

LA CONTIENDA INTERGUBERNAMENTAL EN SISTEMAS FEDERADOS¹

James Gardner²

Mi tema de hoy es el federalismo, y en particular, cómo este trabaja en los complejos estados de hoy día.

La meta del diseño constitucional federal es la sustentabilidad. Los sistemas federados cortejan dos riesgos diametralmente opuestos. Otorgarles demasiado poder a los gobiernos nacionales conlleva un riesgo de colapso interno hacia la centralización y su concomitante amenaza a la libertad individual. Brindarle poder excesivo a unidades subnacionales es arriesgarse a la fragmentación del estado y la consiguiente pérdida de los beneficios y protecciones que provee la vida en un gran estado moderno.

En la tradición Madisoniana del diseño constitucional, se cree que evitar estos riesgos— así como la sustentabilidad del sistema federado—depende de un balance cuidadosamente planificado entre fuerzas opuestas.³ Se considera que una distribución simétrica de poder entre los gobiernos nacionales y subnacionales es el prerrequisito para una descentralización sostenida de poder.

Aun así, visto desde afuera, parece imposible lograr el difícil diseño de un balance entre el poder nacional y el poder subnacional. En estados federados modernos, el balance de poder entre las unidades constituyentes parece inclinarse casi siempre hacia el gobierno central. Los gobiernos nacionales son más grandes que los subnacionales. Tienen acceso a más ingresos públicos y empuñan mayores recursos. Son los puntos de foco de la identidad nacional y los agentes de relaciones externas en la plataforma mundial. Los tribunales constitucionales a menudo apoyan el uso de expansivos poderes nacionales, especialmente en tiempos de crisis. Sin embargo, es igualmente evidente que los gobiernos nacionales en estados federados no siempre se salen con la suya. A veces—y con frecuencia en algunos estados—las unidades subnacionales

¹ Texto presentado en el acto de incorporación a la Academia Nacional de Derecho como académico correspondiente en USA.

² Decano Interino Buffalo Law School, State University of New York. Bridget y Thomas Black Profesor

³ Madison, *The Federalist*, Nos. 48-51 (Clinton Rossiter, ed. 1961).

prevalecen cuando sus objetivos y política contienden con los del estado central. Las políticas nacionales se pueden alterar para la satisfacción de las unidades subnacionales o se pueden bloquear por completo. Los gobiernos subnacionales pueden exitosamente poner en agenda puntos de diseño de políticas nacionales. En resumen, el poder nacional en las federaciones a menudo se blande en servicio de las metas subnacionales.

¿Cómo es esto posible ante las ventajas aparentemente inherentes del estado central? Contestar esta pregunta requiere investigar cómo opera realmente el federalismo. Ni el texto constitucional ni los principios de teoría constitucional pueden contestar estas preguntas. La constitución no siempre guía o controla por completo la conducta de los actores gubernamentales. Y los seres humanos tienen una descuidada tendencia a ignorar principios teóricos que, según los estudiosos, deberían guiar su conducta.

Para contestar esta pregunta, entonces, es imperativo examinar las herramientas y métodos a los que las unidades subnacionales en los estados federados realmente acuden a la hora de influenciar, cambiar frustrar o instigar las políticas nacionales. Ciertamente, la constitución siempre es pertinente dado que la estructura formal del derecho constitucional en un estado federado crea o retira, de manera inevitable, opciones y arenas para la contienda gubernamental. Pero no se debe asumir, sin evidencia a tales efectos, que los gobiernos nacionales y subnacionales compiten por el poder utilizando métodos y lugares contemplados por esquemas constitucionales. Por el contrario, debemos investigar dónde y a través de qué métodos ocurre la contienda. Eso es lo que propongo que hagamos hoy.

Por consiguiente, me refiero a dos ejemplos, el de Estados Unidos y el de Canadá. Para cada uno, describiré brevemente las herramientas que los estados de la Unión y las provincias canadienses han desarrollado y utilizado a través del tiempo en aras de lograr su cometido. Lo que veremos tiende a validar la propuesta reciente de Moisés Naím sobre la manera en que lo que él llama “micropoderes” logra lo que se propone aun contra oponentes mucho más poderosos: “Desgastan, impiden, minan, sabotean y rebasan a los mega-actores en formas que los últimos, aun con la inmensidad de sus recursos, no están equipados o preparados para resistir”.⁴

⁴ Moisés Naím, *The End of Power: From Boardrooms to Battlefields and Churches to States, Why Being in Charge Isn't What It Used to Be* 52 (2013).

