisitos, y los principios que emanan de ellos, pueden asegurar la estabilidad de la federación, y, alentadoramente, proveer el derecho del federalismo con razonamientos sobre la base de los casos reales que pueden ser juzgados. Estos valores deben ser cumplidos judicialmente. Forman así la base de un “Estado de derecho federal” o de un “principio de legalidad federal”.

Esto permite realizar algunas observaciones sobre la situación canadiense. De todos los requisitos antedichos, debo enfatizar la importancia de la autonomía *de jure* y *de facto*. La experiencia canadiense es indicativa de los problemas que inician cuando un nivel de gobierno *de facto* infringe la autonomía *de jure* de otro nivel de gobierno. Uno de los tópicos más debatidos en el derecho constitucional de Canadá es el derecho del gobierno federal de actuar en áreas que normalmente caen en la jurisdicción constitucional local, y compartir las condiciones de su actuación. Según lo antes referido, aunque legislar en estas áreas no sería permitido constitucionalmente, el gobierno federal de todas formas utiliza su poder de actuación para imponer prioridades a las provincias con las condiciones preceptivas, realizando de manera indirecta lo que no podría directamente. Haciendo esto, se aprovecha de una situación donde las provincias tienen jurisdicción constitucional sobre los asuntos tales como educación y salud, que implican proveer servicios costosos, sin tener necesariamente los

²¹ Este derecho es relativo porque no puede ser usado en una manera incompatible con la lealtad federal.

²² Sobre este tema, véase Choudhry, Sujit; Gaudreault-DesBiens, Jean-François y Sossin, Lorne (coords.), *Dilemmas of Solidarity. Redistribution in the Canadian Federation*, Toronto, University of Toronto Press, 2006.

recursos financieros para otorgar estos servicios. Existe así un desequilibrio entre los ingresos del gobierno federal y las grandes responsabilidades constitucionales de las provincias. El gobierno federal entonces se aprovecha de una situación constitucional donde el gobierno federal toma el control sobre “el poder del gasto” y permanece virtualmente sin vigilancia judicial. Mi idea aquí no es decir que todos los gastos federales condicionales deben ser declarados inconstitucionales. Al contrario, he señalado en otra parte que lo que es necesario es un acercamiento jurídico más refinado respecto a este tema y al federalismo en general, y que el principio de solidaridad ofrece un fundamento normativo para algunos tipos de gasto federal condicional en áreas jurisdiccionales locales. Quiero acentuar la necesidad absoluta de los tribunales en desempeñar un papel independiente, activo, e incluso notable en la dirección de los conflictos federales relacionados con la tarea de asegurar que exista un cierto equilibrio entre los niveles del gobierno implicados, y lo más importante, en la protección de la autonomía relativa *de jure* y *de facto* de ambos niveles del gobierno.

Pero, como ya señalé, esta autonomía es solamente relativa. El entendimiento del federalismo que refleja una indiferencia por los intereses de sus socios federales es altamente problemático. Tal entendimiento, en muchas ocasiones, decrece federaciones en confederaciones. Mientras que una confederación implica la preservación de la soberanía de todos sus miembros, el orden jurídico constituido como una federación es distinto y autónomo de los órdenes jurídicos de las unidades federadas. Como tal, la misma existencia de un orden jurídico federal autónomo requiere de las unidades federadas que puedan de vez en cuando superar sus diferencias y especificidades para alcanzar un mayor bien común federal. Como Manuel García-Pelayo ha observado, “[e]l Estado Federal no es un simple equilibrio entre un poder central y una pluralidad de poderes, sino una síntesis dialéctica entre ambos. Expresión jurídica de esta síntesis es la inordinación de los Estados particulares en el conjunto total”.²³ El federalismo y el aislacionismo constitucional radical son antitéticos.

²³ García-Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 239.

VII. CONCLUSIONES

Si revisamos los valores que pueden ser fomentados por el federalismo, nos damos cuenta que: 1) Participación pública en democracia; 2) Rendición de cuentas y responsabilidad; 3) Innovación; 4) Diversidad; y 5) Libertad, son valores que se relacionan de una u otra forma con la democracia. Así pues, a la pregunta clásica “¿es posible un federalismo genuino sin democracia”, la respuesta rotunda es “no”.

Sin embargo, debe ser considerado que el federalismo no es una panacea. La experiencia de muchas federaciones demuestra que el federalismo es “complicado”, como señaló Tocqueville. El federalismo no pretende borrar tensiones y paradojas; en su lugar, intenta proporcionar un método para manejar estas tensiones y paradojas. Como tal, el federalismo refleja de alguna manera al ser humano que tiene que vivir con sus propias tensiones y paradojas, y tiene que encontrar la forma de reconciliar varias identidades. Soy un canadiense, un quebequense, un varón, un padre, un profesor de derecho, etcétera; algunas veces, una de estas identidades prevalece sobre las demás, pero al día siguiente, puede cambiar.²⁴

Entonces, el federalismo puede ser caracterizado como un método de gobernanza cuya principal característica es el reconocimiento inicial de la complejidad política y socio-cultural. Esto no siempre encaja bien en un ambiente político todavía informado por el absolutismo del Estado-nación. Es un método que, para ser exitoso, requiere que los actores federales adopten una actitud de dominio de sí mismos y prudencia en la conducción de sus relaciones. Más importante, el federalismo puede prosperar solamente si es apoyado por una cultura federal, cuyo crecimiento depende no solamente de actores institucionales, incluyendo los judiciales, sino también de la presencia de una

²⁴ Sobre el federalismo como un medio de conciliación de la multiplicidad de las identidades personales y políticas de cada persona, véase Macdonald, Roderick A., “Kaleidoscopic Federalism”, en Gaudreault-DesBiens, Jean-François y Fabien Gélinas (coords.), *The Moods and States of Federalism: Governance, Identity, and Methodology-Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Brusselas-Cowansville, Bruylant-Éditions Yvon Blais, 2005, p. 261.

sociedad civil dinámica. Sólo una verdadera cultura federal puede asegurar la preservación del federalismo en el mundo globalizado donde la presencia de las entidades subestatales parece un impedimento, más que una fuente de diversidad. En ese sentido, la diversidad cultural sostenible y el federalismo son aliados objetivos.