

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

**EL SISTEMA FEDERAL DE CANADÁ: ¿UN MODELO DE
INTEGRACIÓN?**

Crisis secesionista en Quebec y evolución del sistema federal

Francisco Javier Romero Caro

Director:

Alberto López Basaguren

2019

Agradecimientos

A través de estas líneas me gustaría agradecer a todas aquellas personas e instituciones que han hecho posible la finalización de esta tesis doctoral. Ante todo, mis disculpas por cualquier olvido u omisión.

En primer lugar, debo agradecer a mi familia, comenzando por mis padres, quienes me han apoyado desde mis inicios en la Universidad, permitiéndome elegir qué y dónde estudiar con total libertad, un apoyo sin el que nada de esto habría sido posible. Del mismo modo, tengo que dar la gracias a Blanca del Mar, cuyo apoyo constante, tanto en los buenos como en los malos momentos, ha hecho posible que haya seguido incansable hasta alcanzar una meta que en algunos momentos parecía alejarse hasta extremos inalcanzables. A los tres, gracias de corazón por vuestro apoyo incondicional.

En lo referente a cuestiones puramente académicas, quiero reconocer al profesor Ignacio González García, con quien me inicié en la labor investigadora a través de mi Trabajo de Fin de Máster del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. En dicho Máster conocí al profesor Alberto López Basaguren a quien, allá por el verano de 2014, consulté sobre posibles orientaciones para iniciar una tesis doctoral. No solo me ofreció algunos consejos y posibilidades, sino que gentilmente se ofreció a dirigir mi proyecto de tesis. Tras dicha invitación, me embarqué en esta ardua y larga tarea que sin su concienzuda supervisión, ánimos y dirección no habría sido posible completar. Gracias a dicho apoyo, pasé a formar parte de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), en la que conseguí un contrato pre-doctoral que me ha permitido desarrollar esta tesis y llevarla a buen puerto. Por ello, debo agradecer tanto a la Universidad como a los integrantes, tanto académicos como administrativos, del Departamento de Derecho Constitucional e Historia del Pensamiento y de los Movimientos Sociales y Políticos por el apoyo brindado.

Durante el trabajo de investigación he desarrollado varias estancias en diferentes instituciones, como el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales a cuyos Subdirectores de Estudios, Isabel Wences y Rafael Rubio, debo agradecer por la acogida, así como a la Jefa de Estudios, Mercedes de la Calle, que siempre me ofreció su colaboración ante cualquier vicisitud que pudiera surgir, haciendo que me sintiera uno más en una institución de prestigio internacional como el CEPC. Para obtener una perspectiva diferente, realicé otra estancia en el Departamento de Ciencia Política de la UNED en el que los profesores César Colino, José Antonio Olmeda y, especialmente,

Angustias Hombrado me acogieron, ayudándome y orientándome en mi labor investigadora. Como parte esencial para la elaboración de la tesis, realicé una estancia de investigación en la Universidad de Ottawa en Canadá bajo la supervisión del profesor Peter Oliver a quien agradezco que me aceptara, especialmente dado la premura de los plazos. De igual forma, también quiero agradecer a otros profesores, como Benoît Pelletier, François Rocher y André Lecours, que se prestaron a asesorarme y hacer que mi estancia fuera lo más fructífera posible. De igual modo, también quiero agradecer a aquellas instituciones en las que desempeñé estancias breves como el Max Planck Institute for Comparative Public Law, el EURAC y la Universidad de Innsbruck

Finalmente, no puedo olvidar agradecer a otras personas que se han interesado por mi trabajo y que han contado conmigo en diversas ocasiones como el los profesores Ignacio Molina y Giuseppe Martinico. Tampoco a la Fundación Canadá, especialmente a su presidenta Marisa Calés, o la Embajada de Canadá en el Reino de España, dos instituciones que desarrollan una labor clave para potenciar los intercambios académicos entre Canadá y España.

EL SISTEMA FEDERAL DE CANADÁ: ¿UN MODELO DE INTEGRACIÓN?

Crisis secesionista en Quebec y evolución del sistema federal

INTRODUCCIÓN	1
1. ANTECEDENTES Y ESTADO DE LA CUESTIÓN	1
1.1. Federalismo, ¿qué y para qué?	1
1.2. La experiencia canadiense y su especial trascendencia para España	4
2. OBJETIVOS E HIPÓTESIS	6
3. METODOLOGÍA, ESTRUCTURA Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	8
3.1. Metodología	8
3.2. Estructura y justificación	10
3.2.1. <i>El punto de partida: la crisis constitucional</i>	11
3.2.2. <i>El modelo de distribución de competencias como eje vertebrador del sistema federal</i>	14
3.2.3. <i>El modelo institucional canadiense y las relaciones intergubernamentales</i>	16
3.2.4. <i>Una materia frecuentemente olvidada: el federalismo fiscal como elemento de integración</i>	18
4. ALGUNAS PRECISIONES INTRODUCTORIAS	20
4.1. El derecho de secesión. Breves apuntes	20
4.1.1. <i>La secesión en el plano interno</i>	21
4.1.2. <i>Secesión y Derecho Internacional</i>	23
4.2. Canadá. Consideraciones generales	25
4.2.1. <i>Precisiones terminológicas</i>	27
4.2.1.A De la Confederación al Dominio	27
4.2.1.B <i>Patriación y no repatriación</i>	28
4.2.1.C La denominación de los textos constitucionales: una cuestión abierta y flexible	29
4.2.2. <i>El compromiso de la opción federal</i>	30
4.2.3. <i>La crisis constitucional, un mal endémico</i>	35

CAPÍTULO I

PATRIACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN CANADIENSE Y CRISIS CONSTITUCIONAL CON QUEBEC **37**

1. DIFERENTES VISIONES SOBRE LA NATURALEZA Y ORÍGENES DE LA CONFEDERACIÓN: DE LA <i>COMPACT THEORY</i> A LA COMISIÓN TREMBLAY	38
2. LA REVOLUCIÓN TRANQUILA Y LA REDEFINICIÓN DE LA COMUNIDAD NACIONAL EN QUEBEC	44
3. EL COMIENZO DE LA CRISIS CONSTITUCIONAL: DE LA CREACIÓN DEL <i>PARTI QUÉBÉCOIS</i> AL REFERÉNDUM DE 1980	47
4. EL LARGO CAMINO HASTA LA <i>PATRIACIÓN</i> Y LA ROTURA DEL CONSENSO CONSTITUCIONAL	51
5. LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: EL <i>PATRIATION REFERENCE</i>	59

6. EL FRUTO DEL ACUERDO: LA CONSTITUCIÓN DE 1982	64
6.1. Rasgos principales	65
6.2. La Carta de Derechos y Libertades	67
6.2.1. <i>Características generales</i>	67
6.2.2. <i>Un mecanismo singular: la cláusula notwithstanding</i>	69
6.3. Los procedimientos de reforma constitucional	75
7. LA BATALLA CONTINÚA: EL <i>VETO REFERENCE</i> Y EL FIN DE LA CONCEPCIÓN DUAL DEL ORIGEN DE LA CONFEDERACIÓN	77
8. LOS INTENTOS DE REINTEGRAR A QUEBEC EN EL CONSENSO CONSTITUCIONAL	81
8.1. La vuelta de Quebec a la casa constitucional: El Acuerdo del <i>Lago Meech</i>	81
8.2. El recrudecimiento de la batalla lingüística: <i>Ford v. Quebec</i>	89
8.3. <i>What does Canada want?</i> : el aislamiento continúa	93
8.4. El último intento: la ronda constitucional de Charlottetown	94
8.5. El rechazo popular al acuerdo y el fin de la vía constitucional	100
9. CANADÁ FRENTE AL ABISMO: EL REFERÉNDUM DE 1995	101
CAPÍTULO II	
EN BÚSQUEDA DE UNA VÍA DE SALIDA A LA CRISIS CONSTITUCIONAL. DIFICULTADES Y RETOS EN LA INTEGRACIÓN DE QUEBEC	106
1. LA ÚLTIMA PIEZA DEL PLAN A: LA LEY RELATIVA A LAS MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES	106
2. EL DICTAMEN SOBRE LA SECESIÓN DE QUEBEC: ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA MANERA DE CONCEBIR LA CONSTITUCIÓN?	110
2.1. Los principios constitucionales: alcance y significado	111
2.2. Un cambio de paradigma: la secesión desde el derecho interno	115
3. LA REACCIÓN POLÍTICA AL DICTAMEN DEL TRIBUNAL SUPREMO: DOS VISIONES ENFRENTADAS	125
3.1. La Ley de Claridad. La interpretación del <i>Secession Reference</i> por parte del Parlamento federal	126
3.2. La interpretación quebequesa del dictamen del Tribunal Supremo: la Ley 99	130
3.3. Un conflicto todavía latente	132
4. DE CHRÉTIEN A TRUDEAU: UNA DISMINUCIÓN PAULATINA DE LOS CONFLICTOS POLÍTICOS EN POS DE UN MAYOR RECONOCIMIENTO	142
4.1. El periodo de distensión: Chrétien y Martin	142
4.2. Harper y el federalismo abierto: historia de un romance sin final feliz. El reconocimiento de la nación <i>québécoise</i>	144
4.3. Trudeau y el federalismo moderno	148
4.4. La herencia de 1982: la <i>notwithstanding</i> en la actualidad	151
5. LA INTEGRACIÓN PROGRESIVA DE LA DIFERENCIA QUEBEQUESA	157
5.1. A vueltas con el <i>visage linguistique</i> : reexaminando el caso Ford	157
5.1.1. <i>Lyon & Wallrus y Canada Inc: la predominancia neta del francés</i>	157
5.1.2. <i>El afrancesamiento de las marcas en la rotulación comercial</i>	159
5.1.3. <i>La ampliación del visage linguistique en el campo laboral</i>	164
5.2. El francés como lengua de instrucción	165
5.2.1. <i>Los derechos lingüísticos en la educación</i>	165
5.2.2. <i>Las escuelas pasarelas</i>	167
5.2.2.2.A La autogeneración del derecho: <i>Solski y Gosselin</i>	167

5.2.2.B El acomodo de la diferencia sin necesidad de mecanismos extraordinarios: el caso <i>Nguyen</i>	169
5.3 Hacia el fin de la crisis: la afirmación nacional de Quebec dentro del marco federal canadiense	173
5.3.1 <i>Las cuestiones pendientes: del Lago Meech a la Declaración de afirmación</i>	174
5.3.2. El movimiento soberanista en la actualidad, <i>¿quo vadis?</i>	175

CAPÍTULO III

EL MODELO DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS COMO EJE VERTEBRADOR DEL SISTEMA FEDERAL: DE LA RIGIDEZ APARENTE A LA FLEXIBILIDAD PRÁCTICA **180**

1. LA LISTA FEDERAL DE COMPETENCIAS	183
1.1. El sistema formal de competencias	183
1.1.1. <i>Competencias de índole económica</i>	184
1.1.2. <i>La acción exterior del estado</i>	185
1.1.3. <i>Derecho penal</i>	188
1.1.4. <i>Pueblos indígenas</i>	189
1.1.5. <i>Transporte y comunicaciones</i>	190
1.1.6. <i>Competencias administrativas</i>	191
1.2. La unidad y eficiencia económica como vectores transformadores del sistema: la cláusula <i>trade and commerce</i>	191
1.3. La ampliación de la esfera federal a costa de la provincial: el seguro de desempleo	202
1.4. La vis expansiva del derecho penal	205
1.5. El interés nacional como elemento vertebrador de los campos del transporte, las comunicaciones y la energía	207
2. LA CLÁUSULA RESIDUAL A FAVOR DE LA FEDERACIÓN	211
2.1. Naturaleza y significado	211
2.2. La POGG como poder puramente residual	216
2.3. Una variante del poder residual: la rama del interés nacional	218
2.4. La POGG como poder de emergencia	220
3. LA ESFERA COMPETENCIAL PROVINCIAL	224
3.1. Competencias económicas y financieras	225
3.2. Competencias administrativas y de gobierno	227
3.3. Competencias complementarias	227
3.3.1. <i>Justicia y derecho penal</i>	228
3.3.2. <i>Matrimonio, divorcio y régimen económico</i>	228
3.3.3. <i>Transporte</i>	229
3.4. Competencias sociales: sanidad, educación y asistencia social	230
3.4.1. <i>Sanidad</i>	230
3.4.2. <i>Educación</i>	233
3.4.3. <i>Asistencia social</i>	234
4. LA CLÁUSULA RESIDUAL PROVINCIAL	235
4.1. Naturaleza y significado	235
4.2. Materias de naturaleza mercantil	238
4.2.1. <i>La regulación del comercio local</i>	238
4.2.2. <i>El negocio asegurador</i>	240
4.3. Un reducto inmune a la intervención federal: la regulación del mercado de valores	242
4.4. Las relaciones laborales y el seguro de accidentes	248
4.5. El cierre del sistema: la relación entre las cláusulas residuales	249
5. LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES	251
5.1. El modelo formal de competencias	251
5.1.1. <i>Naturaleza y funcionamiento</i>	251
5.1.2. <i>Agricultura</i>	252

5.1.3. <i>Inmigración</i>	252
5.1.4. <i>Pensiones de jubilación, supervivencia y discapacidad</i>	255
5.2. La ampliación judicial de la esfera concurrente	257
5.2.1. <i>El primer indicio: la teoría del doble aspecto</i>	257
5.2.2. <i>Otros poderes concurrentes</i>	259
6. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LAS LISTAS COMPETENCIALES: LA IMPORTANCIA DE LAS DOCTRINAS CONSTITUCIONALES	260
6.1. El enfoque tradicional: los compartimentos estancos	260
6.2. La verdadera naturaleza de la norma: la doctrina de <i>pith and substance</i>	262
6.3. Los poderes accesorios	264
6.4. La importancia de preservar la integridad de las esferas competenciales de cada nivel de gobierno	267
6.4.1. <i>La doctrina de la exclusividad de las competencias</i>	267
6.4.2. <i>La primacía federal</i>	270
6.5. La aplicación de las doctrinas a la hora de resolver un conflicto competencial: una cuestión en disputa	274
6.6. La cooperación entre gobiernos: ¿más que un principio inspirador?	276

CAPÍTULO IV

EL MODELO INSTITUCIONAL CANADIENSE, SUS LIMITACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INTEGRACIÓN FEDERAL Y EL DESARROLLO DEL SISTEMA DE RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES 279

1. EL SISTEMA INSTITUCIONAL Y SUS LIMITACIONES DESDE UNA PERSPECTIVA FEDERAL	279
1.1. La Cámara de los Comunes	280
1.2. El Senado	285
1.2.1. <i>Orígenes y modelo actual</i>	285
1.2.2. <i>Disfuncionalidades del Senado canadiense</i>	287
1.2.2.A. Legitimidad democrática	288
1.2.2.B. Poderes legislativos y constitucionales	288
1.2.2.C. Representatividad sectorial y voz de las minorías	290
1.2.3. <i>La reforma de 2016: la modificación del sistema de selección</i>	291
1.2.4. <i>La cuestión de la representación territorial</i>	292
1.2.5. <i>El Senado y la integración de la diferencia, ¿una institución prescindible?</i>	296
1.2.5.A. Un Senado sin funcionalidad práctica	296
1.2.5.B. Entre la abolición y la reforma: apuntes para el futuro	299
1.3. En busca del equilibrio del sistema federal: el Tribunal Supremo como vector de la integración territorial	302
1.3.1. <i>Sistema actual y posición constitucional</i>	303
1.3.1.A La ausencia de una regulación constitucional específica	303
1.3.1.B. La naturaleza constitucional de la <i>Supreme Court Act</i>	305
1.3.1.B.a. El debate teórico y la naturaleza material de la Constitución	305
1.3.1.B.b La fijación de la cuestión por parte del Tribunal Supremo: el <i>Supreme Court Act Reference</i>	308
1.3.2. <i>Composición y elegibilidad: la controversia del caso Nadon</i>	310
1.3.3. <i>El proceso de nombramiento y sus recientes modificaciones</i>	313
1.3.3.A. Marco general	313
1.3.3.B. Incorporando la participación provincial en el proceso de selección: un tímido avance	315
1.3.3.C. El Tribunal como institución representativa	317
1.3.3.C.a. El carácter territorial del Tribunal Supremo	317
1.3.3.C.b. El Tribunal como institución inclusiva y simbólica	319
1.3.3.3.C.b.1. El bilingüismo funcional, ¿límite o valor añadido?	321
1.3.3.3.C.b.2 Indigenismo y Tribunal Supremo: una cuestión por resolver	323

2. LA CRECIENTE NECESIDAD DE COOPERACIÓN: EL SISTEMA DE RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES	325
2.1. Las relaciones verticales	326
2.1.1. <i>Marco general</i>	326
2.1.1.1.A. Las relaciones multilaterales: la Conferencia de Primeros Ministros y las reuniones sectoriales	327
2.1.1.1.B. Las relaciones bilaterales	329
2.1.2. <i>Las relaciones verticales y su impacto sobre el sistema federal: una puerta hacia la asimetría</i>	333
2.1.2.A. Reforma constitucional	333
2.1.2.B. La unión económica	335
2.1.2.C. Políticas públicas: sanidad, educación y políticas sociales	338
2.1.3. <i>Defectos del sistema y propuestas de reforma</i>	342
2.2. La cooperación interprovincial: las relaciones horizontales	348
2.2.1. <i>El Consejo de la Federación</i>	348
2.2.2. <i>La cooperación regional</i>	353
2.3. Relaciones intergubernamentales y sistema federal: una vía para corregir las disfuncionalidades de la Cámara Alta	356

CAPÍTULO V

EL FEDERALISMO FISCAL. SU PAPEL COMO ELEMENTO DE INTEGRACIÓN **359**

1. LA DISPONIBILIDAD DE RECURSOS FINANCIEROS: LA IMPORTANCIA DE LOS DESEQUILIBRIOS ENTRE GOBIERNOS	360
2. LA ASIMETRÍA CONSTITUCIONAL DESDE EL LADO DEL INGRESO	362
2.1. Modelo formal	362
2.2. La naturaleza directa o indirecta del impuesto: una especificidad puramente canadiense	366
2.3. La evolución del sistema: ¿una tendencia hacia la centralización?	369
2.3.1. <i>La cesión voluntaria: los Wartime Tax Agreements</i>	369
2.3.2. <i>La homogeneización del modelo impositivo y la reafirmación de la autonomía de Quebec</i>	371
2.3.3. <i>El sistema en la actualidad: la cooperación como nota dominante</i>	373
2.4. Las consecuencias de la asimetría: el desequilibrio vertical	378
3. LA ACTUACIÓN FEDERAL ULTRA VIRES: EL PODER DE GASTO COMO INSTRUMENTO CORRECTOR DE LOS DESEQUILIBRIOS VERTICALES	383
3.1. Los programas compartidos	385
3.2. Las transferencias federales	390
3.3. Otras manifestaciones: el desbordamiento total del orden competencial	396
3.3.1. <i>Los pagos directos</i>	396
3.3.2. <i>Poder de gasto provincial</i>	398
3.4. Condicionalidad y principio federal: el difícil equilibrio entre unidad y diversidad	399
3.4.1. <i>Autogobierno y condicionalidad. La noción de estándar nacional</i>	399
3.4.2. <i>La condicionalidad en la recepción de los fondos: apuntes para una reforma del sistema</i>	406
4. LA CORRECCIÓN FEDERAL DE LAS DESIGUALDADES INTERTERRITORIALES	410
4.1. Marco teórico	410
4.2. El modelo canadiense: los <i>equalization payments</i>	413
4.2.1. <i>Antecedentes y diseño del programa actual</i>	413
4.2.2. <i>La evolución del sistema</i>	417
4.3. Repensando el modelo: alternativas para favorecer la cohesión e integración territorial	422
4.3.1. <i>La filosofía del sistema y su supeditación al equilibrio presupuestario</i>	423
4.3.2. <i>Los recursos naturales y su cómputo: hacia un enfoque global</i>	424
4.3.3. <i>La función integradora de la redistribución horizontal: ¿una herramienta para reducir las tensiones territoriales?</i>	428

CONCLUSIONES	433
BIBLIOGRAFÍA	452
1. FUENTES DOCUMENTALES	452
2. OTRAS FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	494
ANEXO I	500
INTRODUCTION	501
1. BACKGROUND AND STATE OF THE QUESTION	501
1.1. Federalism, what and what for?	501
1.2. The Canadian experience and its particular significance for Spain	504
2. OBJECTIVES AND HYPOTHESIS	506
3. METHODOLOGY, STRUCTURE AND JUSTIFICATION FOR THE RESEARCH	507
3.1. Methodology	507
3.2. Structure and justification	509
3.2.1. <i>The starting point: the constitutional crisis</i>	510
3.2.2. <i>The model of distribution of competences as backbone of the federal system</i>	513
3.2.3. <i>The Canadian institutional model and the system of intergovernmental relations</i>	515
3.2.4. <i>An oft-neglected subject: fiscal federalism as driving force for integration</i>	517
4. SEVERAL INTRODUCTORY CONSIDERATIONS	519
4.1. The right to secession. Brief notes	519
4.1.1. <i>Secession on the domestic front</i>	520
4.1.2. <i>Secession and International Law</i>	521
4.2. Canada. General observations	524
4.2.1. <i>Terminological clarifications</i>	525
4.2.1.A. From Confederation to Dominion	525
4.2.1.B. <i>Patriation</i> and non-repatriation	527
4.2.1.C. The naming of constitutional texts: an open and flexible question	528
4.2.2. <i>The federal option as compromise</i>	528
4.2.3. <i>The constitutional crisis, an endemic problem</i>	533
CHAPTER I	
<i>THE PATRIATION OF THE CANADIAN CONSTITUTION AND THE CONSTITUTIONAL CRISIS WITH QUEBEC</i>	535
1. DIFFERENT VISIONS OF THE NATURE AND ORIGINS OF THE CONFEDERATION: FROM THE COMPACT THEORY TO THE TREMBLAY COMMISSION	536
2. THE QUIET REVOLUTION AND THE REDEFINITION OF THE NATIONAL COMMUNITY IN QUEBEC	542
3. THE BEGINNING OF THE CONSTITUTIONAL CRISIS: FROM THE CREATION OF THE <i>PARTI QUÉBÉCOIS</i> TO THE 1980 REFERENDUM	545