Federalismo estadounidense

Los miembros de la generación que fundó a los Estados Unidos reservaron una profunda sospecha hacia la centralización concentrada del poder, modelo del imperio nacional contra el cual se rebelaron.⁵ Como resultado, aun aquellos que profesaron la necesidad de crear una autoridad central estabilizadora concordaron en que hacerlo implicaría graves riesgos. Los Constituyentes resolvieron este problema creando un gobierno nacional que creían que tendría el poder de hacer lo que hiciera falta hacer a nivel nacional, pero nada más—un gobierno nacional de grandes pero limitados poderes. Esta solución se implementó a través de una descentralización constitucional del poder que creó un gobierno nacional de poderes enumerados y limitados,⁶ y asignó los poderes generales restantes al nivel subnacional.⁷ Los Padres de la Constitución anticiparon que cada nivel de gobierno tendría suficiente poder para monitorear y supervisor al otro, y que este diseño podría ser auto-estabilizador al institucionalizar una lucha perpetua entre los dos órdenes en la cual ninguno pudiera prevalecer.

Si los Constituyentes claramente contemplaron la posibilidad de fricción, desacuerdo y supervisión mutua entre los gobiernos nacionales y estatales, entonces, ¿cómo anticiparon que estas luchas, de hecho, se desatarían? El mecanismo principal de la Constitución de los Estados Unidos provee para la afirmación rutinaria de objeciones estatales a la política nacional o el uso del poder nacional en el Senado. Concebido como una cámara de representación de los estados en su capacidad corporativa,⁸ el Senado debía proveerle a los estados un foro disponible para la afirmación de sus intereses.

La pregunta más interesante, en ciertos sentidos, es cómo los Constituyentes anticiparon que los estados podrían avanzar y proteger sus intereses en aquellas ocasiones en que no habría

⁵ Malcolm M. Feeley and Edward Rubin, *Federalism: Political Identity and Tragic Compromise* 101-102 (2008).

⁶ U.S. Const., Art. I § 8.

⁷ Id., enmienda. X: “Los poderes que la constitución no le ha delegado a Estados Unidos, o que los Estados no le han prohibido, se les reservan a los Estados respectivamente, o al pueblo”; *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

⁸ U.S. Const. Art. I, § 3.

disponibilidad de modos de expresión e influencia constitucionalmente permitidos. En estas circunstancias, los Padres de la Constitución evidentemente contemplaron que los estados pudieran acudir a una serie de medidas que incluyeran manifestaciones intensificadas, no en las salas de gobierno, pero sí en la esfera pública. En caso de crisis, se esperaba que los estados primero manifestaran desaprobación, y luego invocaran la práctica revolucionaria de protesta, para luego llegar al desafío y la obstrucción, y finalmente, de ser absolutamente necesario, a la resistencia militar activa al poder federal.⁹

La asignación contemporánea de poder entre los gobiernos nacionales y subnacionales en los Estados Unidos se ha alejado mucho del diseño constitucional original. Para finales del siglo XX, las condiciones de la modernidad se habían adentrado tanto en el plan constitucional original que la distribución real de poder entre los gobiernos nacional y subnacional se inclinó dramáticamente en favor del poder nacional. El crecimiento del estado administrativo, las exigencias de haber luchado en dos guerras mundiales y la Gran Depresión, y el rol básicamente de apoyo del gobierno federal al movimiento de los derechos civiles le confirió gran legitimidad al gobierno nacional a costa de los estados.¹⁰ Además, durante un periodo que duró más de cuatro décadas, el Tribunal Supremo le concedió legitimidad constitucional a estos desarrollos en una serie de sentencias que ratificaron la inmensa expansión del poder nacional que ha ocurrido en la práctica.¹¹

En estas circunstancias, se podría asumir que el poder subnacional en los Estados Unidos se ha vuelto ampliamente irrelevante, pero esto está muy lejos de la verdad. De hecho, aun en condiciones hostiles para el ejercicio eficaz del poder formal subnacional, los estados de la Unión, no obstante, han logrado desarrollar una amplia variedad de técnicas—algunas

⁹ Larry Kramer, *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*, 100 *Colum. L. Rev.* 215 (2000).

¹⁰ Feeley and Rubin, *supra* esolío 3, pp. 110-15.

¹¹ Véase, por ejemplo, *NLRB v. Jones & Loughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942); *Heart of Atlanta Motel v. U.S.*, 379 U.S. 241 (1964); *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641 (1966).

claramente contempladas por la Constitución, otras, no tanto—para protegerse con éxito del poder nacional, afirmando los intereses de sus ciudadanos contra invasiones del gobierno nacional e influenciando la dirección y el contenido de la política nacional.

1. *Amenazas de resistencia violenta.* Entre las estrategias extraconstitucionales más poderosas—y más arriesgadas—que los estados de la Unión han empleado se encuentra el uso o amenaza de fuerza para resistir ejercicios de poder nacional.¹² Aunque el uso final de la fuerza—la secesión—ha fallado muy mal, en ocasiones, los estados han recurrido a la fuerza de menores y mejor calculadas formas para obtener lo que quieren. La Crisis de la Anulación de 1832 probablemente es el ejemplo más prominente. En aras de protestar un impuesto nacional que suprimía el mercado extranjero, Carolina del Sur creó un ejército pequeño que amenazó con bloquear cualquier esfuerzo de oficiales de la aduana nacional de recolectar el impuesto en el puerto de Charleston. La amenaza de violencia se difundió eventualmente cuando el gobierno nacional tomó medidas cuidadosas para evitar una confrontación abierta, y Carolina del Sur se echó hacia atrás en su amenaza de utilizar la fuerza.¹³

Otro ejemplo más reciente de alguna amenaza estatal de uso de fuerza es la bravuconada de Arkansas de 1957 en respuesta a esfuerzos nacionales por implementar una orden judicial federal que requería terminar con la segregación racial en la Central High School en Little Rock, la capital estatal. El Gobernador de Arkansas envió a la Guardia Nacional a la escuela para prevenir por la fuerza que los estudiantes demandantes entraran y trataran de terminar con dicha segregación.¹⁴ A medida que se cocinaba una confrontación, el gobernador retiró sus tropas, dejando que los estudiantes se encararan a una turba blanca. El Presidente Eisenhower, entonces, envió una unidad militar estadounidense regular para implementar la orden del tribunal y mantener la paz.¹⁵

¹² Los siguientes ejemplos se encuentran en James A. Gardner, *Interpreting State Constitutions* (2005).

¹³ William W. Freehling, *Prelude to Civil War: The Nullification Controversy in South Carolina, 1816-1836* (1968).

¹⁴ Taylor Branch, *Parting the Waters: America in the King Years, 1954-63* (1989), p. 222-24.

¹⁵ *Id.*

Más recientemente, los estados han amenazado con confrontación física con el gobierno nacional sobre asuntos de política ambiental. En 1988, conforme a una política de Idaho de negarse a aceptar desecho nuclear de fuera de su estado, el Gobernador envió a la policía al borde estatal para confiscar un envío ferroviario de desecho radioactivo generado en una instalación nuclear en Colorado.¹⁶

2. *Fuerte desafío.* Desde luego, la violencia es solo el método más extremo que los estados emplean a veces para desafiar al gobierno nacional. En una categoría de conducta desafiante que algunos podrían relacionar con la desobediencia civil individual,¹⁷ los estados han tomado acción oficial abierta para resistir, impedir o minar la efectividad de ejercicios legales de autoridad nacional. Un ejemplo tiene que ver con la Ley USA Patriot,¹⁸ la cual fue promulgada por el Congreso tras los actos terroristas del 11 de septiembre de 2001. La Ley contenía disposiciones que expandían significativamente la autoridad del gobierno nacional para investigar el terrorismo y detener individuos que fuesen considerados como amenazas a la seguridad doméstica. Algunas de dichas disposiciones crearon serias preocupaciones de derechos civiles. Algunos estados respondieron con legislación que desafió la afirmación de poder nacional de la Ley. Más prominentemente, Alaska, Colorado y Montana proclamaron estatutos que no permitían que personal estatal policial cooperara con oficiales federales en investigaciones antiterroristas bajo los términos descritos en la Ley.¹⁹

Los estados también han proclamado las llamadas “leyes de libertad de portar armas”, con el propósito de, -bajo la Cláusula de Comercio-, exceptuar las armas de fuego del poder regulador federal;²⁰ las leyes de medicalización de la marihuana, dirigidas a legalizar el uso

¹⁶ Fox Butterfield, Idaho Firm on Barring Atomic Waste, New York Times, Oct. 23, 1988, 1:32.

¹⁷ Jessica Bulman-Pozen and Heather K. Gerken, Uncooperative Federalism, 118 Yale L.J. 1256, 1272 (2009).

¹⁸ Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

¹⁹ Bulman-Pozen and Gerken, *supra* esolío15, pp. 1278-79.