4. THE LONG ROAD TO <i>PATRIATION</i> AND THE BREAKING OF THE CONSTITUTIONAL CONSENSUS	548
5. THE SUPREME COURT’S INTERVENTION: THE <i>PATRIATION REFERENCE</i>	555
6. THE FRUIT OF THE AGREEMENT: THE 1982 CONSTITUTION	561
6.1. Main features	561
6.2. The Charter of Rights and Freedoms	563
6.2.1. <i>General characteristics</i>	563
6.2.2. <i>A singular mechanism: the notwithstanding clause</i>	565
6.3. The constitutional amendment procedures	571
7. THE BATTLE CONTINUES: THE <i>VETO REFERENCE</i> AND THE END OF THE DUAL CONCEPTION OF THE ORIGIN OF THE CONFEDERATION	573
8. THE ATTEMPTS TO REINTEGRATE QUEBEC INTO THE CONSTITUTIONAL CONSENSUS	577
8.1. Quebec’s return to the constitutional family: the Lake Meech Accord	577
8.2. The escalation of the linguistic battle: <i>Ford v. Quebec</i>	584
8.3. What does Canada want?, the isolation continues	588
8.4. The final attempt: the Charlottetown constitutional round	589
8.5. Popular rejection of the Accord and the end of the constitutional path	594
9. CANADA FACING THE ABYSS: THE 1995 REFERENDUM	596
CHAPTER II	
IN SEARCH OF A WAYOUT TO THE CONSTITUTIONAL CRISIS. DIFFICULTIES AND CHALLENGES IN THE INTEGRATION OF QUEBEC	
	600
1. THE FINAL PIECE OF PLAN A: THE <i>CONSTITUTIONAL AMENDMENTS ACT</i>	600
2. THE <i>QUEBEC SECESSION REFERENCE</i> : A CHANGE OF PARADIGM IN THE WAY OF CONCEIVING THE CONSTITUTION?	604
2.1. The constitutional principles: scope and significance	605
2.2. A paradigm shift: secession through domestic law	609
3. THE POLITICAL REACTION TO THE SUPREME COURT RULING: TWO CONFLICTING VISIONS	618
3.1. The <i>Clarity Act</i> . The federal Parliament’s interpretation of the <i>Secession Reference</i>	619
3.2. The Quebecois interpretation of the Supreme Court ruling: Bill 99	622
3.3. A conflict that is still latent	624
4. FROM CHRÉTIEN TO TRUDEAU: A GRADUAL DECREASE IN POLITICAL CONFLICT IN PURSUIT OF GREATER RECOGNITION	634
4.1. The cooling-off period: Chrétien and Martin	634
4.2. Harper and open federalism: story of a romance without a happy ending. The recognition of the <i>Québécoise</i> nation	636
4.3. Trudeau and modern federalism	640
4.4. The legacy of 1982: the <i>notwithstanding</i> clause today	643
5. THE GRADUAL INTEGRATION OF THE QUEBECOIS DIFFERENCE	648
5.1. Back to the <i>visage linguistique</i> : revisiting the Ford case.	648
5.1.1. <i>Lyon & Wallrus and Canada Inc: the clear predominance of French</i>	648

5.1.2. <i>The Francisation of brands in commercial signage</i>	651
5.1.3. <i>The extension of the visage linguistique in the sphere of employment</i>	655
5.2. French as language of instruction	656
5.2.1. <i>Linguistic rights in education</i>	656
5.2.2. <i>The écoles passerelles</i>	658
5.2.2.A. The self-generation of the right: <i>Solski and Gosselin</i>	658
5.2.2.B. The accommodation of difference without need for extraordinary mechanisms: the <i>Nguyen</i> case	660
5.3. Towards the end of the crisis: the national affirmation of Quebec within the Canadian federal framework	664
5.3.1. <i>Outstanding issues: from Lake Meech to the Affirmation Statement</i>	664
5.3.2. <i>The sovereigntist movement today, quo vadis?</i>	666
CONCLUSIONS	670

INTRODUCCIÓN

1. ANTECEDENTES Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

A día de hoy el federalismo es la forma de estado que más relevancia cobra en cualquier discusión académica o política, especialmente cuando surgen reclamaciones secesionistas. Junto a los modelos federales clásicos (Alemania, Australia, Austria, Brasil, Canadá, EE.UU y Suiza), hoy en día cobran fuerza las discusiones sobre la conveniencia de aplicar el sistema federal en otros entornos como África (Sudáfrica y Kenia)¹ o Asia (Myanmar y Malasia)². Esta relevancia genera pasiones contrapuestas, pues para unos es la panacea que todo lo soluciona³, mientras que para otros no es sino una concesión a las reclamaciones soberanistas o independentistas de los que pretenden romper el orden constitucional, pues estos nunca se contentarán hasta la consecución de un Estado propio⁴.

1.1. Federalismo, ¿qué y para qué?

Lo primero que debemos cuestionarnos es ¿qué es el federalismo? Esta pregunta, aparentemente sencilla, encierra un fenómeno teórico de elevada complejidad, aspecto que ha imposibilitado que exista una definición globalmente aceptada de federalismo. El término federalismo se deriva de la voz latina *foedus*, la cual significa acuerdo. Este vocablo tiene su origen en los acuerdos que Roma firmaba con otros estados o tribus en los que se acordaba prestar asistencia mutua en caso de necesidad. El origen etimológico está presente en la formulación acuñada por ELAZAR, quizá la más influyente, de federalismo como la combinación de autogobierno *–self-rule–* y gobierno compartido *–shared-rule–*⁵. La falta de una definición universal conlleva que muchas

¹ En este sentido vid. STEYTLER y GHAI (2016) quienes presentan una comparación entre los dos modelos, analizando su sistema de *devolution* y tratando los problemas comunes que afectan a ambos países, presentándose el modelo federal como una posible vía para profundizar en el proceso de desconcentración del poder.

² BRAND (2017): 135-155 analiza el sistema constitucional de Myanmar, el cual entiende que todavía se encuentra pendiente de alcanzar un “federalismo verdadero”, mientras que HARDING (2012): 133-160, dentro de su obra panorámica sobre la constitución malaya, explora las posibilidades del modelo federal en dicho país.

³ DUCHACEK (1987): 191 se refería al federalismo como un término que siempre evoca una respuesta positiva, pues se ha intentado asociar el mismo con cualquier forma exitosa de gobierno compartido.

⁴ DION (2005a): 192-194 alerta de la inviabilidad de caer en la espiral de recompensar el chantaje de la secesión, pues las fuerzas políticas que abogan por la misma nunca se contentarán hasta conseguirla, idea que ha repetido en diversas apariciones públicas (CALVO y TORREBLANCA, 2017). STURM (2014): 11-12 es de la misma opinión, pues la recompensa al nacionalismo puede, incluso, aumentar el riesgo de secesión. En relación con la misma idea, aplicada a España, vid. BLANCO VALDÉS (2016): 425- 437.

⁵ ELAZAR (1987): 5.

veces se hable de “gobierno federal” o “federación” para referirse al modelo federal. Esta terminología, especialmente asentada entre la academia en lengua inglesa, se deriva de los Papeles del Federalista que dieron lugar a la Constitución de los Estados Unidos⁶ y suponen una visión del modelo federal eminentemente centrada en el estado⁷. Siguiendo esta línea, WHEARE caracterizaba el principio federal como un sistema de división del poder de manera que cada nivel de gobierno, ya sea el federal o el federado, tenga una esfera en la que actúa de forma coordinada e independiente⁸. Por lo tanto, la noción de federalismo se entronca con las ideas de unidad, para alcanzar un bien común, y autonomía, de manera que se preserven las características propias de cada comunidad⁹.

Por sí mismo, el federalismo no es más que un modelo de distribución territorial del poder que, con sus luces y sus sombras, permite un mayor o menor nivel de autogobierno dentro de un estado significativamente fortalecido frente a la realidad previa a la integración¹⁰. El modelo federal no es homogéneo, pues presenta múltiples variantes, incluso podría afirmarse que es único en cada país pues se adecua a las circunstancias particulares (lingüísticas, religiosas, históricas etc.) de cada estado. Además, el modelo federal convive con otros tipos de estados compuestos donde, sin ser formalmente federaciones, podemos encontrar rasgos federales. Este sería el caso del sistema español de las autonomías¹¹ o incluso del Reino Unido y su sistema de *devolution*, si bien BOGDANOR se opone frontalmente a cualquier equiparación entre ambos sistemas¹².

⁶ El primero de estos ensayos ya contiene la expresión “*federal government*” (MADISON, HAMILTON y JAY, 1987: 87) la cual se repite en muchos otros, siendo dicho término utilizado como equivalente de poder central como contraposición al del gobierno de los estados.

⁷ PALERMO y KÖSSLER (2017): 14.

⁸ WHEARE (1963): 11.

⁹ ELAZAR (1987): 33.

¹⁰ TOCQUEVILLE (1888): 281-282 resumió esta idea al afirmar que “*le système fédéral a pour but d’unir les avantages que les peuples tirent de la grandeur et de la petitesse de leur territoire*”.

¹¹ En las conclusiones de su trabajo, AJA (2014): 368-396 examina algunos aspectos del sistema autonómico que pueden ser entendidos y reformados en clave federal. En este sentido, CRUZ VILLALÓN (2009): 29-30 propone una reinterpretación federal del artículo 149.1 de manera que toda materia que no esté expresamente atribuida al estado central quede, en forma de cláusula residual, encuadrada dentro de la esfera competencial de las Comunidades Autónomas. Por su parte, MONTILLA MARTOS (2015): 19-74 encuentra rasgos federales en los estatutos de autonomía de segunda generación, los cuales pueden suponer un primer paso hacia una reforma federal de la Constitución española.

¹² BOGDANOR (1999): 2. Este autor recalca que la diferencia entre federalismo y devolución reside en que el primero mantiene la unidad de la soberanía mientras que el federalismo “*would divide supreme power between Parliament and the various provincial bodies*”. Además, desde un punto de vista formal, el Reino Unido no puede ser considerado como un estado federal pues en virtud de la soberanía parlamentaria el Parlamento puede modificar en cualquier momento las “leyes de devolución” impidiendo que exista una garantía constitucional de la autonomía territorial. TIERNEY (2018): 109-120 reconoce este

En la actualidad, multitud de fuerzas políticas a lo largo del mundo defienden, con mayor o menor intensidad, modelos de naturaleza federal como respuesta a las tensiones territoriales que atraviesan ciertos estados. Canadá, uno de los estados federales por antonomasia, ha experimentado diversos procesos de reformulación del modelo para ir dando respuesta al auge del soberanismo y acomodar a Quebec. En el Reino Unido, cuyo modelo no es el de un estado federal, surgen voces en favor de una mayor *devolution* a Escocia, especialmente tras el referéndum de independencia de 2014 y el posterior sobre la salida de la Unión Europea¹³. España, con un sistema territorial de naturaleza análoga a la federal, también alberga voces a favor de una reforma de la Constitución que implante totalmente un modelo federal y así encontrar un mejor acomodo a las Comunidades Autónomas más descontentas¹⁴. Incluso en modelos de federalismo de agregación como Alemania o Estados Unidos, han surgido voces que abogaban por la separación del *Land* de Baviera o del estado de Texas.

Este trabajo se basa en la voluntad de realizar un acercamiento al modelo federal canadiense y a los elementos que lo integran. El sistema federal de Canadá fue el primer estado moderno en lidiar con una reclamación secesionista desde un punto de vista jurídico y democrático, constituyendo un referente mundial en la materia. En esta razón se fundamenta el interés en profundizar sobre este tema, dado que el caso canadiense representa un ejemplo, de momento, aparentemente exitoso como respuesta ante una crisis secesionista.

Esta exitosa reacción –dado que Quebec permanece dentro la federación y hasta la fecha no se ha celebrado un nuevo referéndum, situándose el apoyo a la causa soberanista en mínimos históricos¹⁵– convierte al sistema federal de Canadá en un modelo referente a la hora de abordar la integración de la diversidad nacional y territorial en el seno de un estado compuesto. Esta dinámica de integración, aunque ha tenido mayor predicamento en relación a Quebec, no puede entenderse como exclusiva

extremo y plantea una serie de cuestiones que deben ser abordadas dentro de un debate sobre la federalización del Reino Unido que ha resurgido tras el referéndum de independencia de Escocia. A este respecto, vid. ARONEY (2016): 296-324, McEWEN (2016): 226-246 o PAGE (2016): 277-294, aunque, como resaltan LAFOREST y KEATING (2018): 182-184 este debate quedado eclipsado tras la decisión de salir de la Unión Europea, postergándose hasta la culminación del *Brexit*. En relación al debate previo, concerniente al contencioso de Irlanda, vid. KENDLE (1989).

¹³ Sobre esta temática, el trabajo colectivo de MCHARG, MULLEN, PAGE y WALKER (2016) nos presenta unos artículos de gran interés y actualidad.

¹⁴ Entre otros, TUDELA ARANDA (2011): 261-272, GARCÍA ROCA (2013): 20-31, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (2014): 19-67 o LÓPEZ BASAGUREN (2015): 1085-1108 y (2016a): 46-61.

¹⁵ Un sondeo de Léger Marketing de marzo de 2017, la única encuestadora que pregunta de forma directa sobre el voto en un hipotético referéndum de independencia, situaba el apoyo a la opción afirmativa en únicamente el 36%.

de esta provincia, pues dentro de Canadá coexisten otras demandas de mayor autogobierno, si bien menores en intensidad, a las que el sistema federal debe dar cabida¹⁶.

Todo lo anterior cristaliza en el interés por estudiar las características del sistema federal de Canadá que lo dotan de flexibilidad y maleabilidad, posibilitando que este superara una crisis constitucional de gran envergadura a finales del S. XX. Esta capacidad de adaptación ante la crisis resultó en la creación de un marco propio, sin réplica hasta la fecha en otro estado, que pretende reconducir una tensión secesionista hacia el ordenamiento jurídico-constitucional con el objetivo de intentar rebajarla o, en el caso más extremo, racionalizar esas demandas y buscar una solución a la secesión desde el derecho.

1.2. La experiencia canadiense y su especial trascendencia para España

La integración de la diversidad nacional y/o regional es un desafío que afecta a todo estado compuesto, no siendo España una excepción. Las reclamaciones soberanistas tampoco son un fenómeno ajeno, pues desde la aprobación de la Constitución de 1978 el sistema constitucional español ha tenido que lidiar con varios de estos episodios, siendo especialmente notorios los casos del País Vasco en 2005 con el Plan Ibarretxe¹⁷ y el de Cataluña tras la consulta independentista, declarada ilegal por el Tribunal Constitucional, de octubre de 2017¹⁸.

El contencioso relativo a la secesión de Quebec ha provocado que el sistema federal canadiense ya no sea ese “federalismo olvidado” del que nos hablaba RUIZ ROBLEDO¹⁹, sino que se haya situado, por pleno derecho, entre los principales modelos de estudio con el objetivo de sacar lecciones que puedan ser aplicables a la experiencia comparada y, en particular, a la española. Sin embargo, el estudio por parte de la doctrina española del caso canadiense se ha centrado frecuentemente en la opinión del

¹⁶ Estas demandas, generalmente provenientes del oeste de Canadá, no han consistido en una petición de más poderes competenciales, sino en la búsqueda de una mayor influencia en la gestión de la federación, así como de un mayor respeto a la autonomía provincial. Sobre esta cuestión, aplicado al caso de la Columbia Británica, es de interés la obra de RESNICK (2000): 3-20.

¹⁷ Sobre el mismo vid. LÓPEZ BASAGUREN (2008): 171-217, CORCUERA ATIENZA (2009): 305-309, y TAJADURA TEJADA (2009): 363-385, además de la STC 103/2008 respecto a la posterior consulta que el ejecutivo vasco pretendía convocar.

¹⁸ La misma fue suspendida tras en el recurso de inconstitucionalidad 4334-2017 promovido por el gobierno, quedando posteriormente confirmada su inconstitucionalidad en la STC 114/2017. DE MIGUEL BÁRCENA (2018): 133-136 realiza un análisis de esta sentencia dentro de una recopilación de todos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación al proceso soberanista catalán.

¹⁹ RUIZ ROBLEDO (1990): 201-216.

Tribunal Supremo y sus consecuencias legales, fundamentalmente la Ley de Claridad²⁰, relegando a un segundo plano otros elementos que lo integran como el modelo de distribución de competencias o el sistema institucional y de relaciones entre el gobierno federal y las provincias cuyo impacto sobre la integración de la diversidad territorial también es de especial relevancia. Además, incluso en el caso de la regulación jurídica de la secesión, la mayoría de la doctrina ha obviado algunas lecciones sumamente importantes, verdades silenciadas como las denomina LÓPEZ BASAGUREN, que, a pesar de la creencia generalizada, favorecen a la causa federalista o unionista y no a las fuerzas y/o movimientos soberanistas²¹. Este olvido se ha extendido al plano político donde se ha consolidado una visión sesgada e incompleta de la experiencia hasta el punto de que algunas fuerzas han generado su propio “relato canadiense”²².

Por ello, es perentorio y necesario ampliar el campo de análisis y extenderlo al sistema federal canadiense en su conjunto, para poder comprender las dinámicas que generaron la crisis constitucional, así como los factores y elementos jurídicos que han llevado a un retroceso del apoyo a la secesión en Quebec, canalizando y reduciendo la tensión existente hasta reconducir la situación y evitar el estallido del sistema constitucional. Además, la dimensión y la complejidad del sistema canadiense es de tal calibre que justifica que la delimitación del campo de estudio se centre en Canadá exclusivamente dado que este modelo requiere de un estudio específico, el cual se vería limitado, prescindiendo de detalles a mi juicio importantes, en caso de realizar un análisis comparado. Por lo tanto, el objetivo pretendido es analizar un modelo hasta ahora aparentemente exitoso de reacción ante una crisis secesionista, dejándose la perspectiva comparada para futuros trabajos en una línea de estudio similar.

Estas lecciones pueden ser de gran valor para España, cuyo sistema se encuentra actualmente sumido en una importante crisis constitucional, más grave aún que la experimentada por Canadá, dada la apuesta decidida y consciente de las autoridades catalanas por la desobediencia y la rotura del marco constitucional que llevó, a finales de 2017, a la aplicación del artículo 155 de la Constitución española y la subsiguiente

²⁰ Entre otros, FOSSAS y WOEHLING (1997): 131-154, BILBAO UBILLOS (1999): 83-118, RUÍZ ROBLEDO y CHACÓN PIQUERAS (1999): 275-283, SEIJAS VILLADANGOS (2001): 205-236, PÉREZ TREMPES (2004) y CASTELLÁ ANDREU (2014): 258-310.

²¹ LÓPEZ BASAGUREN (2005): 12-14.

²² La construcción por parte de algunos actores políticos de su propio relato canadiense es analizada en detalle en ROMERO CARO (2017): 140. Además, como acertadamente recalcan FERRERES COMELLA (2014): 581, FOSSAS ESPADALER (2014): 287-288 y LÓPEZ BASAGUREN (2017a): 305, la visión incompleta de la realidad canadiense también ha alcanzado al Tribunal Constitucional, en particular, en relación al principio de soberanía.

intervención de la autonomía²³. Por esta razón, la experiencia canadiense puede ofrecer enseñanzas que sirvan para que España desarrolle un marco jurídico propio que dote de flexibilidad al sistema constitucional y permita un correcto acomodo de las diferentes sensibilidades territoriales reduciendo el apoyo a la secesión y evitando la quiebra del mismo.

2. OBJETIVOS E HIPÓTESIS

La investigación que aquí se expone tiene por objeto presentar el sistema federal de Canadá como paradigma de integración territorial y acomodo de la diversidad nacional. Por lo tanto, el objetivo es describir globalmente el sistema federal de Canadá y no realizar un análisis comparado, si bien, como se ha resaltado, las lecciones que se extraigan pueden resultar de gran interés para otros modelos y, especialmente, para el caso español.

La principal hipótesis de trabajo se fundamenta en que, dada la rigidez constitucional imperante en Canadá, se han desarrollado otras vías de acomodo e integración de la diversidad territorial evitando que se reedite la crisis constitucional de finales del S. XX, así como reduciendo el apoyo a la secesión²⁴. Por lo tanto, la base del presente trabajo consiste en identificar y explorar los elementos del sistema federal canadiense que han posibilitado estas vías de acomodo, dotando al sistema de flexibilidad y permitiendo su adaptación ante los desafíos que se derivan de la petición de reconocimiento por parte de Quebec²⁵, así como por la demanda de mayor autogobierno tanto de esta provincia como de otras. Es importante resaltar que si bien este trabajo prestará mayor atención al caso de Quebec debido a que es la provincia donde la conflictividad constitucional alcanzó su punto culmen hasta desembocar en la aparición de un movimiento soberanista que estuvo cerca de provocar el

²³ LÓPEZ BASAGUREN (2018): 256-262 y SEIJAS VILLADANGOS (2018): 174-212. Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución. BOE núm. 260, de 27 de octubre de 2017, páginas 103527 a 103528. Sobre el conflicto catalán, con un enfoque más general, también son de interés los trabajos de FERRERES COMELLA (2016): 461-475 y CASTELLÁ ANDREU (2016): 561-592.