²⁰ John Dinan, Contemporary Assertions of State Sovereignty and the Safeguards of American Federalism, 74 Albany L. Rev. 1635, 1650-51 (2011).

médico de la marihuana, claramente prohibido por las leyes federales antidrogas;²¹ y las restricciones o abiertas prohibiciones al aborto en circunstancias claramente protegidas por la ley constitucional nacional al momento de la proclama.²²

3. *Desafío débil.* El desafío estatal también puede ser más débil o disimulado, como fallar por completo en el cumplimiento o en la implementación de la ley federal. Aquí, el estado no desafía la ley nacional abiertamente, sino que, en la pose de hacer valerla, la sabotea con medidas flojas o inapropiadas.²³

4. *Negación de cooperación necesaria.* No todos los métodos de resistencia estatal a abusos del poder nacional son tan complejos. Cuando el gobierno nacional utiliza su poder de gasto antes que su poder de comercio para proclamar programas a lo largo de la nación, induce a los estados a participar en los programas condicionando recompensas económicas a la participación y cumplimiento estatal. En estas situaciones, los estados podrían resistirse a lo que perciben como abusos de poder nacional simplemente rehusando los incentivos financieros.²⁴ Aunque es mucho más común que los estados acepten fondos nacionales condicionados que el que los rechacen,²⁵ estos han sacrificado ocasionalmente dichos fondos para poder rechazar políticas que ven como adversas para el bien público. Por ejemplo, Nuevo Hampshire se ha negado reiteradamente a proclamar una ley de uso obligatorio de cinturones de seguridad, renunciando así a una porción de su asignación federal de mantenimiento de

²¹ Id. pp. 1645-49; John Dinan, How States Talk Back to Washington and Strengthen American Federalism, Policy Analysis 1 (No. 744, Dec. 3, 2013), pp. 3-4. La validez de las prohibiciones generales al uso de la marihuana se afirmó explícitamente en *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop*, 532 U.S. 483 (2001) y *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005).

²² Dinan, How States Talk Back, supra escolio19, pp. 8-10.

²³ Gardner, supra note 10, at 92-93.

²⁴ *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987).

²⁵ Albert J. Rosenthal, Conditional Spending as a Regulatory Device, 26 San Diego L. Rev. 277-288 (1989); Calvin R. Massey, Etiquette Tips: Some Implications of "Process Federalism," 18 Harv. J. Law and Public Policy 175-226 (1995).

carreteras y fondos de construcción.²⁶ Por años, Nevada y Wisconsin han sacrificado fondos federales de carreteras al declinar bajar su umbral estatutario para sanciones por conducir en estado de embriaguez a un nivel de 0.8 por ciento de alcohol en la sangre, en desafío del ajuste que quiere la ley federal.²⁷

La forma más fuerte de retención de cooperación a la que han recurrido los estados a veces es la prohibición legislativa directa de cooperación de los oficiales estatales y locales. Por ejemplo, algunos estados utilizaron la ley para prohibirle a sus oficiales participar en la implementación de la Ley Federal de Identificación Real, una ley anti-terrorismo diseñada para restringir la capacidad de los terroristas de obtener licencias de conducir de Estados Unidos imponiendo requisitos onerosos en los procesos a través de los cuales los estados otorgan dichas licencias.²⁸

5. *Influencia política.* Aun cuando los estados no tienen el poder de actuar por cuenta propia, tienen medidas enteramente legales de influenciar el contenido de la política nacional. Una herramienta importante de influencia subnacional es la explotación de varias avenidas de influencia política.²⁹ Los oficiales estatales a menudo tienen la capacidad, por ejemplo, de presionar a la delegación congresional del estado a trabajar para la implementación

²⁶ Donn Tibbetts, Lift Seat-Belt Sanctions, Merrill Urges DOT Chief, Manchester Union Leader, Jan. 28, 1995, A-1; Editorial, Buckled by Choice: The Useless Seatbelt Mandate, Manchester Union Leader, April 29, 2009.

²⁷ Ed Vogel, Lower Drunken Driving Standard Sought, Las Vegas Review-Journal, Mar. 7, 2001; Amy Rinard, State Pays for Its 0.10 Standard, Milwaukee Journal Sentinel, Apr. 21, 2002.

²⁸ John D. Nugent, Safeguarding Federalism: How States Protect Their Interests in National Policymaking 194 (2009); Dinan, How States Talk Back, *supra* escolio19, p. 5.

²⁹ Herbert Wechsler, The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government, 54 Colum. L. Rev. 543 (1954); Jesse Choper, Judicial Review and the National Political Process (1980).

a nivel nacional de las políticas que el estado favorece.³⁰ A través de dichos medios, los oficiales estatales pueden bloquear legislación que desapruaban antes de que se proclame, u obtener modificaciones de propuestas de políticas nacionales para eliminar o moderar disposiciones a las que se oponen.

Los estados también pueden recurrir a las herramientas de influencia política que empuñan grupos de intereses ordinarios. Por ejemplo, estos han formado una variedad de “asociaciones comerciales” especializadas para desarrollar posturas coordinadas y cabildear en el Congreso, que incluyen la Asociación Nacional de Gobernadores, el Consejo Nacional de Legislaturas Estatales, la Liga Nacional de Ciudades, la Asociación Nacional de Condados y ciertas asociaciones de gobernadores regionales y de un solo asunto.³¹

Adicionalmente, como otros grupos de interés, los estados pueden ejercer presión política en Washington movilizandando la opinión pública.³² Por ejemplo, los oficiales electos pueden, y a menudo convocan ruedas de prensa para anunciar su oposición a la legislación nacional o a decisiones de políticas.³³

6. *Negociaciones y convenios.* Otra herramienta disponible a los estados a la hora de influenciar el ejercicio de poder nacional es la negociación. Aun cuando el gobierno federal tiene la autoridad de actuar unilateralmente —con frecuencia, este es el caso en áreas de autoridad nacional por operación de la Cláusula de Supremacía—, lograr una negociación intergubernamental significativa obviamente requiere que los estados tengan algo que los oficiales federales deseen. Usualmente, lo que los oficiales federales quieren de los estados es

³⁰ Donald H. Hadier, *When Governments Come to Washington: Governors, Mayors, and Intergovernmental Lobbying* (1974); Anne Marie Cammisa, *Governments as Interest Groups: Intergovernmental Lobbying and the Federal System* (1995); John Dinan, *State Government Influence in the National Policy Process: Lessons from the 104th Congress*, 27 *Publius* 129 (1997).

³¹ Nugent, *supra* esolío26, pp. 118-126.

³² John Dinan, *Shaping Health Reform: State Government Influence in the Patient Protection and Affordable Care Act*, 41 *Publius* 395, 404 (2011).

³³ *Id.*

cooperación. Dado que la cooperación estatal se puede dar o retener en distintos puntos del proceso de desarrollo e implementación de políticas nacionales, el sistema ofrece numerosas posibilidades de regateo.³⁴

7. *Litigación.* Una manera totalmente legal y formalmente reconocida en que los estados de la Unión influyen el desarrollo de políticas por las ramas legislativas y ejecutivas nacionales es invocar el poder de la rama judicial nacional contra ellos. Los estados a menudo tienen éxito demandando al gobierno federal en tribunales federales en cuanto a alegados abusos de autoridad nacional.³⁵

Ocasionalmente, los estados no solo han demandado para impugnar políticas federales ya promulgadas como leyes, sino que han usado la amenaza de la litigación para influenciar la creación de políticas nacionales durante su etapa de desarrollo. Por ejemplo, durante el tratamiento congresional de la Ley de Protección al Paciente y Cuidado de Salud Asequible, los gobernadores y los fiscales generales utilizaron la amenaza de demandas “para tratar de influenciar el diseño del proyecto antes de su promulgación”.³⁶ En otros casos, los estados han creado estrategias coordinadas de legislación y litigación, promulgando legislación que desafía los límites del poder estatal en un esfuerzo de suministrar pruebas para futuras demandas.³⁷

Federalismo canadiense

A continuación, me moveré hacia el norte para considerar la misma incógnita en relación a Canadá: ¿cómo se salen con la suya las provincias canadienses contra el mayor y más rico gobierno nacional? Como veremos, los mecanismos que emplean las provincias canadienses a menudo difieren de aquellos utilizados por los estados de la Unión, y las diferencias se pueden trazar grandemente a distinciones que subyacen en las estructuras constitucionales de los federalismos estadounidense y canadiense.

Bajo la Constitución Canadiense, el poder legislativo nacional está revestido en el Parlamento, que está compuesto de la Cámara de los Comunes y el Senado. El pueblo escoge a

³⁴ Erin Ryan, *Federalism and the Tug of War Within* 281 (2011).

³⁵ **¡Error! solo el documento principal.** E.g., *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

³⁶ Dinan, *Shaping Health Reform*, supra escolio 30, p. 405.

³⁷ Dinan, *How States Talk Back*, supra escolio 19, p. 8-10.

los miembros de los Comunes. Los senadores son usualmente asignados por el Gobernador General, un oficial asignado por la Reina, pero la práctica común es que el Gobernador General asigne los puestos solo por recomendación del gabinete.³⁸

Como en los Estados Unidos, el Senado canadiense se originó para servir como foro de representación de los intereses de las provincias. Sin embargo, la posibilidad de que el Senado pueda servir como un foro eficaz para el poder subnacional se saboteó totalmente gracias al método constitucional de asignación. Más que delegarle la asignación de Senadores a las mismas provincias, la constitución se lo otorga, para todo propósito práctico, al gabinete federal, con el predecible resultado de que el Senado se componga de séquitos de aliados escogidos a mano del partido de turno que gobierne en los Comunes. Por consiguiente, históricamente, el Senado no ha servido ni como vehículo de influencia subnacional sobre el poder nacional ni como un supervisor efectivo del poder legislativo nacional de los Comunes.³⁹