²⁴ Esta posibilidad ha sido sugerida por BENZ (2016): 184, quien estima que la rigidez formal de la Constitución tras la *patriación* ha favorecido la búsqueda de mecanismos implícitos de cambio constitucional.

²⁵ La idea del reconocimiento está íntimamente ligada a la construcción de la identidad nacional y el devenir de los movimientos nacionalistas pues, como apunta TAYLOR (2009): 53, la identidad se moldea, en parte, por el reconocimiento o, como sería el caso de Quebec, por la falta de este.

desmembramiento de la federación canadiense, la perspectiva e influencia del modelo federal en otras provincias también será tenida en cuenta a la hora de realizar el análisis.

Con este fin, será necesario describir y analizar el origen de la crisis constitucional con epicentro en Quebec que afloró en el último tercio del S. XX. Dado que estas demandas y perspectivas de mayor autonomía acabaron frustradas, se hace necesario encontrar otras vías para poder dar respuesta a las aspiraciones de Quebec y, así, reducir el apoyo al movimiento soberanista en esta provincia. Conjugar estas demandas con el principio de igualdad de las provincias²⁶, evitando un tratamiento que pueda ser percibido como privilegiado desde otros territorios, es otro reto que se tendrá en cuenta a la hora de realizar el estudio.

La flexibilidad del sistema constitucional canadiense ha permitido combinar factores tanto jurídicos como políticos a la hora de desarrollar el sistema federal en pos de una mayor integración de la diversidad nacional sin reformar formalmente la Constitución, dada la camisa de fuerza que supone el mecanismo aprobado en 1982 y que se analizará oportunamente. Esta característica conlleva que haya que estudiar otros elementos como el modelo de distribución de competencias, el sistema institucional o la división de las fuentes financieras con el objetivo de calibrar su influencia y contribución a canalizar las reivindicaciones soberanistas en búsqueda de un mejor acomodo de la diversidad regional y, en particular, de la de Quebec.

El objetivo que aquí se persigue consiste en analizar el sistema federal como mecanismo canalizador de las tensiones entre el gobierno federal y los ejecutivos provinciales. Analizar si la crisis constitucional ha modificado el patrón de conducta de los actores constitucionales, siendo estos más sensibles a la integración de la diferencia, así como creando una mayor conciencia de la necesidad de evitar enfrentamientos y huir de las respuestas radicales y las soluciones unilaterales ante los desencuentros que puedan surgir en el seno de la federación, es otro de los motivos que justifican el análisis que se pretende realizar.

Este análisis se realizará bajo la hipótesis de que el sistema federal puede configurarse como alternativa a la secesión, de manera que dentro del mismo se puedan integrar diferentes sensibilidades en el seno de un estado fuerte y unido garantizando un amplio nivel de autonomía a las entidades federadas, generando asimetrías jurídicas que no sean percibidas como un privilegio para un determinado territorio o un agravio para

²⁶ WEBBER (2014): 159-160 resalta las dificultades recurrentes de Canadá para lograr esta combinación.

el resto. Partiendo de esta premisa, se pretende alcanzar conclusiones sobre el desempeño del modelo federal de Canadá como instrumento a través del que acomodar a comunidades nacionales descontentas cuyas lecciones puedan ser de aplicación a otros estados.

3. METODOLOGÍA, ESTRUCTURA Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Metodología

Para llevar a cabo la investigación pretendida se combinarán diferentes perspectivas con el fin de presentar el análisis más completo posible. El enfoque de este trabajo será fundamentalmente jurídico desde una óptica constitucional. Este análisis jurídico abarcará disposiciones normativas tanto constitucionales como de rango legal, incluidas aquellas de naturaleza paraconstitucional que si bien formalmente no se encuentran dentro de la Constitución, sí que tienen una naturaleza análoga desde un punto de vista material²⁷, así como decisiones judiciales para analizar su valor e influencia en el desarrollo y evolución del modelo federal. En lo relativo a las decisiones judiciales, el análisis de las mismas no se limitará a las sentencias, las cuales son de carácter vinculante, sino que también incluirá las opiniones consultivas – *Reference* o *Renvoi*–, pues estas son de especial importancia en la práctica jurídica canadiense. Estas opiniones consultivas, si bien no son jurídicamente vinculantes, sí que lo son políticamente, habiéndose convertido por virtud de la costumbre en verdaderas normas jurídicas puesto que siempre son seguidas y acatadas por las partes intervinientes²⁸.

El análisis jurídico de estas disposiciones tiene por fin determinar su significado y alcance para, a partir del mismo, identificar la existencia de patrones comunes de los que se puedan extraer conclusiones que expliquen la evolución del modelo federal y su situación actual, con un particular énfasis en la integración territorial de las diferentes sensibilidades provinciales. Las causas que han llevado a dicha situación también serán

²⁷ TAILLON y MATHIEU (2013): 10, quienes se inspiran en el trabajo de POIRIER (2007) se refieren a la función paraconstitucional como “*une fonction s’inscrivant en marge ou en complément de normes constitutionnelles. Il peut s’agir de contourner, compléter, interpréter, déjouer ou éviter les normes ou la nécessité de réformes institutionnelles*”.

²⁸ El propio Tribunal Supremo es consciente de la vinculación política de sus opiniones consultivas y así lo reconoció en *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, par. 40, haciendo suyo un pasaje de RUBIN (1960): 175 en el que se afirma que “*While reference opinions may not be legally binding, in practice they have been followed*”.

objeto de análisis, así como las consecuencias de haber adoptado determinadas modificaciones constitucionales que, por uno u otro motivo, acabaron fracasando.

De esta manera se pretende evaluar la influencia del diseño constitucional original de Canadá sobre la práctica y evolución del modelo federal en aspectos como el modelo de distribución de competencias, la distribución de recursos financieros o el sistema institucional. La evolución de la interpretación judicial de las disposiciones constitucionales y normativas es otro factor sobre el que se hará especial hincapié dado que esta labor interpretativa ha hecho bascular la relación de poder entre los dos niveles de gobierno, el federal y el provincial, configurando el modelo actual y permitiendo la evolución y desarrollo de una constitución de carácter antiguo sin que se haya producido una reforma formal de la misma. También serán objeto de análisis las recientes modificaciones institucionales llevadas a cabo por el ejecutivo federal en busca de una mayor integración provincial en la práctica federal. Dado que su implantación es reciente, todavía no existe mucha evidencia empírica de sus resultados, por lo que el análisis deberá limitarse al plano teórico, describiéndose sus líneas maestras y su potencial impacto en el modelo federal.

A pesar del enfoque preeminentemente jurídico del trabajo, el análisis no podría ser realizado en su plenitud si se prescindiera de los factores políticos, pues los mismos están ampliamente presentes en la dinámica constitucional. Por esta razón, a lo largo del trabajo de estudio serán objeto de análisis, entre otros, materiales como los diarios de sesiones parlamentarias –*Hansard* en la terminología propia del modelo de Westminster– y registros de votaciones, declaraciones públicas de líderes políticos o programas electorales. Estos factores contribuyen a explicar las mayorías, apoyos –y falta de los mismos– a determinadas modificaciones, proyectos o acuerdos, condicionando su contenido y viabilidad. El análisis de estos es imprescindible para entender el contexto de algunas normas y decisiones judiciales, así como su oportunidad política y las reacciones del resto de actores ante las mismas, dado que dichas motivaciones son, a veces, determinantes en la construcción, evolución y desarrollo del sistema constitucional y, por extensión, del modelo federal.

Contar con una perspectiva histórica es también perentorio puesto que para determinar las causas y consecuencias de un fenómeno como la crisis constitucional canadiense de finales del S. XX es necesario conocer el proceso de construcción y desarrollo de la identidad nacional *québécoise*, así como su contraposición al nacionalismo unitario pancanadiense que se deriva de la Constitución de 1982. En

menor medida, también se prestará cierta atención a factores sociológicos, económicos y sociales, pues los mismos tienen una influencia decisiva en el proceso de construcción de las identidades nacionales, las cuales son elementos determinantes dada su influencia en una crisis secesionista, así como en la evolución de los movimientos que la sustentan²⁹.

El objetivo final es que la combinación de estos tres enfoques cristalice en un análisis del sistema federal de Canadá que permita al lector obtener una visión de conjunto, ayudando a identificar las características del mismo que han permitido el acomodo de la diversidad territorial, posibilitando la integración de la diferencia quebequesa y reduciendo el apoyo a la secesión.

3.2. Estructura y justificación

Este trabajo ambiciona rescatar del olvido algunos aspectos del modelo federal canadiense que han sido poco trabajados por la doctrina española, la cual, como se ha desatacado, ha preferido centrarse en otros aspectos de este. Antes de profundizar en el análisis del mismo, se resolverán algunas cuestiones introductorias. La primera de ellas consistirá en presentar unos breves apuntes sobre la existencia de un derecho a la secesión. Para ello se adoptará una doble perspectiva, tanto desde la óptica del Derecho Internacional como nacional, con base en las constituciones de algunos estados relevantes. En un segundo apartado, se tratarán cuestiones de carácter general sobre el sistema constitucional de Canadá y su origen histórico. Este breve excursus tiene la intención de aclarar terminológicamente algunos aspectos, así como contextualizar el modelo federal canadiense de manera que se facilite la comprensión del trabajo expuesto a continuación.

El trabajo girará en torno a cuatro grandes bloques conceptuales cuyo contenido se desgana brevemente a continuación, sin perjuicio de su posterior subdivisión en capítulos y secciones más breves. Estos bloques temáticos se corresponden con los ejes principales que se quieren presentar al lector con el objetivo de ofrecerle una visión lo más completa posible del sistema constitucional de Canadá con un especial énfasis en la integración de la diversidad territorial.

²⁹ El concepto de *identidad nacional* es un prisma con numerosas caras, variando su significado según la concepción que se quiera adoptar. En términos de noción jurídica es presentada, con un enfoque eminentemente europeo, por BON (2014): 184-187, quien la concibe como un concepto indeterminado e incluso enigmático.

3.2.1. *El punto de partida: la crisis constitucional*

Una vez resueltas las cuestiones previas, el estudio comenzará con una reconstrucción de la crisis constitucional canadiense, identificando y desarrollando los factores que la generaron. Este estudio partirá de una contraposición de dos visiones divergentes de los orígenes de la Confederación. Estas dos narrativas, una de carácter centralista dominante en el Canadá anglófono y otra de corte autonomista con epicentro en Quebec, encierran dos formas diferentes de entender el modelo federal. La Revolución Tranquila traerá importantes cambios en la cosmovisión de la sociedad quebequesa, siendo la redefinición de la comunidad nacional de Quebec el más relevante. Este cambio de paradigma servirá de germen al nacionalismo quebequés, el cual se articulará políticamente a través del *Parti québécois* (PQ), cuya victoria electoral en las elecciones provinciales de 1976 supondrá el inicio de la crisis constitucional que afectará a Canadá en lo que resta de siglo, teniendo su primer punto álgido en el referéndum de 1980.

Tras un sucinto análisis de las causas y consecuencias del mismo se profundizará sobre el proceso de *patriación* constitucional iniciado por P.E. TRUDEAU que tensionará las costuras del modelo federal, generando un agrio enfrentamiento entre las provincias y el gobierno federal que desembocará en el aislamiento constitucional de Quebec. El contencioso jurídico relativo a la capacidad federal para *patriar* unilateralmente la Constitución será objeto de un detallado análisis a partir de la opinión consultiva del Tribunal Supremo, así como se abordará el contenido de los dos pilares principales de la *patriación*: la Carta de Derechos y Libertades y la fórmula de reforma. A la hora de analizar la Carta se prestará especial atención a la cláusula *notwithstanding*, dado su carácter novedoso y rupturista desde un punto de vista constitucional, haciendo especial hincapié en su condición de mecanismo que contribuya a flexibilizar el sistema constitucional, facilitando la integración de la diversidad territorial. Una vez tratado el contenido del texto constitucional de 1982, el análisis pasará a centrarse en el rechazo del Tribunal Supremo a la existencia de un derecho de veto en materia constitucional por parte de Quebec, aspecto que se entroncará con la visión centralista del origen de la Confederación dominante en el Canadá anglófono antes discutida.

Esta decisión judicial contribuirá a ahondar el sentimiento de rechazo y marginación existente en Quebec tras quedarse al margen de la *patriación* constitucional, lo que provocará que se ponga en marcha un proceso tendente a reintegrar a esta provincia en el consenso constitucional. Estos intentos de integración

se vehicularán a través de los Acuerdos del Lago Meech (1987) y Charlottetown (1992), de los que se desgranará su contenido analizando el impacto de las medidas que los componían, así como su encaje con las reivindicaciones históricas de Quebec. Se prestará una especial atención al contencioso lingüístico que surgirá durante el proceso de ratificación del Acuerdo del Lago Meech, evaluando el impacto de las decisiones tomadas por el ejecutivo de Quebec en el posterior fracaso del mismo. Finalmente, se conectarán estos fracasos constitucionales con el punto de mayor tensión constitucional en la historia de Canadá: el referéndum de soberanía de Quebec celebrado en 1995.

Una vez analizadas con detalle las causas de la crisis constitucional de finales del S. XX, serán objeto de estudio las consecuencias de la misma, así como los esfuerzos en pos de una flexibilización del sistema constitucional de Canadá para conseguir integrar progresivamente la diferencia quebequesa.

El estudio comenzará reflexionando sobre las medidas puestas en marcha por el gobierno federal para afrontar el reto planteado por el soberanismo. Se partirá de la idea de rescatar el derecho de veto para Quebec ante futuras modificaciones constitucionales, hasta llegar al célebre dictamen sobre la secesión de Quebec, el cual será objeto de un estudio detallado. Se prestará especial atención a los principios constitucionales que se derivan del mismo, analizando su alcance, significado, así como la interrelación entre los mismos para desgranar la construcción teórica que realiza el Tribunal. En particular, se intentará determinar si esta construcción constituye un cambio de paradigma en la forma de concebir la Constitución de Canadá con respecto al clásico del federalismo norteamericano, que negaba tajantemente la secesión, al abordar esta problemática desde el derecho interno, perfilando el Tribunal Supremo los criterios que deben guiar la conducta de los actores políticos ante el deseo claro de la población de una provincia de dejar la federación canadiense, voluntad que, necesariamente, deberá ser articulada a través de un proceso de reforma constitucional. En relación con el tratamiento de la secesión desde el derecho interno, se procederá a aclarar los conceptos que integran la construcción efectuada por el Tribunal, con mayor énfasis en aquellos, caso del sentido cualitativo de la mayoría clara, que han sido olvidados por parte de la doctrina española. También se resaltarán los claroscuros provocados por la decisión del Tribunal, pues dejó varias cuestiones sin resolver, trasladando a los actores políticos la responsabilidad de integrar dichos vacíos, como es el caso del procedimiento de reforma aplicable para materializar la secesión. En conexión este último aspecto, se expondrán los posibles procedimientos de aplicación y se analizarán los argumentos a favor y en contra de los

mismos con la voluntad de concluir sobre la idoneidad de estos para una cuestión de elevada complejidad como es la secesión de una provincia del resto de la federación.

Las reacciones políticas a la decisión judicial, normativizadas en la Ley de Claridad federal y la Ley 99 de Quebec, ilustran las dos concepciones políticas frontalmente enfrentadas que se tenían del dictamen. El contenido y consecuencias de estas serán tratados con detalle en lo referente a su compatibilidad con la opinión del Tribunal Supremo. También se resaltarán los ecos de dicho conflicto que todavía persisten, pues el mismo, lejos de solucionarse, sigue todavía coleando en los tribunales si bien no parece estar cerca de una solución definitiva.

La integración progresiva de Quebec y la consiguiente disminución de la tensión constitucional será otro de los campos de estudio que se abordarán, presentando una panorámica de las medidas llevadas a cabo por los diferentes ejecutivos federales a lo largo de los últimos años. Igualmente, se estudiará la evolución del uso de la cláusula *notwithstanding* y la concepción que se tiene de la misma en la actualidad. Se reseñarán los casos en los que ha sido utilizada, así como aquellos donde se ha propuesto el recurso a la misma, destacando el caso de Quebec donde el debate sobre su uso continúa presente.

La progresiva integración de la diferencia quebequesa también será abordada desde dos vectores principales: la lengua y la educación. Dentro de este análisis se reexaminará la doctrina del Tribunal Supremo en el caso *Ford* con el objetivo de constatar la vigencia de esta. Asimismo, se buscará determinar cómo la misma ha alterado la forma de actuar de los legisladores, quienes han buscado un enfoque más pragmático huyendo de la confrontación constitucional con el fin de asegurar el mantenimiento del *visage linguistique* de Quebec, sin perder de vista la posibilidad de la extensión del mismo a otros campos como el laboral.

En lo concerniente al francés como lengua de instrucción, se observarán conflictos recientes como la problemática de las escuelas pasarelas, detallándose cómo el legislador quebequés ha sabido conjugar la defensa de sus postulados con el cumplimiento de la doctrina del Tribunal Supremo sin necesidad de recurrir a mecanismos constitucionales extraordinarios como la cláusula *notwithstanding*, en un claro ejemplo de integración progresiva de la diferencia.

Finalmente, se evaluará el estado de las reivindicaciones históricas de Quebec tras el proceso de integración progresiva que se ha venido llevando a cabo, así como las nuevas demandas de la provincia para retornar al consenso constitucional, cuestiones

que servirán de hilo conductor de los siguientes bloques, en los que se describirán y analizarán los elementos del sistema federal a través de los cuales se podría dar acomodo a estas reivindicaciones. Junto a ello, se analizará cómo han influido los hechos anteriormente relatados en el estado actual del movimiento soberanista, condicionando su discurso y agenda política, así como se tratarán sus perspectivas de futuro.

3.2.2. El modelo de distribución de competencias como eje vertebrador del sistema federal

Una vez esclarecidas las causas de la crisis constitucional canadiense de finales del S. XX el trabajo pasará a centrarse en aspectos concretos del modelo federal de Canadá con el objetivo de identificar aquellos elementos que lo dotan de flexibilidad, permitiéndole canalizar las tensiones existentes entre centro y periferia. El primero de ellos será el modelo de distribución de competencias.

El modelo de distribución de competencias se presentará con un enfoque sistemático, agrupando las materias en categorías para una mejor comprensión, con el objetivo de mostrar la evolución del sistema desde la rigidez del diseño constitucional original a la flexibilidad práctica que lo caracteriza, la cual ha permitido que una Constitución de carácter antiguo haya ido evolucionando para dar respuesta a los desafíos de un realidad cada vez más compleja e interconectada gracias a la interpretación judicial. Asimismo, se prestará especial atención a la condición integradora del federalismo asimétrico como vía para dotar de competencias a Quebec con las que desarrollar su carácter distintivo sin menoscabar la igualdad provincial.

El estudio del sistema de distribución de competencias partirá de la lista de competencias federal, cuyos títulos se irán agrupando según la naturaleza de las materias que los componen. A continuación, se abordarán una serie de fenómenos que han ido transformando el sistema, alterando el diseño original en función de diversos factores. Así, se mostrará cómo valores como la unidad y eficiencia económica, el interés nacional o la protección penal han sido determinantes a la hora de interpretar el sistema de competencias, actuando como fuerza centralizadora a costa de la esfera competencial provincial. Seguidamente, se tratará la naturaleza y alcance de la cláusula residual de competencias a favor de la federación, aspecto que supone una de las especificidades del sistema constitucional canadiense y que lo distingue de otros

sistemas federales³⁰. Dado que esta cláusula residual no tiene una sola cara, sino que goza de varias vertientes de aplicación, también será objeto de análisis su faceta como poder de emergencia, el cual no está expresamente regulado en el texto constitucional.

De manera análoga a la lista federal, los poderes atribuidos a las provincias serán tratados siguiendo un esquema similar, en función de la naturaleza de cada una de las materias en cuestión. Se prestará especial atención a las competencias complementarias, que son aquellas que completan los títulos federales, generando un sistema de distribución de competencias en forma de queso gruyer. La elección de este término para denominar al sistema se justifica en la idea que el mismo provoca que haya agujeros en la regulación de una materia al encontrarse partes de la misma bajo competencia del otro nivel de gobierno, la cual solo queda regulada de manera completa por la actuación de los dos órdenes competenciales. Al igual que el nivel federal, la esfera provincial de competencias también goza de una cláusula residual de competencias para aquellas materias de naturaleza local o privada, cuyo estudio pondrá de manifiesto cómo algunas áreas han resistido la tendencia centralizadora impulsada por el gobierno federal, permaneciendo bajo regulación provincial pese a los numerosos intentos federales por regular, en parte o por completo, la totalidad de dichas materias.

Esta duplicidad de cláusulas residuales, cada una a favor de un nivel de gobierno, hace necesario estudiar la relación entre las mismas, dada su diferente naturaleza y alcance, siendo la interacción entre ambas la que permite cerrar el sistema.

A pesar de que el diseño formal del sistema competencial de Canadá se basa en la teoría de los compartimientos estancos, el texto constitucional contempla algunas competencias concurrentes entre los dos niveles de gobierno como la agricultura y la inmigración. Estas materias serán objeto de estudio junto con aquellas, que si bien no estaban contempladas como concurrentes en el texto constitucional, sí que gozan de tal condición a través de la interpretación judicial del sistema de competencias. La especial importancia de la interpretación judicial del sistema de competencias conlleva que sea necesario desgranar la pluralidad de doctrinas desarrolladas por la jurisprudencia para interpretar el sistema competencial, valorando su alcance y efectos en la evolución y desarrollo del modelo federal. Estas doctrinas han ido modulando progresivamente el sistema de distribución de competencias desde la rigidez del sistema original,

³⁰ Esta noción es contraria al canon clásico del federalismo estadounidense donde los poderes residuales pertenecen a los estados, lo cual supone una diferente concepción de la relación de poder existente entre el gobierno de la federación y el de las entidades federadas.

permitiendo más grados de solapamiento hasta admitir una, tímida pero creciente, cooperación entre los dos niveles de gobierno.

3.2.3. El modelo institucional canadiense y las relaciones intergubernamentales

Tras concluir el estudio del modelo de distribución de competencias, será el momento de abordar el análisis de otro pilar principal del modelo federal canadiense: el sistema institucional. Este bloque temático, el cual se centrará en las cuatro instituciones principales –la Cámara de los Comunes, el Senado, el Tribunal Supremo y el sistema de relaciones intergubernamentales– pretende describir y analizar los aspectos más relevantes del mismo desde una perspectiva territorial. La adopción de este enfoque se fundamenta en la voluntad de encontrar mecanismos de diálogo entre los dos niveles de gobierno que permitan articular la participación provincial en el nivel federal, dotando de flexibilidad al sistema y permitiendo su desarrollo y evolución sin necesidad de una reforma constitucional, cuya consecución exitosa parece lejana. Con ello, se pretende trabajar la idea de que un sistema institucional eficiente contribuye al buen funcionamiento del modelo federal permitiendo articular las opiniones y demandas de todas las unidades federadas que lo componen, ayudando a reducir los conflictos constitucionales y por, ende, la tensión secesionista.

Este bloque comenzará con una panorámica somera sobre los Comunes, la Cámara Baja del Parlamento federal. Se discutirá brevemente el modelo actual, producto de las numerosas modificaciones que han ido parcheando el diseño original. Sin vocación de exhaustividad, dado que no tiene una relación directa con el objeto del análisis que aquí se realiza, se presentarán unos breves apuntes sobre una materia que es actualmente objeto de discusión en Canadá como es la reforma electoral.

El estudio proseguirá con la Cámara Alta del Parlamento federal: el Senado. Dado que esta institución tiene encomendada la función de cámara de representación territorial, el análisis de la misma es especialmente relevante a la hora de tratar la cuestión de la integración de la diversidad provincial. Junto a una breve descripción del estado de la cuestión, el estudio se centrará en las disfuncionalidades de las que adolece el Senado. También se abordará el último proceso de reforma puesto en marcha por el gobierno federal tendente a modificar el sistema de selección de los senadores, evaluándose el impacto de este sobre la función del Senado como cámara territorial.

Las dificultades del Senado para, en su estado actual, actuar como cámara de representación territorial ponen en duda la necesidad de la institución. Esta reducida

influencia de la misma, evidenciada en momentos clave como la *patriación* o la aprobación de la Ley de Claridad, sobre la práctica federal se extiende a prácticamente todos los elementos del sistema federal, caso del modelo de distribución de competencias, lo cual hace necesario teorizar sobre la posible abolición de la institución, dado que la misma se muestra incapaz de desempeñar las funciones que tiene encomendadas constitucionalmente.

El análisis del sistema institucional de Canadá no se limitará a los órganos legislativos, sino que también se extenderá al Tribunal Supremo, máximo órgano jurisdiccional de Canadá desde 1949. El elevado grado de rigidez constitucional tras la introducción de un mecanismo propio de reforma en 1982 ha dejado al Tribunal Supremo como el único medio a través del cual actualizar y desarrollar una Constitución de carácter antiguo como la canadiense. Este hecho ha convertido al Tribunal en una fuerza de equilibrio del sistema, adoptando un rol de árbitro territorial entre el gobierno federal y las provincias. Esta posición central en el desarrollo del sistema federal ha conllevado que su naturaleza y composición hayan sido objeto de controversia a lo largo de los años, siendo la participación provincial en el proceso de nombramiento una de las tradicionales reivindicaciones de Quebec a la hora de seleccionar a los tres magistrados que corresponden a dicha provincia en virtud de su sistema propio de derecho civil. Por ello, en este apartado se teorizará sobre la posición constitucional del Tribunal Supremo y la naturaleza del mismo, así como sobre los criterios de elegibilidad de sus miembros con especial atención a las modificaciones introducidas recientemente por el gobierno federal con el objetivo de potenciar la participación provincial en el proceso. La perspectiva territorial será eje central del análisis, discutiéndose sobre la posibilidad de concebir al Tribunal Supremo como una institución representativa de la diversidad territorial de Canadá, así como sobre si la misma debe tener un carácter inclusivo y simbólico. En relación con estas últimas consideraciones, factores como el bilingüismo o el indigenismo también serán objeto de análisis.

Para finalizar, este bloque temático también se ocupará del sistema de relaciones intergubernamentales, el cual se conectará con la creciente necesidad de cooperación apreciada en los últimos años, aspecto que podría suponer la primera piedra de una evolución del modelo federal clásico de compartimentos estancos hacia uno cooperativo. Tradicionalmente, un sistema de relaciones intergubernamentales ha sido propuesto como alternativa a segundas cámaras ineficientes, como es el caso del Senado

canadiense, a la hora de canalizar el diálogo entre los diferentes órdenes de gobierno. Aunque Canadá cuenta con uno de los sistemas más desarrollados de relaciones intergubernamentales, este presenta defectos como su falta de institucionalización o la excesiva dependencia del nivel federal en su funcionamiento. Por ello, se pretende identificar las fortalezas y debilidades del sistema, así como formular posibles propuestas de reforma, además de presentar al mismo como alternativa a las ineficiencias de la Cámara Alta en el plano territorial.

El análisis comprenderá tanto el sistema clásico de relaciones verticales, como la cooperación horizontal entre las unidades federadas, un aspecto de importancia creciente, pero sobre el que la literatura académica ha mostrado escaso interés³¹. Ambos modelos serán analizados desde una doble óptica tanto bilateral como multilateral, prestando atención a las principales instituciones existentes en cada campo, así como al desempeño de las mismas. El impacto del sistema de relaciones intergubernamentales en el sistema federal, y su influencia sobre el resto de actores serán parte esencial del estudio, siendo de especial interés los desempeños en campos como la reforma constitucional, la unión económica y, especialmente en los últimos años, en el de las políticas públicas.

3.2.4. Una materia frecuentemente olvidada: el federalismo fiscal como elemento de integración

Por último, se pretende dedicar el cuarto bloque a una temática frecuentemente olvidada por la literatura jurídica como es el federalismo fiscal. La distribución de recursos financieros es un componente vital de cualquier sistema de gobierno compartido. De nada sirve tener competencias formales si no se dispone de recursos con los que financiarlas o si los mismos están sometidos a una condicionalidad que reduce el margen de maniobra del gobierno autónomo. Por esta razón, el objetivo principal de este bloque es identificar los elementos troncales del modelo fiscal canadiense para poder evaluar la eficiencia del mismo y si, como algunos argumentan, este contribuye a centralizar la federación a expensas de la autonomía provincial. En el caso de que esta hipótesis sea correcta, se pretenden identificar las causas y proponer cambios en el

³¹ La provincia de Quebec ha sido una de las más proactivas a la hora de intentar desarrollar estos sistemas, lo cual hace más interesante su análisis desde el punto de vista de la integración de la diversidad territorial.

mecanismo de reparto para asegurar que el nivel provincial dispone de suficientes recursos para financiar las competencias que le han sido atribuidas constitucionalmente.

Este bloque comenzará resaltando la importancia de los desequilibrios fiscales y las tensiones que estos generan en los sistemas federales. A continuación, el análisis se centrará en la asimetría constitucional existente en Canadá desde el lado del ingreso, desgranando el marco formal contenido en la Constitución de 1867. Para ello, se prestará especial atención a la particular concepción que se tiene en Canadá de la imposición directa, sustancialmente alejada de la que podemos encontrar en otros modelos. Dicha noción se deriva del pensamiento clásico de MILL, que ha jugado una labor central en la interpretación del modelo, llevada a cabo por el *Privy Council*. Seguidamente, se abordará la evolución del sistema tras la Segunda Guerra Mundial, distinguiendo tres periodos principales según las características dominantes en los mismos: la centralización, la homogenización y la cooperación. En todos ellos se pondrá de relevancia la actitud de Quebec. Esta se ha caracterizado por una profunda reivindicación de la voluntad de ejercer su autonomía tributaria como parte integral de su autogobierno, optando por una senda propia diferente a la del resto de provincias. Finalmente, esta sección se ocupará de evaluar las consecuencias de la asimetría constitucional relativa al ingreso, con la finalidad de determinar la posible existencia de un desequilibrio fiscal vertical. Partiendo del concepto elaborado por la Comisión Séguin, se analizarán los cuadros fiscales para averiguar si existe un desfase entre los ingresos y los gastos de las provincias, necesitando estas de transferencias federales al no poder autofinanciarse con recursos propios.

Una segunda parte se ocupará del fenómeno del poder de gasto. Tras aclarar el concepto del mismo y teorizar brevemente sobre su encaje constitucional se tratarán las principales manifestaciones del mismo, en particular, los programas compartidos y las transferencias federales. En relación con los primeros, se describirá su rol en la evolución del estado del bienestar en Canadá sin perder de vista su conciliación con el sistema de distribución de competencias, evidenciándose una tendencia a la disminución de los mismos. Por su parte, se presentará el modelo de transferencias federales con especial énfasis el grado de condicionalidad que estas llevan aparejadas y cómo el mismo ha sido utilizado como un instrumento para construir una identidad común pancanadiense, limitando en cierto modo la autonomía provincial. Asimismo, se destacarán las implicaciones que han tenido para el futuro del sistema las últimas reformas sufridas por este. Finalmente, se discutirán posibles vías de reforma del

sistema con la intención de reducir la condicionalidad en la recepción de los fondos federales, presentado alternativas al modelo actual que casen mejor con el principio federal y permitan el máximo desarrollo posible del autogobierno provincial.

El último asunto en ser tratado será el relativo a las desigualdades interterritoriales, los denominados desequilibrios horizontales, y la corrección federal de las mismas. En primer lugar se expondrá un breve marco teórico, detallando los elementos que integran los programas de redistribución, y mostrando cómo su elección determina el funcionamiento de estos.

Una vez descritas las características generales de los sistemas de nivelación se procederá a profundizar en el modelo canadiense rastreando sus orígenes hasta la misma creación de la Confederación. Seguidamente, se detallarán los caracteres principales del programa en vigor, así como se abordará su evolución desde su creación hasta la actualidad. A lo largo de este proceso, se resaltarán las diferentes modificaciones que se han ido realizando y los efectos de las mismas, las cuales han girado fundamentalmente en torno a dos elementos: la fórmula de cálculo y el estándar de comparación. Este proceso evolutivo ha consagrado la naturaleza reactiva del sistema, pues el mismo se ha ido adaptado gradualmente a las necesidades del gobierno federal.

Siguiendo la tendencia evolutiva del sistema se presentarán algunas cuestiones cuya resolución podría servir para favorecer la cohesión y la integración territorial. De esta manera se discutirá sobre la conveniencia de eliminar la supeditación del programa de nivelación al equilibrio presupuestario del gobierno federal, la necesidad de adoptar un enfoque global en lo referente al cómputo de los recursos naturales, así como se analizará la posibilidad de concebir al sistema de nivelación como una herramienta para reducir las tensiones territoriales ahondado en su función integradora.

4. ALGUNAS PRECISIONES INTRODUCTORIAS

4.1. El derecho de secesión. Breves apuntes

La secesión es, siguiendo a DWORKIN, un caso difícil³², una materia sobre la que, salvo contadas excepciones, no existe una norma nacional o internacional a aplicar. En consecuencia, la secesión es un fenómeno complejo que engloba tanto factores

³² DWORKIN (1975) y (1978): 81. Para DWORKIN, los casos difíciles son aquellos en los que no existe una regla inequívoca, aprobada por el órgano competente con anterioridad al caso, a la que el juez debe acudir.

jurídicos como políticos³³, por lo que es difícil formular teorías jurídicas de forma abstracta, dado que la casuística particular es un elemento determinante a la hora de decidir sobre la existencia de un derecho a la secesión.

Otra cuestión que conviene tener en cuenta es que el derecho de secesión o de autodeterminación no tiene una única manifestación, sino que adopta diferentes formas o modalidades algo más oscuras que pretenden ocultar el verdadero propósito último, que no es otro que la secesión. Así, han surgido fórmulas como el derecho a decidir, el cual es una formulación incompleta, pues no especifica sobre qué se pretende decidir³⁴. Como apunta LÓPEZ BASAGUREN, estamos ante una forma de enmascarar el derecho a la autodeterminación, de envolver de forma atractiva el derecho de secesión para ampliar la base social que lo apoya y así alcanzar la independencia³⁵.

Finalmente, también es preciso señalar que la existencia, o no, de un derecho a la secesión si bien puede influir, no es en absoluto vinculante a la hora de lograr el reconocimiento por parte de otros estados. Dicho reconocimiento, condición indispensable para actuar como estado en el panorama internacional, es una decisión política al margen del derecho, dependiendo únicamente de la voluntad de cada estado.

4.1.1. *La secesión en el plano interno*

La secesión implica el fin de un estado tal como lo conocemos, de manera que una parte del territorio se desgaja de este y se constituye en una nación soberana. Por lo tanto, reconocer un derecho a la secesión en el ordenamiento interno de un estado implica reconocer la posibilidad de que este deje de existir en su configuración actual, negando el principio de integridad territorial³⁶.

Dada esta circunstancia, no es de extrañar que los estados sean reacios a reconocer el derecho de secesión³⁷, estando el mismo recogido en únicamente dos textos constitucionales, caso de San Cristóbal y Nieves y Etiopía³⁸. La mayor parte de las constituciones guardan silencio al respecto, siendo la negación del derecho de

³³ MANCINI (2012): 483-487.

³⁴ AJA (2014): 364.

³⁵ LÓPEZ BASAGUREN (2016b): 166-171.

³⁶ Este principio goza de gran tradición en el derecho internacional, encontrándose recogido en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

³⁷ A sensu contrario, WEINSTOCK (2001):197 cree que la inclusión de una cláusula de secesión en las constituciones de los estados puede, paradójicamente, desincentivar la misma reduciendo el recurso a la secesión como chantaje político.

³⁸ El derecho de secesión está regulado en el artículo 115 de la Constitución de San Cristóbal y Nieves, con respecto a la isla de Nieves, y el 39.1 de la de Etiopía.

secesión un principio asentado en el derecho comparado, donde podemos encontrar multitud de estados que declaran la unidad e indivisibilidad de su territorio, sacralizando así el mismo. La declaración del territorio como indivisible no está relacionada con la forma de estado, pues encontramos dicha característica en estados unitarios como Francia o Noruega, federales como Méjico o regionales como Italia³⁹. La aversión de los estados soberanos al fenómeno de la secesión es tal que incluso un estado nacido de la secesión como Kosovo se define como indivisible en el artículo 1.1 de su Constitución.

En estados como Alemania o los Estados Unidos han sido los tribunales los que han negado la posibilidad de secesión afirmando que “los estados no son dueños de la Constitución, por lo que no cabe la separación”⁴⁰ o que “la Constitución predica una unión indestructible de estados indestructibles”⁴¹.

El caso de España no es diferente de los anteriores, afirmando el artículo 2 de la Carta Magna que “*la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles*”. El Tribunal Constitucional confirmó esta idea en la STC 42/2014, afirmando que la atribución de la soberanía nacional que realiza el artículo 1.2 al pueblo español impide considerar a otras colectividades, caso del pueblo catalán, como soberanos dado que únicamente constituyen una fracción del español⁴².

Este análisis comparado nos permite observar la existencia de un patrón general consistente en negar en el plano interno la existencia de un derecho a la secesión, configurándose el mismo como una excepción muy minoritaria.

³⁹ De este modo, las constituciones de Francia (artículos 1 y 89), Italia (artículo 5), Brasil (artículo 1), Méjico (artículo 2) o Noruega (artículo 1) establecen la unidad territorial como un principio básico. Algunos estados como Suiza, no recogen dicho principio en su texto constitucional, pero sí tipifican la secesión como un ilícito penal, caso del artículo 265 del Código Penal Suizo.

⁴⁰ Esta idea fue recalcada por el Tribunal Constitucional Federal en relación con una hipotética secesión del *Land* de Baviera planteada por una formación política minoritaria. Vid. Bundesverfassungsgericht 2 BvR 349/16 “*In der Bundesrepublik Deutschland als auf der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes beruhendem Nationalstaat sind die Länder nicht „Herren des Grundgesetzes“. Für Sezessionsbestrebungen einzelner Länder ist unter dem Grundgesetz daher kein Raum. Sie verstößen gegen die verfassungsmäßige Ordnung.* Para más detalle, en castellano, es de interés el artículo de RAGONE (2018): 407-418.

⁴¹ En *Texas v White* US 700, 725 (1869) el Tribunal Supremo de los EE.UU. afirmó que “*the Constitution [...] looks to an indestructible union, composed of indestructible states*” negando cualquier posibilidad de separación de un estado de la unión.

⁴² STC 42/2014, fundamento jurídico 3. Para un análisis en profundidad de la sentencia vid. FERRERES COMELLA (2014): 571-590, FOSSAS ESPADALER (2014): 273-300 y CASTELLÁ ANDREU (2016): 561-592.

4.1.2. *Secesión y Derecho Internacional*

Una vez constatado el poco predicamento que tiene el derecho de secesión en el ordenamiento interno de los estados, el siguiente paso consiste en ver si es posible afirmar la existencia del mismo a partir del Derecho Internacional⁴³.

El derecho de secesión parece tener sus orígenes en la independencia de los Estados Unidos y los movimientos de liberación que pretendían desligarse del Imperio español en América. En el plano internacional, no puede afirmarse la existencia del mismo, pues no está formalmente contenido en ningún instrumento legal, así como tampoco puede taxativamente negarse el mismo⁴⁴. Sí que es posible rastrear su esencia hasta el principio de autodeterminación de los pueblos recogido en las Resoluciones 1514 y 2625 de la ONU⁴⁵ y posteriormente integrado en el artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aun así, este derecho de autodeterminación está fundamentalmente referido al plano interno, es decir, a la consecución del desarrollo político, económico y social de una comunidad dentro del marco del estado en que se encuentra⁴⁶. En cambio, la autodeterminación externa, aquella que no se puede alcanzar dentro de un estado ya existente y que, por tanto, implica la secesión, es vista con recelo dado su conflicto con el principio de integridad territorial antes mencionado.

Sin embargo, esta limitación del derecho de autodeterminación al plano interno no puede entenderse como absoluta, admitiéndose el ejercicio externo del mismo, y por tanto a la secesión, cuando concurren dos situaciones cuya naturaleza hace legítima el recurso a la secesión⁴⁷. Este es el caso tanto de los pueblos sometidos a dominio colonial como de aquellos que se encuentran sometidos a una dominación y/o explotación extranjera fuera del contexto colonial⁴⁸.

⁴³ Si se desea profundizar en esta cuestión, la obra editada por KOHEN (2006) es de referencia en la materia. Sobre el derecho de secesión en el marco de la Unión Europea y sus consecuencias en relación con la membresía de la misma vid. MEDINA ORTEGA (2004), en particular los capítulos cuarto y quinto de dicha obra.

⁴⁴ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. A/64/881, par. 84.

⁴⁵ Respectivamente, Resolución 1514 de la ONU sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, de 14 de diciembre de 1960 y Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, sobre la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Vid. CASSESE (1995), KOHEN (2006), PONS RAFOLS (2015) y LÓPEZ BASAGUREN (2014a): 39-68.

⁴⁶ HOROWITZ (1998): 200-206.

⁴⁷ CASSESE (1995): 334.

⁴⁸ Pese a que ambos supuestos se encuentran ampliamente aceptados y así han sido reconocidos por la Corte Internacional de Justicia, vid. opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971, párrafos 52 y 53; Timor

Junto a estas dos situaciones, existe discusión doctrinal sobre la posibilidad de reconocer un derecho a la secesión como remedio *–remedial secession–*, en caso de pueblos sometidos a graves violaciones de derechos humanos por parte del estado en el que se encuadran. La teoría de la secesión como remedio está ligada a la teoría de la revolución de LOCKE, donde quedaba justificado que el pueblo se levantara contra un gobierno que llevaba a cabo injusticias⁴⁹. Por su parte, BUCHANAN caracteriza la secesión como remedio como una solución de último recurso, en la que la secesión es la única opción disponible para garantizar la supervivencia de un grupo o pueblo, cuya mera existencia se encuentra amenazada de no mediar la separación⁵⁰.