Existe la práctica de “federalismo ejecutivo”.⁴⁰ Este término describe un proceso de creación de políticas en el que las decisiones de mayor envergadura sobre la política nacional se toman no en deliberaciones de una legislatura nacional representativa, sino a través de negociaciones intergubernamentales entre los jefes ejecutivos de los gobiernos nacional y subnacionales.⁴¹ En general, se cree que el surgimiento del federalismo ejecutivo en Canadá obedece a un conjunto inusual de interacciones entre las estructuras constitucionales canadienses. Dado que Canadá, contrario a muchas democracias parlamentarias, también es un estado federado, se crean las condiciones en las cuales los primeros ministros ejercen un control muy ajustado sobre sus parlamentos, y todo gobierno nacional o subnacional está gobernado por esos ministros inusualmente poderosos. Esto crea condiciones como las internacionales, o aquellas

³⁸ Constitution Act, 1982, Arts. 17, 24, 37; Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), 1:21, 282.

³⁹ *Id.* at 283-284.

⁴⁰ Se le acredita el término a Smiley. Donald V. Smiley, *The Federal Condition in Canada* (1987).

⁴¹ Como lo ha puesto un jurista, “[e]n Canadá, las relaciones intergubernamentales se han vuelto el sustituto del compromiso a través del Parlamento”. David E. Smith, *Federalism and the Constitution of Canada* 93 (2010).

que prevalecen en la Unión Europea, en las cuales los jefes de estado pueden conducir una cantidad considerable de negocios mientras operan fuera de sus procesos legislativos formales.⁴²

Herramientas y métodos de influencia subnacional

A continuación discutiré los métodos concretos que las unidades subnacionales de Canadá utilizan para obtener lo que quieren del gobierno nacional. En resumen, dada la institucionalización del federalismo ejecutivo, el método más común al cual recurren las provincias canadienses es la negociación. Como resultado, las decisiones de mayor importancia relacionadas a la creación de políticas se toman a través de un proceso que Richard Simeon ha llamado muy acertadamente “diplomacia provincial”.⁴³

Negociación y tratados

En este sistema, que se caracteriza por “consulta y negociación extensa que va de caso en caso”,⁴⁴ las provincias canadienses buscan influenciar las acciones del gobierno nacional a través de la negociación.

Negociaciones multilaterales abarcadoras. En su forma más pura, el regateo intergubernamental asociado al federalismo ejecutivo ocurre a través de los convenios colectivos entre los catorce jefes de gobierno. Este tipo de procedimientos podría suscitarse dentro de los confines formales de la institucionalizada y rutinaria Conferencia de Primeros Ministros; o sobre una base más ad hoc en la forma de Reuniones de Primeros Ministros convocadas para lidiar con crisis ocasionales; o una que otra vez, en consultas a puerta cerrada, tras bastidores, y fuera del

⁴² Ronald L. Watts, *Executive Federalism: A Comparative Analysis 1* (Queens University Institute of Intergovernmental Relations 1989), <http://www.queensu.ca/iigr/pub/archive/researchpapers/Researchpaper26ExecutiveFederalismWatts.pdf>.

⁴³ Richard Simeon, *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada* (1972).

⁴⁴ Herman Bakvis and A. Brian Tanguay, *Federalism, Political Parties, and the Burden of National Unity: Still Making Federalism Do the Heavy Lifting?*, in Herman Bakvis and Grace Skogstad, *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy* (2d ed., 2008), at 130.

ojo público.⁴⁵ Muchas negociaciones intergubernamentales canadienses son manejadas por ministros y burócratas con carteras específicas que actúan como representantes de sus gobiernos.⁴⁶

Una de las negociaciones intergubernamentales abarcadoras más exitosas es el Acuerdo sobre Comercio Interno, un trato entre los gobiernos federal y provincial en 1994 que prohíbe la creación de barreras internas de comercio, garantiza la no-discriminación a oportunidades por motivos de origen o residencia, y compromete a todos los gobiernos a la liberalización del comercio.⁴⁷

Negociaciones bilaterales. Las provincias canadienses también pueden —y lo han hecho frecuentemente— influenciar exitosamente la política nacional a su favor a través de negociaciones bilaterales con el gobierno federal. A veces, las negociaciones bilaterales pueden darse sobre un solo asunto de interés primordial para una o unas cuantas provincias. Un ejemplo muy conocido es la negociación entre Ottawa y las provincias de Terranova y Labrador y Nueva Escocia, que han llevado a lo que se conoce como los Acuerdos Atlánticos. Bajo estos tratos, que le dieron fin a una disputa sobre la titularidad provincial o nacional de depósitos de petróleo encontrados mar adentro, se estableció una Junta de Petróleo en Alta Mar como agencia conjunta provincial-federal para manejar el desarrollo de los recursos en controversia. La fórmula federal de igualación también se ajustó en favor de las dos provincias.⁴⁸