Esta teoría cobró gran notoriedad a raíz de la opinión consultiva sobre la independencia unilateral de Kosovo, donde la existencia de un derecho a la secesión como remedio fue defendida por varias de las partes intervinientes ante la Corte Internacional de Justicia⁵¹, quienes alegaban que la denegación sistemática del acceso a los medios de participación política, así como la flagrante violación de los derechos humanos de la población albano-kosovar por parte de las autoridades de Serbia era causa suficiente para entender como legítima la secesión del territorio de Kosovo de la República de Serbia⁵². Sin embargo, la Corte optó por no pronunciarse al respecto, dejando sin aclarar la posible existencia de un derecho a la secesión como remedio y su aplicabilidad al caso en cuestión⁵³. La negativa de la Corte a pronunciarse sobre la existencia de un derecho a la secesión como remedio y su aplicación al caso de Kosovo es especialmente significativa, pues ni siquiera en un caso excepcional, donde el apoyo internacional a la secesión era mayoritario dada la negativa de las autoridades serbias a

Oriental (Portugal c. Australia), fallo, I.C.J. Reports 1995, par. 29 y Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I), par. 88, tal como resalta MOORE (1997): 905-912 estas teorías no están exentas de problemas y paradojas.

⁴⁹ Hay que precisar que el derecho de resistencia de LOCKE (1980): 196-205 no debe ser entendido como un derecho a derrocar al gobierno de forma violenta o subversiva, sino que dado que este ha incumplido su *pacto tácito* con los ciudadanos, estos gozan del derecho a constituir un nuevo gobierno que sí honre su pacto con el pueblo. GARGARELLA (2005): 16-18 ahonda en esta visión, entendiendo que el derecho de resistencia de LOCKE es de aplicación cuando el gobierno de turno no respeta los derechos básicos, dado el carácter inalienable de estos.

⁵⁰ BUCHANAN (1997): 44-45.

⁵¹ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. A/64/881.

⁵² Para un análisis de las posturas de las partes intervinientes, tanto a favor como en otra, vid. VAN DEN DRIEST (2013): 245-259 donde se ofrece detallado estudio de estas. En el mismo sentido, SOROETA LICERAS (2013): 15 constata como incluso aquellos estados favorables a la secesión de Kosovo recalcan que se estaba ante una situación particular, no cabiendo su extrapolación a otros casos.

⁵³ JIMÉNEZ PIERNAS (2011): 46-47 afirma que el derecho a la secesión como remedio es una teoría sin respaldo en la práctica internacional y que, además, la misma no era de aplicación a Kosovo dado que las violaciones de derechos humanos se produjeron en el periodo 1996-1999 mientras que la declaración de independencia data de 2008.

reconocer cualquier tipo de autonomía al territorio de Kosovo⁵⁴, la Corte se aventuró a afirmar que se estaba ante un supuesto de *remedial secession* a pesar de que existían suficientes indicios que así lo indicaban. Este silencio, enmascarado bajo la premisa de que la Corte no había sido consultada sobre la legitimidad de la declaración de independencia o sobre su conformidad al Derecho internacional⁵⁵, viene evidenciar la reticencia a reconocer la existencia de un derecho de secesión fuera de los supuestos tradicionales de dominio colonial⁵⁶.

Aun admitiendo la existencia de un derecho a la secesión en caso de graves violaciones de los derechos humanos, es patente que ninguno de los mismos resulta de aplicación a las reclamaciones que se suscitan en sistemas democráticos consolidados. Esta negación de la posibilidad de separarse legalmente, unida al rechazo por parte de los estados a contemplarla en el derecho interno, hace que las comunidades que ansían la misma deban dirigir sus esfuerzos hacia una mejor integración en el seno del estado del que forman parte, es decir, tendente a reforzar su autodeterminación interna, renunciando a la externa. Por esta razón, la integración de la diferencia territorial es un asunto capital en aquellos estados donde conviven varias comunidades nacionales, siendo necesario encontrar un marco donde se pueda combinar el autogobierno de las mismas –su autodeterminación interna– con la preservación de la unidad territorial⁵⁷.

4.2. Canadá. Consideraciones generales

El término Canadá –*kanata*, cuyo significado es poblado o asentamiento– proviene del iroqués, una de las lenguas de las múltiples tribus indígenas que habitaban Canadá antes de la colonización europea.

⁵⁴ A este respeto resulta de especial trascendencia, como destaca LÓPEZ BASAGUREN (2016b): 170, la opinión del enviado del Secretario General de las Naciones Unidas, el antiguo Primer Ministro de Finlandia Martti AHTISAARI, quien entiende que la independencia es la única salida posible al conflicto tras el rechazo de Serbia a su propuesta de negociación de una autonomía para Kosovo respetuosa con el principio de integridad territorial de los estados.

⁵⁵ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo, par. 56.

⁵⁶ DUGARD (2013): 253 estima que detrás de esta negativa se encontraba la voluntad de la Corte de salvaguardar su reputación, evitando una materia especialmente controvertida en el panorama internacional.

⁵⁷ El recurso al modelo federal como instrumento que permita la autodeterminación interna, evitando la secesión fue objeto de análisis por KYMLICKA (1998): 111-150, el cual recogía las ventajas y desventajas de dicha fórmula.

Tras algunas incursiones vikingas en torno al año 1000, la colonización europea de Canadá se remonta a la llegada de John CABOT a Cap Breton, Terranova, en 1497⁵⁸. Años más tarde, en 1534, sería Jacques CARTIER quien fundaría Nueva Francia⁵⁹, el imperio francés en América del Norte, iniciando una rivalidad colonial entre las dos grandes potencias navales de la época: Francia y el Reino Unido⁶⁰. De forma simultánea, los británicos, a través de diversas compañías de exploración bajo prerrogativa real, se establecieron en Terranova antes de continuar hacia el sur, donde establecerían las trece colonias que darían origen a los Estados Unidos.

Esta rivalidad se tornó en confrontación armada con la Guerra de los Siete Años, a la cual se puso fin con victoria británica con la firma del Tratado de París por la que Francia cedía todos sus dominios en América del Norte al Reino Unido, conservando únicamente la Isla de San Pedro y Miquelón⁶¹. La conquista británica de los territorios franceses en América del Norte supondrá el primer caso de acomodación de la diferencia en Canadá, la cual se producirá gracias a la *Quebec Act* de 1774⁶². Esta norma permitirá a los habitantes de dichos territorios conservar el culto católico, posibilitándoles además ser servidores públicos, algo prohibido en Gran Bretaña tras la *Royal Proclamation* de 1763 por la que se impedía que un católico accediera al trono de Inglaterra⁶³. Además, la *Quebec Act* restauraba la vigencia del derecho civil francés en Quebec, mientras que el penal pasaba a ser regido por el sistema británico⁶⁴.

⁵⁸ La obra *The Constitutions that Shaped Us* editada por LAFOREST, BROUILLET, GAGNON y TANGUAY (2015) recoge una colección de ensayos, tanto clásicos como contemporáneos, sobre la historia de Canadá en los albores de la Constitución de 1867, con especial atención a la provincia de Quebec y su devenir como territorio francófono y católico en un entorno anglófono y protestante.

⁵⁹ Este imperio se componía, principalmente, de la colonia de Canadá, integrada por los asentamientos de Quebec, Trois-Rivières y Montreal, la Bahía del Hudson, Acadia, incluido parte de Maine y las Provincias Marítimas, Placencia –originalmente un asentamiento de pescadores vascos– y Luisiana, la cual se extendía al norte hasta el actual Illinois.

⁶⁰ Aunque España y Portugal trataron de hacer valer el Tratado de Tordesillas como título para reclamar su derecho sobre algunos territorios en América del Norte, su influencia mundial se encontraba en declive, cediendo ante la pujanza de los Imperios británico y francés.

⁶¹ Además, Francia se había comprometido con España a cederle Luisiana por el tratado de Fontainebleau de 1762. Este territorio sería posteriormente devuelto por España a Francia en 1803, quien lo vendería a los Estados Unidos ese mismo año.

⁶² Vid. COUPLAND (1968). *Quebec Act*, 1774, 14 Geo. III c. 83.

⁶³ MARION (1963): 147-177 presenta esta acomodación como un intento por parte de las autoridades británicas de evitar que las tensiones procedentes de las revoluciones americana y francesa desembocaran en nuevos levantamientos de la población francófona contra el gobierno imperial, negando la tesis más extendida de que la misma se debió a la magnanimidad y generosidad de la Corona británica.

⁶⁴ KENNEDY (2014): 51 recuerda, evocando a BURKE, que este acomodo fue de tal magnitud que podría decirse que el único cambio fue sustituir a Luis XVI por Jorge III. En la misma obra, el autor repasa las instituciones de gobierno de Nueva Francia y de la Provincia de Quebec tanto antes como después de la dominación británica.

4.2.1. Precisiones terminológicas

4.2.1.A De la Confederación al Dominio

Las referencias a Canadá conllevan el continuo uso de dos términos, *Confederación* y *Dominio*, que deben ser aclarados pues pueden llevar a confusión. Referirse a Canadá como Confederación puede hacernos pensar que la misma es, siguiendo el significado clásico de dicho término, una unión de Estados soberanos donde el poder se ejerce sobre estos y no sobre los ciudadanos⁶⁵. Sin embargo, Canadá es un estado federal producto de la unión de una serie de colonias británicas situadas en América del Norte con independencia de su *nomen iuris*⁶⁶.

En su diseño inicial, el Dominio estaba integrado por las provincias de Canadá –divida en Ontario y Quebec por mandato del artículo 6 de la Constitución de 1867–, Nueva Escocia y Nuevo Brunswick⁶⁷. Durante finales del S. XIX y principios del XX, este se fue ampliando gracias a la incorporación de nuevas colonias, así como a la creación de nuevas provincias hasta llegar a la configuración actual de 10 provincias y tres territorios⁶⁸. Las primeras en unirse, poco después de la creación de la Confederación, fueron la Columbia Británica (1871) y la Isla del Príncipe Eduardo (1873), mientras que el Dominio de Terranova –renombrado Terranova y Labrador tras una modificación constitucional en 2001– decidió en referéndum su entrada en 1949. Por otro lado, se crearon nuevas provincias a partir de territorios que el gobierno federal compró a la Compañía de exploración de la Bahía del Hudson en 1870. De esta forma, nacieron las provincias de Manitoba (1870), Alberta y Saskatchewan (1905) y los territorios del Noroeste (1870) y el Yukón (1898). En 1999, se creó el territorio de Nunavut desgajándolo del Territorio del Noroeste, en lo que puede ser considerado como el primer caso de autogobierno aborigen en Canadá⁶⁹.

⁶⁵ GARCÍA PELAYO (1984): 209-214 nos ofrece una recopilación de las principales visiones en torno al término Confederación, cuyo significado juzga como muy discutido. PALERMO y KÖSSLER (2017): 35-36 caracterizan la confederación por tres rasgos principales: a) ser una unión sometida al derecho internacional y no al constitucional, b) la necesidad de unanimidad en la toma de decisiones, lo cual supone un derecho de veto por parte de los estados que la integran y c) la dependencia financiera de la confederación de las transferencias de sus estados miembros pues esta carece de fuentes de ingresos propias.

⁶⁶ PALERMO y KÖSSLER, supra 35. Suiza es otro caso comparable pues, oficialmente, se autodenomina como Confederación Helvética cuando, en puridad, estamos ante un estado federal.

⁶⁷ Artículo 5 de la Constitución de 1867.

⁶⁸ La diferencia entre estos dos tipos de unidades reside en la autonomía legislativa de las primeras, dada su condición de soberanas, mientras que los territorios son administrados por el gobierno federal. Sin embargo, el Parlamento federal ha aumentado progresivamente las competencias legislativas de los territorios hasta un nivel similar al de las provincias.

⁶⁹ GRAMMOND (2017): 314.

La elección de Confederación en lugar de federación parece responder a la voluntad de los fundadores de huir del parecido con los Estados Unidos, pues dicho modelo representaba algunos males que pretendían evitar con la adopción del principio monárquico y la forma de gobierno parlamentaria de Westminster propia de la tradición británica en contraposición al presidencialismo estadounidense, que era percibido como germen de la tiranía⁷⁰.

La denominación de Dominio –*Dominion en inglés*– incluida en el preámbulo de la *British North America Act* bajo la expresión “*WHEREAS the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*” tiene su origen en la Conferencia de Londres de 1866⁷¹. En la misma se produjo una controversia relativa a la denominación del nuevo estado. Los representantes canadienses rechazaban el término de “colonia” y eran partidarios, especialmente MACDONALD, de la denominación “Reino de Canadá”. Sin embargo, el Ministro de Exteriores británico, Lord DERBY, no apoyaba dicha fórmula pues entendía que podía herir susceptibilidades en los EE.UU. y provocar un conflicto entre ambos territorios dadas sus connotaciones imperiales. Finalmente, Samuel Leonard TILLEY, otro de los Padres de la Confederación, propuso el término Dominio, extraído de un pasaje de la Biblia⁷², que se acabaría finalmente convirtiendo en la nueva denominación de Canadá. A pesar de todo, la denominación de Dominio –la cual se extenderá posteriormente a otros territorios coloniales británicos, adoptándose en Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y Terranova– no puede ser considerada una invención canadiense, pues ya era utilizada para referirse a las colonias norteamericanas del Imperio Británico con la fórmula general de *Dominion of New England*⁷³.

4.2.1.B Patriación y no repatriación

⁷⁰ En esta línea MACDONALD se refirió al modelo de los EE.UU. como “*the tyranny of a single despot*” oponiendo al mismo el principio monárquico propio del Reino Unido (*Confederation Debates Legislative Assembly* – 6 de febrero de 1865).

⁷¹ Originalmente *Dominion* se tradujo al francés como “*une seule et même Puissance sous le nom de Canada*” [Énfasis añadido], aunque el sustantivo *Dominion* aparece entre paréntesis con función aclaratoria en la versión oficial francófona.

⁷² Concretamente del Libro de los Salmos, en el número setenta y dos, en su versículo veintiocho afirma que “*He shall have dominion from sea to sea, and from the river to the ends of the earth*” [Énfasis añadido]

⁷³ En relación con la configuración institucional y naturaleza de los Dominios de la Corona británica hay algunas obras clásicas que son de interés como las de FIDDES (1926), NEUENDORFF (1942), centrada esta en el caso de Canadá, y BRADY (1952).

Si bien la mayor parte de las referencias en castellano han optado por el término repatriación para referirse a la emancipación constitucional de Canadá del Reino Unido producida en 1982⁷⁴, creo más adecuado, para expresar mejor el contenido y significado del proceso, utilizar *patriación*⁷⁵ como traducción del término inglés *patriation*, *rapatriement*, en francés. Según la RAE, repatriar significa devolver algo o a alguien a su patria, lo cual implica el retorno de un elemento que ya estuvo con anterioridad en dicho lugar. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la Constitución nunca fue canadiense pues, desde su aprobación, era una ley británica emanada del Parlamento de Westminster y cuya modificación dependía, exclusivamente, de este. Por lo tanto, entiendo erróneo referirse al proceso constitucional de 1982 como una repatriación constitucional pues la Constitución no regresó a Canadá, ya que nunca estuvo allí, sino que fue *patriada* es decir, llevada a Canadá por primera vez y convertida, de pleno derecho, en un texto legal autóctono puramente canadiense.

4.2.1.C La denominación de los textos constitucionales: una cuestión abierta y flexible

El sistema canadiense, a diferencia del británico, se basa en una Constitución escrita. Sin embargo, acotar el contenido de la Constitución se vuelve una tarea compleja dado que la Constitución canadiense, como se tratará con posterioridad, se compone de multitud de documentos y existen dudas sobre si está totalmente codificada. El primer documento de naturaleza constitucional en la historia de Canadá fue la *British North America Act*, texto legal del Parlamento Imperial por el que se unificaban las colonias británicas de América del Norte, a excepción de Terranova.

Tras la *patriación* constitucional de 1982, se renombró a la BNA para denominarla *Constitution Act, 1867*, acuñándose el término *Constitution Act, 1982* para la aprobada en dicho año. Por esta razón, a lo largo de este trabajo se hará referencia de manera indistinta e intercambiable a dichos documentos como *British North America Act* o Constitución de 1867 en referencia al año de su aprobación. La norma aprobada en 1982 será reseñada como Constitución de 1982. Esta división anual implica que cualquier referencia a la Constitución de Canadá sin detallar el año deba ser entendida

⁷⁴ Algunos ejemplos del uso de este término puede encontrarse en los trabajos de FOSSAS y WOEHLING (1997): 132, SAIZ ARNAIZ (1997): 66-71 o SEIJAS VILLADANGOS (2009): 523. Por su parte, CASTELLÁ ANDREU (2014): 262 y LÓPEZ BASAGUREN (2013): 55-57 prefieren entrecomillar el término anglosajón en lugar de usar repatriación.

⁷⁵ Dado que este término no está incluido en el diccionario de la RAE, el mismo se resaltarán en cursiva para indicar un significado que no se corresponde con el uso común de la lengua.

como hecha al conjunto de la Constitución, integrada tanto por estos dos textos como por los restantes que la conforman tal como detalla el anexo que acompaña al artículo 53 de la Constitución de 1982. Otra nomenclatura posible, frecuentemente encontrada en la literatura en castellano, es la de “Ley Constitucional” referida tanto al texto de 1867 como al de 1982. Esta terminología derivada de una traducción literal de *Constitution Act*, es también perfectamente válida. Sin embargo, he preferido utilizar el término Constitución para resaltar el carácter suprallegal y la naturaleza constitucional del que gozan estos textos hoy en día una vez superado el valor meramente legal de la *British North America Act*.

4.2.2. *El compromiso de la opción federal*

A mediados del S. XIX las colonias británicas en América del Norte atravesaban un periodo de gran inestabilidad política. Esta era de especial intensidad en la provincia de Canadá –actual Ontario y Quebec–, donde las tensiones entre la comunidad anglófona y la francófona iban en aumento. Desde la unión de las provincias del Alto y Bajo Canadá ambas comunidades contaban con la misma representación en el Parlamento, si bien los anglófonos protestantes eran mayoría. En dicha legislatura coexistían tres corrientes principales en relación con el futuro de la provincia: la implantación de un sistema de representación proporcional a la población, la igualdad entre comunidades o la doble mayoría, es decir, la necesidad de que el gobierno gozara de apoyo mayoritario tanto en el Bajo como en el Alto Canadá.

Como alternativa a estas, surge la opción federal, que permitiría garantizar el autogobierno e igualdad del Alto y Bajo Canadá, sin renunciar estas a su identidad ni al principio de representación poblacional⁷⁶, dentro de un esquema federal que siga ligado a la Corona británica. El modelo federal, implementado no sin dificultad en los Estados Unidos⁷⁷, suponía una novedad radical en el sistema británico caracterizado por su naturaleza unitaria. La falta de interés del gobierno británico por el modelo federal comenzó a cambiar entre 1830 y 1840 tras una serie de crisis y revueltas que afectaron a las principales plazas del Imperio⁷⁸. La solución federal comenzó a configurarse como una alternativa viable para reducir la inestabilidad en América del Norte, así como para

⁷⁶ Como se verá posteriormente, la representación poblacional y la igualdad entre las dos comunidades fundadoras se combinará gracias a la diferente forma de determinar la composición de los Comunes y el Senado.

⁷⁷ La gestación de la Confederación canadiense es contemporánea de la Guerra Civil de los Estados Unidos (1861-1865), aspecto que evidenciaba los riesgos e inestabilidad del modelo federal.

⁷⁸ KENDLE (1997): 18-36.

unificar las colonias australianas bajo un solo gobierno. La aceptación británica del ideal federal como solución para América del Norte se produce en un contexto de gran conflictividad en dichos territorios, con varias revueltas violentas contra el gobierno británico, y donde las demandas por la implantación de un sistema de *responsible government* iban en aumento⁷⁹. De hecho, no será hasta 1870 cuando el sistema federal cobrará fuerza como modelo en el que organizar el Imperio, de manera que se permita cierto autogobierno a las colonias sin romper el cordón umbilical que las ligaba al Reino Unido. Además, como nos recuerda BURGESS, la noción de “unión federal” o “federación imperial” que se tenía en Londres distaba mucho de ser la propia del federalismo norteamericano, siendo mucho más vaga hasta quedar reducida a cualquier modelo que permitiera conservar estrechos lazos con el Imperio⁸⁰.

Pese a la oposición inicial, la opción federal se irá abriendo paso como la mejor alternativa para acabar con los enfrentamientos y divisiones existentes entre las comunidades anglófona y francófona. Esta aceptación de la federación como mal menor, como solución de compromiso entre visiones opuestas, se produjo tras las intensas negociaciones llevadas a cabo en las Conferencias de Charlottetown y Quebec celebradas en 1864, donde se reunieron representantes de todas las colonias británicas en América del Norte. La Conferencia de Quebec aprobó una serie de resoluciones que servirían como base para la redacción final de la *British North America Act* (BNA)⁸¹, la cual se fijaría definitivamente en la Conferencia de Londres de 1866⁸². La falta de entusiasmo por la opción federal hace que Canadá pueda ser denominado como una federación sin federalistas, dado que la mayor parte de los Padres de la Confederación

⁷⁹ En el modelo de Westminster se entiende por *responsible government* a la responsabilidad del gobierno frente al Parlamento. Antes de la implantación de dicho sistema, aunque existían asambleas provinciales, los gobernadores de las colonias canadienses únicamente rendían cuentas ante las autoridades imperiales de Londres. La primera de las colonias donde se implantará el sistema de gobierno responsable será Nueva Escocia en febrero de 1848, llegando el mismo a la provincia de Canadá unos meses más tarde.

⁸⁰ BURGESS (1995): 23-79 resalta que la preocupación principal residía en asegurar que las colonias seguían unidas al Imperio, en un contexto en el que el Reino Unido perdía influencia en el panorama internacional.

⁸¹ La influencia de esta Conferencia en el surgimiento de la federación fue capital en la configuración futura de la BNA, pues durante la misma se intentaron conciliar posturas muy diversas entre los partidarios y detractores del modelo federal como solución para Canadá como ilustra la obra colectiva dirigida por BROUILLET, GAGNON y LAFOREST (2016).

Las resoluciones aprobadas pueden ser consultadas en http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/Misc/qv_1864.html

⁸² Sobre los debates y el pensamiento político previos a la Confederación existen multitud de obras de interés entre las que destacan AJZENSTAT et al. (1999), AJZENSTAT (2007), CREGHTON (1964), KRIKORIAN et al. (2017) y WAITE (1962 y 1963).

eran inicialmente partidarios de otros modelos⁸³. De hecho, a pesar de haber aceptado dicha opción como la solución para integrar la realidad diversa de Canadá, la defensa que MACDONALD hará de la misma ante el Parlamento colonial será tibia, pues, como señala VIPOND, para él, el federalismo era un cuestión de pragmatismo político y no de deseo o convencimiento ideológico⁸⁴.

Esta ausencia de entusiasmo por el compromiso federal resultará en una falta de cultura federal que condicionará el diseño original de la Confederación, así como el desarrollo y evolución de la misma en sus primeros años, donde el gobierno federal actuaba siguiendo una lógica más cercana a una visión unitaria que a una federal. En consecuencia, será la práctica constitucional, el *federalismo en movimiento*, la que consolide un modelo originalmente concebido como opción de compromiso sin que en sus inicios fueran numerosos los defensores de la causa federal. La experiencia canadiense viene a mostrarnos que es posible desarrollar y consolidar un sistema federal, incluso en aquellas realidades inicialmente dominadas por una lógica de estado centralista o unitario. Esta lección es de una importancia capital para modelos como el español o el británico dónde se han ido consolidando sistemas de autonomía territorial, con mayores o menores rasgos federales, sin que detrás haya existido una verdadera cultura federal, la cual es necesario construir, aunque sea de manera gradual, para poder consolidar un marco constitucional estable que permita reconciliar las diferentes sensibilidades territoriales existentes dentro de un estado fuerte.

El compromiso de la opción federal también se predica del objetivo de unir bajo el mismo estado a dos comunidades de distintas características y configuración. Estas

⁸³ AJZENSTAT et al. (1999): 285-290 nos recuerdan como BROWN fue uno de los primeros convencidos de las bondades del modelo federal, quien acabó sumando a MACDONALD al proyecto pese a que este era originalmente partidario de una unión legislativa con un fuerte componente centralista (WAITE, 1963: 40-43), pues veía en el modelo federal todos los males que asolaban a los Estados Unidos, al llegar al convencimiento de que dicho unión sería impracticable por la oposición que generaba en el Bajo Canadá. Sobre su figura es referencia la obra de CREIGHTON (1995). Por su parte, CARTIER, apoyaba la unión federal como elemento que garantizara la igualdad de poderes entre las dos comunidades dado que era un férreo opositor de la representación proporcional a la población, la cual perjudicaba a los francófonos del Bajo Canadá como él. Recientemente se ha intentado rescatar la figura de Alexander GALT, diputado anglófono por Sherbrooke, quien fue uno de los más firmes defensores de la opción federal para Canadá. El pensamiento político de GALT, quien llegaría a ser Ministro de Fianzas en el primer gobierno de la Confederación y posteriormente sería nombrado *Canadian High Commissioner* en Londres, en relación con el modelo federal y su aplicación a Canadá queda plasmado en la obra que GILLESPIE (2017) le dedica dentro de un serial dedicado a la historia de la Confederación canadiense. Este autor etiqueta a GALT como “*The Federalist*”, con la clara intención de resaltar su condición de defensor del modelo federal en un entorno que político que no era favorable a dicha causa. Dentro de la misma colección son de gran interés los trabajos sobre BROWN, MACDONALD, D'ARCY MCGEE y CARTIER.

⁸⁴ VIPOND (2017): 228-229.

diferencias o asimetrías fueron decisivas a la hora de elegir el modelo federal como solución para acomodar las diferentes sensibilidades existentes en Canadá.

Siguiendo a TARTLON es posible definir como simétrico un sistema federal que se compone de unidades federadas con características económicas, sociales, climáticas e instituciones políticas semejantes⁸⁵. A sensu contrario, dicho autor reputa como asimétrico un sistema federal cuando dichas unidades difieren en su carácter y composición⁸⁶. De estas nociones podemos extraer que, para TARTLON, la asimetría se define como la falta de homogeneidad en las características de la sociedad que integra cada unidad federada, ya sea por factores económicos o sociales los cuales pueden justificar un tratamiento diferenciado.

La concepción de TARTLON no hace mención al carácter nacional como factor generador de asimetrías, aspecto que puede residir en que dicho autor hace sus afirmaciones en referencia al modelo federal de los Estados Unidos, caracterizado por ser un *melting pot*, singularidad que lo hace homogéneo en términos nacionales. Sin embargo, el factor nacional es especialmente relevante en términos de asimetrías, pues cuestiones como la religión o la lengua son determinantes a la hora de configurar y desarrollar el sistema federal, como evidencia el caso de Canadá.

Otra clasificación es la que nos lleva a distinguir entre asimetrías de hecho, aquella que existe cuando concurren diferentes características económicas, sociales o culturales, y de derecho, las cuales se derivan de un diseño constitucional o legal consciente que trata de manera diferente a determinadas unidades sub-estatales⁸⁷.

En Canadá podemos fácilmente identificar la existencia de asimetrías de hecho de diversos orígenes como la condición francófona y católica de Quebec frente a la mayoría protestante y anglófona del resto de Canadá⁸⁸, aspecto que posteriormente se plasmará en la dicotomía nacional Québécois-canadiense, la disparidad poblacional de Ontario con respecto al resto de la federación⁸⁹ o la elevada renta de Alberta en relación

⁸⁵ TARTLON (1999): 28.

⁸⁶ *Ibid.* 29.

⁸⁷ AGRANOFF (1999): 16-17. WATTS (1999a): 26-28. Este último autor (1999a, 30-41) identifica siete categorías en las que se pueden clasificar las asimetrías, ya sean de hecho o de derecho. Estas son a) tamaño y riqueza de las unidades federadas, b) el nivel de autonomía y competencias de cada unidad, c) la representación en las instituciones federales, d) representación en los procesos de relaciones intergubernamentales e) aplicación de las declaraciones de derechos, f) poder a la hora de modificar la constitución y g) las constituciones de las unidades federadas.

⁸⁸ Esta y otras asimetrías de hecho son recogidas por WATTS (1999b): 118-120.

⁸⁹ En la provincia de Ontario residen 14,1 millones de personas de los 36,7 de Canadá lo que supone un 38,64% del total. (STATISTICS CANADA, 2017).

con otras provincias⁹⁰. El modelo constitucional de Canadá también ha consolidado asimetrías de derecho, caso de la distribución en distritos de los senadores de Quebec (artículo 22 de la Constitución de 1867) o provisiones relativas a la uniformidad del derecho civil aplicables solo a Ontario, Nuevo Brunswick y Nueva Escocia (artículo 94)⁹¹. La existencia de asimetrías de derecho a favor de una unidad federada puede causar tensiones con otras al percibirse las mismas como un privilegio que lesiona el principio de igualdad entre las unidades sub-estatales. WEBBER señala que en Canadá parece no haber temor a la asimetría como producto de la existencia de diferentes provincias con poderes legislativos diferentes⁹². Sin embargo, si estas asimetrías afectan al plano constitucional, especialmente si las mismas tienen una connotación cultural, sí son vistas con recelo por parte de la comunidad anglocanadiense⁹³.

Dentro del campo de las asimetrías de derecho es necesario precisar, tal como hace MILNE, que estas pueden producirse también en la aplicación del derecho⁹⁴. Es decir, podemos partir de un marco legislativo o constitucional sustancialmente homogéneo, pero que ha sido utilizado de manera asimétrica por parte de las unidades federadas, de manera que algunas no han deseado ejercer la prerrogativa que tenían disponible. Este sería el caso de la posibilidad de que las provincias asuman competencias en materia de inmigración a través de acuerdos con el gobierno federal, donde solo Quebec ha decidido ejercerlas de manera plena, rechazando el resto de provincias la firma de los mismos o limitando su alcance a la mínima expresión.

Esta tensión entre simetría y asimetría ha caracterizado y condicionado la evolución del federalismo canadiense desde sus inicios, siendo la misma especialmente fuerte durante las negociaciones de los Acuerdos Constitucionales del Lago Meech y de Charlottetown durante la crisis constitucional de finales del S. XX tal como se discutirá seguidamente.

⁹⁰ En el año 2015, el ingreso medio familiar Alberta se situaba en 100.130\$, muy por encima de la media nacional de 80.940\$. (STATISTICS CANADA, 2015).

⁹¹ WATTS (1999b): 120-122 ofrece algunos ejemplos de dicha asimetrías en las constituciones de algunas provincias.

⁹² WEBBER (1999): 106-107 afirma que la asimetría es consustancial al federalismo, siendo necesario asumir la proposición “leyes diferentes para pueblos diferentes” –en referencia a unidades federadas diferentes–, siendo la igualdad un estándar aproximado de comparación, pero, en ningún caso, absoluto.

⁹³ *Ibíd.* 108-109.

⁹⁴ MILNE (1999): 71-77.

4.2.3. La crisis constitucional, un mal endémico

La crisis constitucional de finales del S. XX, la cual desempeñará un papel central en este trabajo, si bien fue de una magnitud desconocida en la historia de Canadá, no fue un fenómeno inédito hasta la fecha, pues la existencia de las mismas parece ser una tónica recurrente en dicho país desde su origen.

Los territorios que integran el actual Canadá han atravesado numerosos periodos de inestabilidad, lo que llevó a CHACÓN PIQUERAS a afirmar que la federación se encuentra en crisis desde su propio nacimiento⁹⁵. A las ya mencionadas revueltas en las colonias americanas bajo dominio británico, se unió el rechazo a la aprobación de la *British North America Act*⁹⁶ y, con ella, la unión de las colonias norteamericanas en un Dominio bajo la Corona británica, por los diputados francófonos del *Parti Rouge*⁹⁷. La oposición a la Confederación también tuvo cierta relevancia en Nuevo Brunswick, si bien únicamente contaba con el apoyo de un tercio de los diputados de la cámara provincial. Además, solo tres meses después de la creación del Dominio de Canadá, la provincia de Nueva Escocia intentó abandonarlo argumentando que este le era perjudicial económicamente⁹⁸. En 1886, se produjo un nuevo intento tras la victoria del Partido Conservador con un programa a favor de derogar los términos de unión con Canadá. Sin embargo, la derrota de dicho partido en las elecciones federales del año siguiente frustró cualquier aspiración secesionista.

Únicamente dos años después de la creación de la Confederación, se produjo la primera revuelta de los Métis, una tribu francófona y católica formada por los descendientes de uniones entre indígenas y colonos europeos, contra el gobierno federal debido a que estos se consideraban maltratados por los colonos ingleses recién llegados a la colonia del Rio Rojo. Este conflicto continuaría latente durante quince años, hasta

⁹⁵ CHACÓN PIQUERAS (1999): 6.

⁹⁶ *British North America Act, 1867*, 30-31 Vict., c. 3 (U.K.).

⁹⁷ El *Parti Rouge*, liderado por Antoine Aimé DORION, era una formación liberal radical del Bajo Canadá que se opuso frontalmente a la Confederación al considerar que esta eliminaría los poderes de las provincias, dado el carácter centralista de la misma. Durante los debates previos DORION (WAITE, 1963: 88-89) dejó clara su postura al afirmar que era partidario de una Confederación real, en la que se confirieran amplios poderes a los gobiernos locales –entiéndase las provincias–, mientras que el modelo propuesto otorgaba todos los poderes al gobierno central y reservaba a los locales la menor autonomía posible.

⁹⁸ Las elecciones a la Asamblea Legislativa de Nueva Escocia de 1867 depararon una rotunda victoria del *Anticonfederation Party*, el cual se hizo con 36 de los 38 diputados con el 58,6% de voto popular. A su vez, dicho partido contaba con 18 de los 19 legisladores federales que le correspondía a dicha provincia. En este sentido vid. KENNEDY (2014): 318-321.

que un nuevo levantamiento de los Métis en alianza con la tribu Cree, derivó en un conflicto violento que fue reprimido duramente por el ejército federal⁹⁹.

El territorio de Terranova, una dependencia de la Corona Británica hasta 1949 que rechazó unirse a la Confederación en sus inicios tras participar en la Conferencia de Quebec, también atravesó una importante crisis constitucional en 1933, cuando una acusada bancarrota llevó a la disolución del gobierno y su administración directa desde Londres hasta su unión a Canadá¹⁰⁰.

⁹⁹ Como resultado de dicho enfrentamiento, el líder Métis, Louis RIEL, fue ejecutado y se disolvió el gobierno provisional de Saskatchewan proclamado por este.

¹⁰⁰ Esta crisis llevó al gobierno de Terranova a convocar un referéndum con dos opciones, recuperar el *responisible government* o mantener la administración directa desde Londres. Sin embargo, como recuerda TAILLON (2014a): 155-158, el gobierno británico presionó para incluir también la posibilidad de unirse a Canadá. Tras un primer referéndum donde se impuso la opción del *responsible government*, un segundo referéndum entre dicha opción y la unión a la Confederación otorgó la victoria, por un estrecho margen, a la unión con Canadá.

CAPÍTULO I

PATRIACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN CANADIENSE Y CRISIS CONSTITUCIONAL CON QUEBEC

La evolución histórica de un organismo nos permite comprender sus características actuales, determinar los cambios que se han ido produciendo con el paso del tiempo, así como el impacto de los mismos. Comprender las dinámicas que han provocado estos cambios posibilita determinar el impacto ocasionado por los factores en juego, así como su influencia posterior. A los efectos de este análisis, la federación canadiense se comporta como un organismo vivo, el cual ha ido evolucionando y mutando con la finalidad de solventar los problemas y amenazas que se han ido suscitando con el devenir de los años.

El mayor desafío afrontado por Canadá tuvo lugar el 30 de octubre de 1995, cuando la federación estuvo a menos de 55.000 votos de entrar en territorio desconocido. Esta experiencia traumática fue el fin de un proceso de evolución política y social que tensionó enormemente las relaciones entre Quebec y el resto de Canadá¹. El fin que supuso el rechazo del proyecto soberanista en referéndum fue también un comienzo. La misma noche en que se conocieron los resultados se produjo el inicio de una nueva era en el federalismo canadiense. La *patriación* de la Constitución en 1982, que tanta polémica había generado, quedaba como algo lejano dada la magnitud del problema secesionista, si bien, en dicho proceso se pueden encontrar varias de las claves que llevaron a la erupción de la tensión soberanista en la provincia francófona.

El periodo comprendido entre la *patriación* de la Constitución y el referéndum de 1995 se caracterizó por una crisis constitucional constante, la cual bajó de intensidad tras el mismo sin quedar resuelta. Dicha crisis constitucional ha ido mutando de forma, pero continúa existiendo.

Esta persistencia ha llevado a los sucesivos gobiernos canadienses a ensayar diferentes fórmulas con el objetivo de integrar a Quebec en la federación, poniendo fin al aislamiento iniciado en 1982. En base a este objetivo, se ha producido una progresiva evolución del federalismo canadiense, generándose unas dinámicas de repartición de poder desconocidas hasta la fecha en Canadá.

¹ HÉBERT y LAPIERRE (2014) recogen en su obra un relato de cómo fueron los momentos que precedieron al referéndum, así como las sensaciones que experimentaron ambos bandos en un momento de gran dramatismo.

1. DIFERENTES VISIONES SOBRE LA NATURALEZA Y ORÍGENES DE LA CONFEDERACIÓN: DE LA *COMPACT THEORY* A LA COMISIÓN TREMBLAY

Las relaciones de cooperación entre las comunidades francófona y anglófona en Canadá, si bien no exentas de tensiones, contribuyeron enormemente a dar forma a la Confederación desde sus inicios. A finales de la década de 1880, los reformistas de Ontario forjaron una alianza con los representantes francófonos de Quebec en respuesta a las políticas centralizadoras del Primer Ministro MACDONALD. Aunque MACDONALD había finalmente aceptado la Confederación como sistema de gobierno, inicialmente fue partidario del modelo unión legislativa propuesto por Lord DURHAM con el objetivo de asegurar un gobierno fuerte². Finalmente, fue convencido por el diputado reformista BROWN de que dicha opción era inviable dado el rechazo que suscitaba en el Bajo Canadá (actual Quebec) y en las Provincias Marítimas, pues dichos territorios temían quedar asimilados en un estado dominado por el Alto Canadá (en la actualidad Ontario)³. La cooperación entre las dos comunidades se basaba en una visión común de la Confederación, que era percibida como fruto de un acuerdo entre provincias (conocido como *Compact Theory* o teoría del pacto), y no como una creación imperial donde las provincias pasaban a ser meros subordinados del gobierno federal⁴. Si bien ambas comunidades compartían una visión común de la Constitución de 1867 como un acuerdo entre pueblos que garantice la autonomía provincial, los fundamentos teóricos que les llevaban a dicha conclusión eran diferentes⁵. Para los reformistas protestantes de Ontario esta cultura del pacto se derivaba de una visión federal del Imperio Británico, donde los diferentes territorios debían tener autonomía para administrar sus intereses locales quedando únicamente reservadas algunas materias al Parlamento Imperial. Los planes del gobierno británico relativos a la aprobación de la *Home Rule* de Irlanda influyeron en esta visión, contribuyendo a un mayor apoyo a las tesis de MOWAT – Premier reformista de Ontario entre 1872 y 1896– entre los católicos de origen irlandés

² Tras una serie de revueltas en las colonias canadienses, DURHAM fue nombrado Gobernador General y enviado a las mismas para evaluar la situación y proponer soluciones. Producto de su visita es el célebre *Lord Durham's Report on the Affairs of British North America*. En dicha obra propone dos alternativas como solución al conflicto: un modelo federal o una unión legislativa. Finalmente, se decanta por el modelo de unión legislativa pues estima que el mismo contribuiría a la asimilación de la comunidad francófona, reduciéndose los deseos de nacionalidad de la misma y, por ende, los conflictos existentes hasta el momento. En este sentido se puede consultar DURHAM (1839): 259-333.

³ AJZENSTAT (1999): 279-284.

⁴ ROMNEY (1999): 125. WITCOMB (2017): 90-95

⁵ *Ibid.* 137-143.

que residían en dicha provincia⁶. Por su parte, la comunidad francófona de Quebec veía la Confederación como un acuerdo entre pueblos con diferentes características nacionales: católicos francófonos por un lado y protestantes anglófonos por otro, tal como se desprende de los debates previos a la misma⁷. La Confederación era un instrumento necesario para asegurar la pervivencia de la cultura y lengua francesa en América del Norte, a la vez que permitía a Quebec asegurar su autonomía política y competencias bajo un esquema federal.

Sin embargo, como señala ROMNEY, la concepción de la Constitución de 1867 como fruto de un pacto ha sido paulatinamente olvidada por parte del Canadá anglófono en favor de una visión centralista de la federación hasta convertirse en una teoría que solo cuenta con predicamento mayoritario en Quebec⁸. El rechazo anglófono a esta teoría no reside en la negación del acuerdo entre pueblos como origen del modelo federal, sino en el reconocimiento de la mencionada autonomía de Quebec como elemento determinante de su lugar en la Confederación. Esta negación sirvió de soporte a un proceso centralizador de la federación mediante un fortalecimiento del gobierno federal iniciado en los años 30 del pasado siglo y que durará prácticamente toda la centuria.

La teoría del pacto tuvo su oficialización por parte quebequesa en el informe elaborado por la Comisión Tremblay en 1956⁹. Dicha Comisión fue aprobada tres años antes durante el mandato de DUPLESSIS con el objetivo de estudiar la relación provincial-federal en materia fiscal como respuesta a la política centralizadora de posguerra del gobierno federal. Esta comisión explicitaba el rechazo por parte de la provincia de Quebec a la política fiscal del gobierno federal, el cual no había devuelto a

⁶ La *Home Rule* para Irlanda fue finalmente aprobada en 1914 tras los fracasos cosechados en los Comunes en 1886 y en los Lores en 1893 Vid. BOGDANOR (1999: 18-54). La población de origen irlandés se identificaba con las demandas de mayor autonomía provincial que lideraba MOWAT, así como con la visión federal del Imperio, motivo por el que apoyaban su causa. Las interacciones entre los reformistas de Ontario y la comunidad católica irlandesa estuvo presente en la dinámica política de finales del XIX a ambos lados del Atlántico, como ejemplifica el caso de Edward BLAKE, antiguo Premier de Ontario y líder del Partido Liberal federal, quien, tras renunciar a sus cargos en Canadá, fue elegido diputado en el Parlamento de Westminster defendiendo la causa nacionalista irlandesa ante el gobierno de GLADSTONE (KENDLE, 1989: 74).

⁷ El líder francófono George-Étienne CARTIER expresó este parecer en los debates previos a la Confederación, en los que dejaba claro que se estaba ante la unión de dos comunidades diferentes ante el temor de quedar absorbidos por EE.UU. Dicho discurso se puede consultar en WAITE (1963): 48-52. En el mismo sentido AJZENSTAT (1999): 229-231.

⁸ ROMNEY (1999): 200-212.