⁴⁵ Martin Papillon and Richard Simeon, *The Weakest Link? First Ministers' Conferences in Canadian Intergovernmental Relations*, in Peter Meekison, Hamish Telford, and Harvey Lazar, eds., *Canada: The State of the Federation, 2002: Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism* (2004), p. 119 y texto cercano.

⁴⁶ La analogía de Simeon a la diplomacia internacional tiene gran tracción aquí: tal como en el reino internacional, las relaciones intergubernamentales canadienses podrían ser continuadas por los jefes de estado, o por oficiales de niveles progresivamente menores, dependiendo del grado de interés y compromiso que los gobiernos quieren demostrar, consistente con las convenciones diplomáticas.

⁴⁷ Acuerdo sobre Comercio Interno, disponible en [http://www.ic.gc.ca/eic/site/ait-aci.nsf/vwapj/AIT_agreement_2007-05_en.pdf/\\$FILE/AIT_agreement_2007-05_en.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/ait-aci.nsf/vwapj/AIT_agreement_2007-05_en.pdf/$FILE/AIT_agreement_2007-05_en.pdf).

⁴⁸ James P. Feehan, *Equalization 2007: Natural Resources, the Cap, and the Offset Payment Agreements*, in John R. Allan, Thomas J. Courchene, and Christian Leuprecht, eds., *Canada: The State of the*

Otra circunstancia en la cual se llega a arreglos bilaterales es la negociación de la autoridad provincial para salirse por completo de un acuerdo entre el gobierno federal y las otras provincias. Por ejemplo, las negociaciones sobre el Plan de Pensión Canadiense en 1960 resultó en la inclusión —ante la insistencia de Quebec— de una disposición que le permitiera a las provincias salirse del acuerdo y recuperar por sí mismas fondos perdidos a través de su propio alivio del impuesto de rentas federales en las provincias que ejerzan dicha opción.⁴⁹ Este arreglo —no el primero en su categoría— autorizó a Quebec a “hacerse totalmente responsable de programas manejados en el resto del país por gobiernos federales o provinciales, o por Ottawa sola”.⁵⁰ Aunque las disposiciones de salida a menudo están disponibles para cualquier provincial, regularmente se incluyen aunque solo una o dos provincias expresen interés en ellas.

Negociaciones constitucionales. La combinación en Canadá del federalismo ejecutivo y una fórmula de enmienda constitucional que no requiere participación popular crea condiciones en las que las negociaciones intergubernamentales canadienses se pueden extender no solo a las políticas dentro del entramado constitucional, sino a los términos del mismo entramado básico constitucional. Aun cuando ha sido imposible llegar a un acuerdo en cuanto a las enmiendas

Federation, 2006/7: Transitions: Fiscal and Political Federalism in an Era of Change (2009).

⁴⁹ Kenneth McRoberts, *Misconceiving Canada: The Struggle for National Unity* 41 (1997); Simeon, *Provincial Diplomacy*, supra escolio 41, p.58-59.

⁵⁰ McRoberts, supra escolio 47, p. 41. Bakvis and Brown llevan un punto similar. Herman Bakvis and Douglas Brown, *Policy Coordination in Federal Systems: Comparing Intergovernmental Processes and Outcomes in Canada and the United States*, 40 *Publius* 484, 492 (2010). Otro programa abarcador en el cual la participación resultó ser asimétrica fue un acuerdo de desarrollo mercado-laboral llevado a cabo en 1996 que cubría información, la asignación de recursos laborales a distintos mercados y programas de adiestramiento y mejoramiento de destrezas. Cuando se asentó el polvo, Ontario no pudo llegar a un acuerdo; cinco provincias establecieron convenios en los que los gobiernos federales y provinciales ejecutarían diferentes aspectos de los programas relevantes sujeto a coordinación voluntaria. Herman Bakvis, *Checkerboard Federalism? Labour Market Development Policy in Canada*, in Bakvis and Skogstad, *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy* (2002).

constitucionales formales, la negociación intergubernamental, de todas formas, produjo de vez en cuando un equivalente funcional.⁵¹