⁹ Oficialmente denominada *Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*. Esta comisión fue creada mediante la *Loi instituant une commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*, SQ 1952-53 (1-2 Eliz. II), c. 4, y sus trabajos pueden consultarse en https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique_v2/AffichageNotice.aspx?idn=52955

las provincias aquellas bases tributarias que le habían sido cedidas por las mismas con el objetivo de contribuir al esfuerzo bélico de la Segunda Guerra Mundial. El informe de la Comisión, si bien ignorado por DUPLESSIS, se convirtió en el germen de las políticas que seguirían a la Revolución Tranquila pocos años después. En el mismo, se plasmaba la forma de entender el pacto constitucional en Quebec, constatando lo que BURGESS califica de una tradición federal propia¹⁰. Una de las ideas principales giraba en torno a la autonomía, limitando las acciones de un nivel de gobierno a su esfera competencial constitucionalmente definida. Esta premisa se basaba en el principio de no subordinación propio de los sistemas federales, de manera que se establecía una relación de igual a igual entre el nivel federal y el provincial¹¹. Como se analizará en el capítulo correspondiente, esta salvaguarda de la autonomía provincial de las injerencias federales no ha sido respetada en numerosas ocasiones.

Para la Comisión no había duda de que las Resoluciones de Quebec que dieron lugar a la Constitución de 1867 fueron fruto de un acuerdo interprovincial mediante el que se unían no solo territorios, sino también pueblos, los cuales eran reconocidos constitucionalmente¹². El reconocimiento constitucional al que alude el informe Tremblay no es explícito, sino implícito, puesto que la Constitución de 1867 no hace referencia alguna a pueblos, naciones o comunidades fundadoras. Este reconocimiento debe entenderse referido a la creación de la Asamblea de Quebec por parte del artículo 80 de la Constitución de 1867, como expresión máxima de la autonomía y soberanía provincial.

El espíritu de la federación se basa en la convivencia de los dos pueblos fundadores. Para que esto sea posible, la noción de autonomía es de una importancia capital, pues es la que permite a Quebec preservar y desarrollar sus características únicas, y minoritarias, en la federación dada su diferencia lingüística y religiosa. Esta definición presenta a Quebec como una sociedad distinta, aspecto de gran importancia y que se abordará posteriormente¹³. La Comisión Tremblay se mostraba partidaria del

¹⁰ BURGESS (2006): 186-189 considera el informe de la Comisión Tremblay como el gran exponente de la tradición federalista quebequesa, que se sitúa en un lugar intermedio entre la europeo-continental y la angloamericana, en el que los valores católicos, la concepción pluralista de la sociedad y la consecución del bien común propio de la tradición comunitarista son los ejes vertebradores de la misma. En la misma línea, ROCHER (2014a): 38-40.

¹¹ *Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels* –en adelante Comisión Tremblay– (1956), Vol 2, p. 98.

¹² Este argumento es defendido por KELLY y LAFOREST (2004): 527. Sobre las resoluciones de Quebec se puede consultar los trabajos de ROMNEY (1992): 3-28 y (1999): 87-143.

¹³ ROCHER (2009): 100.

modelo federal como respuesta a estos problemas, pues entendía que era el que mejor se adaptaba a las necesidades de Quebec. El modelo federal se configuraba como la mejor garantía contra cualquier tentación de unificación, asimilación o incluso opresión con el objetivo de avanzar hacia un estado unitario¹⁴. La Comisión hacía suyo el temor de gran parte de la sociedad quebequesa ante una posible asimilación por parte de la mayoría anglófona, dada la creciente corriente centralizadora que existía en la federación, así como el dominio anglófono de la mayor parte del capital dentro del propio Quebec.

La línea argumental de la Comisión Tremblay giraba constantemente en torno al principio de autonomía y, como consecuencia de este, a los de heterogeneidad y no subordinación. Los integrantes de la Comisión no tenían dudas del verdadero carácter federal de la Confederación desde su origen. Si bien reconocían que la Constitución de 1867 presentaba algunos elementos propios de un estado unitario y centralista, como es el caso de los, ya en desuso, poderes federales de reserva y desaprobación –a través de los que el gobierno federal podía evitar la entrada en vigor de normas provinciales¹⁵–, achacaban los mismos a la tradición imperial propia del sistema británico para la que el modelo federal era algo novedoso y desconocido¹⁶. Esta defensa de la verdadera naturaleza federal del modelo canadiense suponía una crítica frontal a los planteamientos de WHEARE. Para este autor es necesario diferenciar entre la Constitución de un estado y la práctica constitucional del mismo. WHEARE califica la Constitución de 1867 de cuasi federal a la vista de los elementos unitarios anteriormente reseñados, los cuales alteran el principio federal¹⁷. A diferencia de la Comisión, WHEARE consideraba que la presencia en el texto constitucional de los poderes de reserva y desaprobación imposibilitaba la catalogación de la Constitución como federal¹⁸. Sin embargo, sí que estimaba que la práctica constitucional de la federación era predominantemente federal, dado el poco uso que hacía la federación de dichos

¹⁴ Comisión Tremblay (1956): Vol. 2. pp. 127-128.

¹⁵ Estos poderes, recogidos en los artículos 55 a 57 y 90, respectivamente, de la Constitución de 1867 replicaban misma prerrogativa de la que el gobierno Imperial gozaba con respecto a las leyes aprobadas por el Parlamento del Dominio de Canadá. A través de estos mecanismos el gobierno federal gozaba del poder de instar a los Tenientes-Gobernadores provinciales –en tanto representantes de la Reina– para que estos negaran la sanción real a una ley provincial o la reservaran hasta la ulterior consideración del texto legal por parte del gobierno federal. Por su parte, el poder desaprobación facultaba a los tenientes-gobernadores anular– una ley provincial en el plazo de dos años a contar desde su aprobación. A lo largo del s. XIX, cuando el uso de estos mecanismos era generalizado, se entendía justificado su uso cuando el gobierno federal estimara que la norma provincial en cuestión era ultra vires, injusta o poco adecuada (MONAHAN, SHAW y RYAN, 2017: 108-109). El Acuerdo de Charlottetown contemplaba la derogación de ambos poderes, frustrándose esta con su fracaso.

¹⁶ Comisión Tremblay (1956): Vol. 2. pp. 159-160.

¹⁷ WHEARE (1963): 17-20.

¹⁸ *Ibidem*. Para un recuento histórico del uso de dichos poderes vid. LA FOREST (1955).

poderes. La existencia de algunas convenciones constitucionales, como la relativa al nombramiento de los ministros provinciales por parte del *Liutenant Governor*, suponían para WHEARE un refuerzo de esta práctica constitucional.

El razonamiento de WHEARE y su contraposición con los de la Comisión resultan interesantes para ilustrar dos formas radicalmente diferentes de concebir la federación canadiense. En primer lugar, se observan dos concepciones distintas de la Constitución de 1867, la cual desde Quebec es vista como plenamente federal a pesar de contener algunos rasgos propios de un estado unitario. La Comisión recurre al segundo elemento enunciado por WHEARE, la práctica constitucional, para discutir su concepción de la misma como verdaderamente federal. El análisis de esta lleva a la Comisión a dudar seriamente de que la práctica constitucional sea federal en Canadá debido al rol expansionista adoptado por el gobierno federal tras la Segunda Guerra Mundial con la bendición del Tribunal Supremo¹⁹. Resulta de interés ver cómo WHEARE reduce su análisis a los poderes de reserva y desaprobación, los cuales ya rara vez eran utilizados en la época, pero no tiene en cuenta la apropiación federal de las bases tributarias tras la Segunda Guerra Mundial, la recentralización del seguro de desempleo o el recurso federal al poder de gasto en áreas de competencia exclusiva provincial. Estas prácticas son expresión de una visión centralista de la Confederación cercana a los planteamientos de MACDONALD, aspecto rechazado claramente por la Comisión Tremblay²⁰. En el fondo, estamos ante la confrontación de dos visiones diametralmente opuestas del modelo federal, una centralista de corte imperial donde prima la necesidad de asegurar un ejecutivo central fuerte –especialmente en el plano económico– frente a otra donde se rechaza cualquier subordinación provincial al gobierno federal, primándose la autonomía de las unidades federadas en consonancia con el diseño constitucional²¹.

Por lo tanto, la práctica constitucional es un aspecto determinante en cualquier modelo federal, siendo en algunos casos más determinante que el diseño constitucional a la hora de analizar el funcionamiento de una federación²². La práctica constitucional existente en Canadá con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial era lo denunciado por la Comisión Tremblay, al juzgarla negativa para los intereses autonomistas tanto de Quebec como del resto de provincias dado su carácter centralizador. Esta práctica

¹⁹ Comisión Tremblay (1956): Vol. 2, pp. 168-170.

²⁰ Comisión Tremblay (1956): Vol. 2, p. 171.

²¹ ROCHER (2010): 40-42.

²² WHEARE (1963): 20.

continuará durante el S. XX y tendrá una influencia decisiva en el germen del nacionalismo quebequés, así como en los acontecimientos que llevarán a Canadá a una crisis constitucional de gran magnitud.

Cabe resaltar que este creciente expansionismo centralista de corte unitario imperial no era recibido de la misma manera por todas las provincias, siendo algunas receptivas a este proceso –fundamentalmente las Provincias Marítimas– que les permitía trasladar sus obligaciones al gobierno federal a costa de reducir su autonomía. Ante la situación en la que se encontraba la federación, la Comisión esbozó tres posibles alternativas frente a la actitud del gobierno federal, las cuales dominarían las relaciones entre la federación y las provincias durante lo que quedaba de siglo. Estas eran: la aceptación del unilateralismo imperial, la defensa de los principios federales o explorar un camino hacia la secesión. Estas tres posiciones tendrán gran influencia años más tarde en la clase política quebequesa, marcando el devenir de los acontecimientos que seguirán a la Revolución Tranquila.

La Comisión concebía a Quebec como la vanguardia de la defensa del principio federal, para lo que era necesario asegurar la fortaleza de las instituciones provinciales. Estas eran indispensables para garantizar la estabilidad política y la democracia en Canadá, apostando por la opción de defender y reclamar lealtad a los principios federales²³. El mantenimiento de la lealtad federal tenía el objetivo de asegurar la autonomía de los gobiernos provinciales, la cual debía canalizarse a través de mecanismos de cooperación y diálogo entre los dos niveles de gobierno²⁴.

La visión de la Confederación presentada por el informe Tremblay era contraria a la corriente anglófona dominante, con base en la obra de ROGERS, donde imperaban los valores propios de la tradición imperial²⁵. Este autor rechazaba la idea del acuerdo fundacional entre dos pueblos diferentes, asimilando a Quebec al resto de provincias, dada la incapacidad de las colonias para contraer obligaciones vinculantes mediante tratados al estar dicha materia reservada al Parlamento Imperial²⁶. Este rechazo suponía agrandar la brecha existente entre las dos comunidades, impidiendo cualquier narrativa común sobre la creación de la Confederación y la aprobación de la Constitución de 1867.

²³ Comisión Tremblay (1956): Vol. 2, p. 332.

²⁴ KWAVNICK (1973): xvi-xix resalta que detrás de este deseo de asegurar la autonomía provincial se escondía la intención de reducir el intervencionismo estatal en pos de una visión más tradicional de la sociedad acorde con los planteamientos conservadores de DUPLESSIS.

²⁵ BURGESS (2006): 182-185. ROMNEY (2016): 167.

²⁶ ROGERS (1931): 400.

Esta ausencia de una narrativa común contribuyó a incrementar el aislamiento de Quebec en el seno de la federación. El Quebec de los años 50 se encontraba encerrado en sí mismo, económicamente atrasado con respecto al resto de Canadá siendo un lugar donde la Iglesia conservaba amplias parcelas de poder con un casi total monopolio en la sanidad y la educación. Desde finales de esta década y hasta comienzos de los 70, se produjeron una serie de cambios económicos, sociales y políticos que transformaron la sociedad quebequesa. Durante este periodo, denominado Revolución Tranquila, se comenzó a gestar una nueva narrativa sobre la forma de entender el lugar de Quebec en la federación.

2. LA REVOLUCIÓN TRANQUILA Y LA REDEFINICIÓN DE LA COMUNIDAD NACIONAL EN QUEBEC

La Revolución Tranquila fue un proceso evolutivo de cambios en la sociedad de Quebec, de manera que no es posible circunscribirla a un momento exacto o a una política concreta²⁷. COLEMAN estima más adecuado utilizar el término Revolución Tranquila para definir el sentir de la sociedad quebequesa a inicios de los años 60, en lugar de para englobar las políticas que materializarían los cambios en la sociedad²⁸. Este sentir se puede caracterizar como un descontento de los principales grupos sociales ante la situación en la que se encontraba la provincia²⁹.

Ante el creciente proceso de urbanización e industrialización, la clase obrera veía frenado su acceso a la educación, y por tanto su promoción social, dado el amplio dominio que mantenía la Iglesia sobre la misma. El descontento se acrecentaba a causa de que la mayor parte de los puestos directivos estaban en manos de anglófonos, circunstancia que frenaba aún más las posibilidades de desarrollo a la mayoritaria población francófona. La pequeña burguesía francófona se sentía marginada, careciendo de parcelas de poder ante la creciente pujanza del mundo anglófono y el conservadurismo de la clase dirigente de Quebec bajo el gobierno de DUPLESSIS. En consecuencia, ambos grupos sociales compartían una voluntad común: el desarrollo de una sociedad capitalista francófona en la que tanto empresarios como trabajadores pudieran desarrollar sus capacidades y progresar socialmente³⁰.

²⁷ Sobre el mismo se pueden consultar las obras de MYERS (1964) o BERGERON (1971).

²⁸ COLEMAN (1984): 212.

²⁹ GIBERNAU (2006): 52.

³⁰ En este sentido LATOUCHE (1974): 526 siguiendo a BOURQUE y FRENETTE (1970): 109-156.

Tras la muerte de DUPLESSIS en 1959, se produjo la llegada al poder del Partido Liberal de Quebec (PLQ) bajo el liderazgo de Jean LESAGE. Esta victoria supuso la implantación de nuevas políticas por parte del gobierno de Quebec, el cual pasaría a actuar como dinamizador de la sociedad quebequesa en todos sus ámbitos siguiendo el eslogan *Maîtres chez-nous*³¹. En el campo lingüístico-cultural, se produce la fundación de la Oficina de la Lengua francesa con el objetivo de potenciar la misma y protegerla. En lo relativo a la economía se crean la *Société générale de financement* y la *Caisse de dépôt et placement du Québec*, esta última encargada de administrar el fondo de pensiones de la provincia. Estas instituciones tenían el objetivo de actuar como inversores públicos y contribuir a la financiación de proyectos industriales y empresariales en Quebec. Con estas instituciones, se sentaban las bases para el desarrollo de una clase empresarial francófona, satisfaciéndose una de las demandas anteriormente mencionadas. La nacionalización de *Hydro Quebec*, la principal empresa de producción y suministro eléctrico de la provincia, es otra muestra del mayor intervencionismo estatal en la economía característico de este periodo, en claro contraste con los postulados que defendía el gobierno conservador de DUPLESSIS totalmente opuesto a cualquier política de corte socialista³². En 1964, se creó el primer Ministerio de Educación en Quebec poniéndose fin al monopolio eclesiástico en la materia, potenciándose la educación secundaria y preuniversitaria. El establecimiento de una educación pública daba respuesta a las demandas de la clase trabajadora, necesitada de un acceso a la formación que le permita prosperar económicamente, así como limitaba el poder de la Iglesia iniciando un proceso de secularización de la sociedad.

Durante este periodo, se produce un cambio radical en lo relativo a la visión de lugar de Quebec en la Confederación. La concepción de Quebec como comunidad canadiense francesa –*Canadiens français*– es sustituida por la noción de nación quebequesa.

La nación canadiense francesa se configuraba como una nación étnica caracterizada por dos elementos principales: la lengua francesa y el catolicismo³³. De esta manera, los límites de la comunidad estaban claramente definidos, siendo los mismos prácticamente impermeables puesto que ambas condiciones se adquirirían

³¹ Esta expresión, la cual se puede traducir como “dueños en nuestra casa” simboliza la voluntad de autogobierno de un Quebec francófono deseoso de dominar todas las parcelas de la vida pública y, en particular, la económica.

³² Sobre la represión al movimiento socialista por parte de DUPLESSIS ver la obra de LÉVESQUE (1984).

³³ KEATING (2001): 78.

generalmente por nacimiento dentro de la propia comunidad. La nación canadiense francesa carecía de un componente territorial pues, si bien era mayoritaria en Quebec, su presencia trascendía los límites de la provincia incorporando dentro de la misma a las comunidades francófonas y católicas de otras provincias como Ontario o Nuevo Brunswick. La institución vertebradora de la misma era la Iglesia católica, la cual, como se ha reseñado anteriormente, dominaba amplios campos de la vida social³⁴. Un rasgo importante de esta comunidad es su subordinación a la comunidad anglófona en el campo político y, especialmente, en el económico, lo que impedía los deseos de autonomía recogidos por la Comisión Tremblay³⁵. Como se ha visto antes, la voluntad de acabar con esta subordinación en aras de asegurar la autonomía política y económica de Quebec fue uno de los elementos desencadenantes de la Revolución Tranquila, de la cual la redefinición de la nación será un elemento clave.

La Revolución Tranquila da paso a una nueva nación *québécoise* originalmente comprendida por la comunidad canadiense francófona de Quebec que compartía un objetivo común: incrementar la autonomía de las instituciones de la provincia. La predominancia de un rasgo de componente político es una de las principales características de esta nueva nación, la cual será la base sobre la que cimentará el movimiento soberanista en la provincia³⁶. Junto a estos elementos políticos, continúan presentes los elementos culturales. La nueva nación deja de lado el factor religioso, potenciando el factor lingüístico como elemento de transformación de la sociedad quebequesa. La lengua se articulará como un elemento instrumental clave a la hora de definir la identidad de los *québécois*, comunidad definida por su carácter francófono³⁷.

La redefinición del concepto de nación será impulsada por el Estado de Quebec, que sustituirá a la Iglesia como institución vertebradora y dominante de la provincia adoptando un rol de Estado providencia. Este impulso queda ejemplificado en los cambios de nomenclatura de las principales instituciones de Quebec introducidos en la década de los 60 del siglo pasado donde el término nacional cobra una especial relevancia³⁸. El papel del estado como elemento vehicular del nuevo concepto de nación

³⁴ BÉLAND y LECOURS (2008): 46.

³⁵ JUTEAU (2002): 443.

³⁶ COLEMAN (1984): 212.

³⁷ KEATING (2001): 80.

³⁸ En este periodo se sustituyen las referencias a "Provincia de Quebec" por "Estado de Quebec". Este cambio culminará en 1968 con la adopción del término "Asamblea Nacional de Quebec" en lugar del tradicional "Asamblea Legislativa de Quebec".

supone un refuerzo del carácter político de la misma, gestándose una nación con rasgos tanto étnicos como culturales.

Esta nueva concepción de la nación se caracterizará, a diferencia de la canadiense francófona, por un fuerte componente territorial³⁹. Se realiza una división entre los *québécois*, el pueblo integrante de la nueva nación, y los francófonos de fuera de Quebec. Estos últimos quedan excluidos de esta nueva concepción, la cual es más restrictiva que la canadiense francesa al no integrar a todos los francófonos presentes en la Confederación. Tampoco son considerados como *québécois* los anglófonos presentes en Quebec puesto que no comparten ni la herencia cultural francesa, siendo la lengua el exponente más claro, ni la aspiración política de un mayor grado de autonomía para Quebec.

La importancia del componente territorial en la nación *québécoise* supone un cambio de paradigma con respecto a la concepción previa de la nación canadiense francófona. La nación *québécoise* tiene el objetivo de situarse de igual a igual con la nación anglófona dentro de Canadá, eliminado cualquier atisbo de subordinación política o económica a esta última. En consecuencia, la identificación del pueblo *québécois* con el territorio de la provincia de Quebec supone la institucionalización de la nación, otorgando a las instituciones de Quebec la representación de la misma en detrimento del gobierno federal, que debe conjugar los intereses de todos los habitantes de la federación con independencia de su adscripción nacional⁴⁰. En este contexto de identificación de la nación *québécoise* con el gobierno de Quebec es donde nace el movimiento soberanista, el cual se articulará políticamente en torno al *Parti québécois* y la figura de René LÉVESQUE.

3. EL COMIENZO DE LA CRISIS CONSTITUCIONAL: DE LA CREACIÓN DEL *PARTI QUÉBÉCOIS* AL REFERÉNDUM DE 1980

En el contexto de la Revolución Tranquila, surge el *Parti québécois* (PQ) como formación política capaz de aglutinar a las diversas asociaciones y movimientos de corte soberanista que surgen en un momento de amplios cambios en la sociedad, canalizando

³⁹ KEATING (1997): 695. En el mismo sentido JUTEAU (1996): 45-66.