Las iniciativas provinciales, especialmente ante la insistencia de Quebec, ha precipitado rondas de políticas metaconstitucionales, en las que el primer ministro y los jefes de gobierno han acordado reescribir la Constitución Canadiense de maneras abarcadoras y trascendentales. En 1987, un acuerdo —el Acuerdo del Lago Meech— se concluyó en principio. Dicho convenio, entre tantas otras cosas, hubiera reconocido a Quebec como una “sociedad distinta”, le hubiera otorgado un rol mayor y asimétrico en la inmigración, le hubiese provisto a cada provincia el poder de vetar enmiendas constitucionales, y hubiese impuesto límites en el poder federal de gasto.⁵² Luego de llegar a un trato pero antes de que se pudiese implementar, ciertos cambios inesperados en el liderazgo político de dos provincias eliminaron la unanimidad necesaria para formalizar las enmiendas constitucionales acordadas. Un proceso similar de negociación metaconstitucional se completó en 1992, esta vez con el aval unánime de los líderes provinciales, que resultó en el Acuerdo de Charlottetown. En una movida inusual, sin embargo, el Acuerdo dispuso participación del pueblo en forma de un referéndum nacional, llevando el resultado de las negociaciones constitucionales intergubernamentales a una extraña y angosta derrota.⁵³

Ignorar al gobierno federal

Sin importar la norma dominante de consultoría y negociación mutua, las provincias canadienses a veces obtienen lo que desean simplemente ignorando al gobierno federal por completo y yendo directamente por las metas provinciales, a través del ejercicio directo y sin

⁵¹ Simeon, supra esolío 41, p. 41. Gibbins toma un punto de vista un tanto distinto ante el mismo fenómeno: “es importante notar la capacidad de las relaciones intergubernamentales de rescribir el libreto federal en Canadá sin la necesidad de un cambio constitucional”. Roger Gibbins, *Federal Societies, Institutions, and Politics*, in Herman Bakvis and William M. Chandler, eds., *Federalism and the Role of the State* 112 (1987).

⁵² Hogg, supra esolío 36, 1:72-73.

⁵³ Para un recuento de la derrota del referéndum de Charlottetown, véase, por ejemplo, Michael Lusztig, *Constitutional Paralysis: Why Canadian Constitutional Initiatives Are Doomed to Fail*, 27 *Canadian Journal of Political Science* 747 (1994).

mediación del poder provincial. Hasta cierto punto, esto es más posible en Canadá que en otros estados federados dada la gran cantidad de poder que se le asigna constitucionalmente a las provincias.

Amenazas

La creación de amenazas constituye el opuesto de la preferencia canadiense de consultoría y negociación intergubernamental, y aun así, las provincias en ocasiones han empuñado esta herramienta para obtener lo que quieren. El tipo más emblemático de esta amenaza es, por supuesto, la secesión, una táctica empleada por Quebec periódicamente a lo largo de los últimos treinta años, más o menos. Aunque nunca ha estado enteramente claro cuán serias son sus amenazas de separación, la amenaza ha sido suficiente para, por lo menos en dos ocasiones, arrastrar al gobierno federal —y con él, a las otras provincias canadienses— a la mesa de negociación para regateos metaconstitucionales atendidos más que nada para contemplar las quejas de Quebec en aras de mantener el territorio dentro de su Dominio.

Conclusiones

Permítanme ahora ofrecer brevemente algunas conclusiones provisionales sobre este menudo análisis comparativo. Primero, me parece que la Constitución de los Estados Unidos ha llegado a un punto de estabilidad relativa en cuanto a su presente balance entre el poder nacional y el subnacional. El gobierno federal es fuerte, pero los estados han desarrollado un conjunto de métodos de influencia que, unidos, los hacen ver como oponentes eficaces en múltiples instancias.

En contraste, me parece que el balance constitucional entre el poder subnacional y el nacional es inestable en Canadá. Las provincias son poderosas —tienen poderosas herramientas a su disposición, y abogan efectivamente para los intereses de sus provincias. Las negociaciones son el vehículo primordial de contienda intergubernamental sobre las *políticas*, pero tienden a colapsar disputas y negociaciones *constitucionales*. Dado que la Constitución Canadiense puede ser modificada tan solo por acuerdo ejecutivo, existe una constante tentación de hacerlo. También vemos una serie constante de señuelos, modificaciones y esfuerzos ocasionales de renegociación global del convenio constitucional. Esto sugiere inestabilidad constitucional a largo plazo.

Así, para culminar donde comenzamos, el diseño del federalismo que ofrece la Constitución Canadiense podría no ser tan sostenible como la estructura de diseño que dispone la Constitución Estadounidense. Esto no necesariamente hace del modelo estadounidense uno ideal por imitación de otros estados que aspiren a un convenio federal sostenible, pero sugiere que el modelo canadiense podría verse con escepticismo como fundamento de un estado federado sostenible.