⁴⁰ La política de multiculturalismo que el gobierno federal de P.E. TRUDEAU pondrá en marcha a partir de los años 70 tendrá como uno de sus principales objetivos evitar esta identificación exclusiva de la nación *québécoise* con el gobierno de Quebec, integrándola dentro de una nación cívica canadiense.

políticamente el descontento de las clases medias y trabajadoras francófonas⁴¹. En sus orígenes, el partido integrará a corrientes de pensamiento muy diversas cuyo punto en común gira en torno a conseguir una mayor autonomía política para Quebec que permita a la comunidad francófona ejercer su propio autogobierno. Inicialmente, el PQ es formado por la fusión de dos colectivos principales: el *Mouvement Souveraineté-Association* (MSA) y *Ralliement National*. El MSA estaba integrado por antiguos miembros del PLQ y era liderado por René LÉVESQUE, que había sido ministro con dicha formación en el gobierno de LESAGE. Por su parte, *Ralliement National* era heredero de la tradición creditista y tenía una mayor influencia en el mundo rural que el MSA cuya acción se limitaba a Montreal⁴². Fuera del PQ quedaba *Rassemblement pour l'indépendance nationale* (RIN), partido político de marcado acento independentista, cuya integración fue rechazada por las otras dos formaciones dada su férrea defensa del francés como única lengua para Quebec⁴³. Finalmente, la RIN acabará disolviéndose, integrándose sus miembros en el PQ a título individual, convirtiendo a esta formación en la fuerza hegemónica del soberanismo quebequés.

El PQ concurrirá por primera vez a unas elecciones en 1970 consiguiendo un 23% de apoyo popular, que solo se tradujo en 7 parlamentarios como consecuencia del sistema electoral. Tres años más tarde, continuará el proceso de ganancia de apoyos aumentando hasta el 30% de votos y convirtiéndose en primera fuerza de la oposición. Ambas derrotas se produjeron ante el PLQ de Robert BOURASSA –quien repetiría como Primer Ministro entre 1985 y 1994– en lo que suponía la vuelta de los liberales al poder tras el mandato de LESAGE. El primer mandato de BOURASSA se caracterizó por sus continuos enfrentamientos con el gobierno federal de P.E. TRUDEAU debido a su política lingüística, la cual era vista como una concesión al nacionalismo por parte del ejecutivo federal, así como por la demanda de mayores poderes competenciales para Quebec.

El PQ se presentará a las elecciones de 1976 con un programa soberanista en el que plantea la vía del referéndum como mecanismo para alcanzar la soberanía de Quebec. El *Parti québécois* se comprometía en su programa electoral a exigir a Ottawa la repatriación de todos los poderes en manos de la federación salvo aquellos que Quebec cediera expresamente a través de un acuerdo de soberanía-asociación de

⁴¹ GIORI (2016): 80-114 analiza el papel de la sociedad civil en la formación del nacionalismo quebequés y, en particular, en la gestación del *Parti québécois*.

⁴² El movimiento creditista se basaba en la teoría del crédito social de C. H. Douglas. Sobre la evolución de este movimiento en Quebec destaca la obra de STEIN (1973).

⁴³ GODIN (1997): 383-385.

carácter económico con Canadá⁴⁴. Esta propuesta era continuista con los planteamientos del MSA, ambicionándose el autogobierno de la sociedad quebequesa para decidir sus propias políticas fuera del corsé federal. En caso de no poder llegarse a un acuerdo con el gobierno federal sobre la transferencia de nuevas competencias a Quebec, el PQ procedería a ejercitar unilateralmente los poderes de un Estado soberano previa obtención del apoyo popular en un referéndum⁴⁵.

Las elecciones de 1976 otorgarán una amplia victoria al PQ, que alcanzará el 41% de los votos y 71 de los 110 diputados de la Asamblea Nacional. Gracias a este resultado, LÉVESQUE se convertirá en Primer Ministro, el primero abiertamente soberanista en la historia de Quebec.

Durante su primer mandato al frente del gobierno de Quebec, LÉVESQUE implementará políticas tendentes a reforzar la identidad nacional *québécoise*, con la lengua francesa como vector principal. En 1977 se aprueba la Carta de la Lengua Francesa⁴⁶, conocida como *Loi 101*, con la que se pretendía salvaguardar la predominancia del francés en la sociedad quebequesa. Mediante la *Loi 101* se estableció el francés como lengua predominante en la enseñanza, la justicia, la administración pública así como en la rotulación comercial. Esta presencia del francés en todos los ámbitos de la sociedad es lo que se ha denominado como *visage linguistique*, es decir, la capacidad de desarrollar cualquier ámbito de la vida en francés dentro de Quebec. El recurso a la lengua como factor de construcción de la identidad quebequesa no puede ser achacado únicamente al PQ, puesto que la *Loi 101* no era más que la continuación de la política lingüística iniciada años antes por BOURASSA, cuyo gobierno fue el primero en restringir la enseñanza pública en inglés y declarar el francés como única lengua oficial en la provincia⁴⁷.

Finalmente, la primera legislatura del PQ tendrá como colofón la convocatoria del referéndum sobre la soberanía-asociación de 1980⁴⁸. La celebración de un referéndum sobre la soberanía de Quebec era la piedra angular del programa electoral

⁴⁴ PARTI QUÉBÉCOIS (1975): 5.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Charte de la langue française, RLRQ c C-11 (LQ 1977, c 5)*.

⁴⁷ PROULX (1989): 106-112. El establecimiento del francés como única lengua oficial de la provincia se produjo mediante la *Loi sur la langue officielle*, LQ 1974, c 6, texto que también otorgaba primacía a la versión francesa de las leyes aprobadas en la provincia sobre la versión en inglés.

⁴⁸ Para el PQ la soberanía y la asociación económica con Canadá era conceptos indisolubles tal como se expresaba en el documento elaborado de cara al referéndum titulado "*La nouvelle entente Québec-Canada: Proposition du Gouvernement du Québec pour une entente d'égal à égal: la souveraineté-association*".

del PQ, el cual ambicionaba una relación de igual a igual con Canadá. LÉVESQUE dilató la convocatoria del referéndum hasta el último año de la legislatura, en espera de un entorno político favorable⁴⁹. Así, la ajustada victoria conservadora de CLARK en las elecciones federales de 1979, y su consiguiente gobierno en minoría, fue interpretada desde Quebec como una señal de debilidad, suficiente para poner en marcha el proceso referendario. El referéndum de 1980 llegaba tras varias comisiones sobre la reforma del modelo federal que no cristalizaron en ningún cambio tangible dado el fracaso de varias rondas de negociaciones constitucionales en las que las demandas de mayor autonomía por parte de Quebec no se vieron satisfechas, aspecto que derivó en una mayor polarización de la sociedad quebequesa. La consulta suponía un plebiscito sobre el futuro de Quebec, contrastando las posiciones antagónicas de TRUDEAU y LÉVESQUE: el modelo federal canadiense, fracasado a ojos del PQ, frente a la alternativa que suponía la accesión de Quebec a la independencia⁵⁰.

Con esta consulta, se materializó el primer gran desafío al orden constitucional canadiense, iniciándose un periodo caracterizado por una constante crisis constitucional entre la federación y Quebec. El referéndum celebrado el 20 de mayo de 1980 tenía como objetivo obtener un mandato popular para iniciar el camino hacia un Estado quebequés soberano manteniendo una serie de vínculos económicos con Canadá. La pregunta, de elevado tamaño y gran complejidad versaba así:

“Le Gouvernement du Québec a fait connaître sa proposition d’en arriver, avec le reste du Canada, à une nouvelle entente fondée sur le principe de l’égalité des peuples ; cette entente permettrait au Québec d’acquérir le pouvoir exclusif de faire ses lois, de percevoir ses impôts et d’établir ses relations extérieures, ce qui est la souveraineté, et, en même temps, de maintenir avec le Canada une association économique comportant l’utilisation de la même monnaie ; aucun changement de statut politique résultant de ces négociations ne sera réalisé sans l’accord de la population lors d’un autre référendum ; en conséquence, accordez-vous au Gouvernement du Québec le mandat de négocier l’entente proposée entre le Québec et le Canada?”

La misma se configuraba como una petición de un mandato para negociar con el resto de la federación una nueva forma de asociación que trascendiera los límites del federalismo, emplazando al electorado a un nuevo referéndum para confirmar el eventual acuerdo que se alcanzara. En la cuestión, se pueden encontrar algunos de los elementos característicos de la identidad *québécoise* forjada tras la Revolución

⁴⁹ FRASER (2001): 169-188.

⁵⁰ DURAND (1999): 184-188.

Tranquila. La referencia a la igualdad entre pueblos es expresión directa de una concepción de la Confederación como producto de la *Compact Theory*, en la que se consagra una visión dualista de la federación como fruto de un pacto entre Quebec y el Canadá anglófono. Por su parte, la demanda de un mayor autogobierno en forma de capacidad plena para legislar recoge la línea de pensamiento esbozada por la Comisión Tremblay, particularmente en lo referente a la capacidad de Quebec para recaudar sus propios impuestos, la cual se amplía a otros campos como las relaciones internacionales.

Con un 85,61% de participación, el electorado de Quebec negó al gobierno del PQ el mandato para negociar por una diferencia cercana a los veinte puntos (59,56 contra 40,44), un resultado que LÉVESQUE interpretó como un primer paso en el largo camino hacia la soberanía⁵¹. A pesar de la derrota en el referéndum, el apoyo popular al PQ no se vio mermado. En las elecciones de abril de 1981, menos de un año después de la consulta, LÉVESQUE revalidó su mandato al frente del gobierno de Quebec aumentando ocho puntos el apoyo popular con respecto a la anterior convocatoria electoral alcanzando el 49,26%, el mayor en la historia hasta la fecha conseguido por un líder soberanista.

4. EL LARGO CAMINO HASTA LA PATRIACIÓN Y LA ROTURA DEL CONSENSO CONSTITUCIONAL

La búsqueda de un mecanismo de reforma constitucional estrictamente canadiense fue una constante durante la mayor parte del S. XX⁵². Los primeros intentos de llegar a un acuerdo entre el gobierno federal y las provincias se remontan a la Conferencia intergubernamental de 1927⁵³. El objetivo pretendido era acabar con la necesidad de ratificación por parte del Parlamento de Westminster de cualquier modificación constitucional en Canadá pues, a efectos formales, la Constitución continuaba siendo una ley británica. Durante los años 60 y principios de los 70, se ensayaron varias fórmulas que no llegaron a materializarse por falta de acuerdo. En 1964 todas las provincias, a excepción de Quebec, acordaron la denominada fórmula

⁵¹ Al conocer los resultados el líder quebequés declaró « *Si je vous ai bien compris, vous êtes en train de nous dire à la prochaine fois!* » mostrando su voluntad de retomar el camino hacia la soberanía en un futuro próximo.

⁵² VERRELLI (2016): 19-41 describe el proceso de búsqueda de un mecanismo propio de reforma desde la creación de la Confederación hasta su aprobación definitiva con la *patriación*.

⁵³ PELLETIER (1996): 344. En esta obra recoge la multitud de fórmulas de reforma que se barajaron con anterioridad a la aprobación de la Constitución de 1982.

Fulton-Favreau, que exigía la unanimidad para la mayoría de materias, bastando para el resto el acuerdo de dos tercios de las provincias que comprendieran al menos el 50% de la población de la federación⁵⁴.

Desde su llegada al poder en 1968, P.E. TRUDEAU ambicionó *patriar* la Constitución como su gran obra política. TRUDEAU veía a Canadá como fiel reflejo de sí mismo, es decir, una sociedad justa, culta y bilingüe en la que debían primar la igualdad y los derechos civiles por encima de cualquier consideración territorial⁵⁵.

En 1971 se produjo el primer intento de *patriación* constitucional. El gobierno federal y los ejecutivos provinciales acordaron un documento, la *Victoria Charter*, que contenía una serie de modificaciones constitucionales que debían ser posteriormente ratificadas por todas las provincias. Este proyecto era mucho más ambicioso que los anteriores, puesto que, aparte de contemplar una fórmula de reforma constitucional, también incluía una carta de derechos y disposiciones relativas al bilingüismo, el Tribunal Supremo o los desequilibrios económicos territoriales. La fórmula de reforma acordada en Victoria exigía el consentimiento del Parlamento federal así como una compleja serie de mayorías provinciales, siendo reseñable la necesidad de la aprobación por parte de cualquier provincia cuya población representara el 25% de la población de Canadá. Esta condición *sine qua non* se traducían en un derecho de veto para las provincias de Ontario y Quebec, al ser las únicas que alcanzaban dicho umbral de población. Pese a que durante las negociaciones Quebec aceptó el texto de la *Victoria Charter*, finalmente BOURASSA acabó retirando su apoyo al mismo. El líder liberal cambió de postura al no ser atendidas sus demandas de mayores competencias para Quebec en campos como las telecomunicaciones, cultura o inmigración, lo cual, unido a la falta de consenso interno en su gobierno al respecto, propició un cambio en los planteamientos del líder liberal quebequés⁵⁶. La falta de apoyo a las medias acordadas supuso el fracaso definitivo de la *Victoria Charter* al requerirse el consentimiento expreso de todas las Asambleas Legislativas provinciales.

Los fracasos de 1964 y 1971 evidenciaron un patrón común: el consentimiento de Quebec era indispensable para cualquier acuerdo modificativo de la Constitución. En ambos momentos todos los actores involucrados entendieron que el consentimiento de Quebec era necesario para poder concluir con éxito cualquier intento de *patriación*

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Para comprender la figura de P.E. TRUDEAU y sus postulados ideológicos es de interés la obra de ENGLISH (2007).

⁵⁶ CAIRNS (1985): 101.

constitucional⁵⁷. Prueba de ello es que todas las partes involucradas dieron por fracasados los acuerdos tras la negativa quebequesa, sin contemplar la opción de seguir adelante sin la aprobación de la provincia francófona. La interiorización de la necesidad del consentimiento de Quebec que se dio en 1964 y 1971 es una clara expresión de la dualidad canadiense producto de la *Compact Theory*. Los actores políticos parecían comprender la imposibilidad de alterar el acuerdo de 1867 sin revalidar el compromiso alcanzado entre las dos naciones fundadoras, de manera que Quebec parecía gozar de un derecho de veto en calidad de pueblo fundador de la Confederación. Esta idea queda reflejada en el hecho de que tanto la fórmula *Fulton-Favreau* como la Victoria estaban diseñadas de manera que, sin mencionarlo explícitamente, Quebec gozará de poder de veto ante cualquier intento de reforma.

TRUDEAU renunció a proseguir su actividad política tras ser derrotado por los conservadores de Joe CLARK en 1979. La debilidad del gobierno conservador quedó evidenciada menos de un año después de ser elegido al ser derrotado en la votación de presupuestos lo cual le llevó a convocar elecciones. Esta nueva convocatoria electoral posibilitó a TRUDEAU una nueva oportunidad para completar su obra. Por ello, regresó de su retiro para volver a comandar a los liberales a la victoria con una intención clara: conseguir, de una vez por todas, la *patriación* de la Constitución.

Nada más regresar al poder, TRUDEAU tuvo que enfrentarse al desafío soberanista que suponía el referéndum de 1980. El Primer Ministro enfocó la consulta como un plebiscito sobre la *patriación* de la Constitución, despreciando cualquier posibilidad de soberanía-asociación, con independencia del resultado del referéndum. Este rechazo se fundamentaba en que el resto de Canadá era contrario a cualquier tipo de asociación, lo cual no podía ser contradicho por la voluntad democrática de los habitantes de Quebec⁵⁸. En su último discurso público, apenas seis días antes del referéndum, TRUDEAU afirmó que el “no” en el referéndum debía ser interpretado como un mandato de cambio dirigido a renovar el federalismo, entendiéndolo como un aval a su proyecto favorito: la *patriación* constitucional⁵⁹. Un aspecto a tener en cuenta es la forma en la que el Primer Ministro construye este discurso. TRUDEAU establece una

⁵⁷ HOGG (2013): 4-5.

⁵⁸ BASTIEN (2013): 84-85. BASTIEN describe el proceso de *patriación* desde una óptica soberanista a partir de documentos desclasificados de la diplomacia británica. Esta narrativa ha sido cuestionada desde el Canadá anglófono, afirmándose que su tesis es insostenible puesto que malinterpreta algunos elementos clave de lo acaecido durante dicho proceso, lo que llevó al autor a publicar una versión revisada en inglés en la que ahondaba en su tesis e intentaba dar respuestas a algunos de los interrogantes generados. Vid. BASTIEN (2014).

⁵⁹ *Ibidem*. 84.

distinción cuando interpela a los asistentes entre “nosotros, los diputados de Quebec” y “ellos, venidos de otras provincias”. Esta diferenciación es una clara referencia a la *Compact Theory*, ampliamente aceptada en Quebec, considerando a los *québécois* como un colectivo diferenciado de la mayoría anglófona. Con estas palabras TRUDEAU parece querer transmitir la idea de que está dispuesto a variar sus planteamientos previos y aceptar que una futura reforma constitucional posterior a un victoria del “no” tenga en cuenta las peculiaridades de Quebec y sus aspiraciones colectivas como pueblo. Sin embargo, esta concepción de la Confederación no durará más que los pocos días restantes hasta el referéndum, quedando dicho discurso totalmente olvidado una vez es derrotada en las urnas la opción soberanista⁶⁰.

Desde el mismo día posterior al referéndum el gobierno federal dejó clara su voluntad de proseguir con el proceso de *patriación* constitucional⁶¹. Con el objetivo de exponer su proyecto y conseguir la aprobación provincial, el ministro de justicia Jean CHRÉTIEN se reunió en numerosas ocasiones con sus homólogos provinciales. En estas discusiones se evidenciaron la disparidad de posturas entre las provincias, las cuales no darían su aprobación a ningún texto donde no vieran satisfechas sus demandas. Estas demandas eran de carácter muy diverso. Quebec reclamaba mayores competencias en campos como la lengua, educación o cultura, así como un reconocimiento del carácter distinto de la provincia y su eventual derecho de autodeterminación. Alberta insistía en la igualdad entre todas las provincias, posición que chocaba frontalmente con cualquier reconocimiento de la especificidad de Quebec, así como reclamaba una menor injerencia federal en el mercado de los recursos naturales, que constitucionalmente se encuentran dentro de la esfera de competencias de las provincias. Este aspecto era compartido por Saskatchewan y la Columbia Británica, mientras que Terranova reclamaba para sí el control de los recursos que se encuentran frente a sus costas. Ontario parecía ser la única provincia que coincidía con Ottawa en la necesidad de un gobierno federal fuerte.

En relación con el mecanismo de reforma, todas las provincias a excepción de Ontario y Nueva Escocia aceptaron sustituir la fórmula de la *Victoria Charter* por otra denominada Vancouver, dado el lugar donde se llegó al acuerdo sobre la misma. Esta fórmula, que servirá como base de la finalmente adoptada, requería la aprobación de las dos cámaras del Parlamento federal, así como la de dos tercios de las provincias que

⁶⁰ BURELLE (2005): 424.

⁶¹ MORIN (1988): 14-15.

supusieran al menos el 50% de la población de la federación⁶². El principal cambio con respecto a la fórmula acordada en Victoria suponía la pérdida del derecho de veto de las provincias con más del 25% de la población, es decir, Ontario y Quebec.

La disparidad de posiciones entre las provincias sí les permitía coincidir en un aspecto: el rechazo común a la Carta de Derechos y Libertades que el gobierno federal quería incorporar a la Constitución. Esta Carta era expresión del ideario de TRUDEAU, pues convertía al gobierno federal en garante del multiculturalismo y las minorías en la federación⁶³. La Carta iba originalmente acompañada de la inclusión en el preámbulo de la Constitución de una referencia al pueblo canadiense y a la pluralidad cultural de la sociedad canadiense, si bien estas dos referencias no se incluyeron en el texto final. Estas dos ideas constituyen los pilares básicos de la identidad pancanadiense ideada por TRUDEAU⁶⁴. Con la misma pretendía unir a todos los canadienses bajo una ideología de respeto a la diversidad cultural y a los derechos civiles, convirtiendo al gobierno federal en garante de los mismos. La inclusión constitucional del término “pueblo canadiense” suponía la defunción de la *Compact Theory* y la concepción dualista de la federación como acuerdo entre francófonos y anglófonos. Esta concepción surgía como claro contraste a la noción de nación *québécoise* que se había ido consolidando en Quebec tras la Revolución Tranquila con base en una herencia cultural común y a la lengua francesa.

Para TRUDEAU, la Carta formaba parte de una serie de medidas, como la nueva bandera, que tenían el objetivo de despertar en los canadienses un sentido de pertenencia a Canadá que les permitiera ver todo aquello que comparten con otros canadienses con independencia de su origen⁶⁵. Sin embargo, es posible pensar que los planes del Primer Ministro iban más allá. La Carta suponía la exaltación constitucional de una serie de derechos individuales, los cuales pasaban a formar parte del núcleo de la nueva ciudadanía canadiense⁶⁶. Esta concepción individualista de los derechos suponía un contrapunto con la concepción comunitarista surgida en Quebec tras la Revolución

⁶² PELLETIER (1996): 344-345.

⁶³ MILLARD (2008): 133-134 afirma que la diversidad, como hecho de combinar varias comunidades nacionales, ha ayudado a Canadá a afirmar el liberalismo como valor predominante y evitar el *melting-pot* nacionalista de asimilación cultural. Esta tolerancia, junto al multiculturalismo ha permitido integrar a aquellos ciudadanos que vienen de fuera en una sociedad guiada por los valores de la Carta.

⁶⁴ LASELVA (1996): 81. RUSSELL (2004): 78-80.

⁶⁵ TRUDEAU (1990): 31. Este objetivo se ha materializado plenamente pues un sondeo elaborado por STATISTICS CANADA (2013) situaba a la Carta de Derechos y Libertades como el símbolo nacional más importante de Canadá por encima de la bandera o el himno.

⁶⁶ TRUDEAU y AXWORTHY (1990): 363-364.

Tranquila y parte esencial de la nación *québécoise*⁶⁷. La construcción de un nuevo nacionalismo canadiense, para el que la Carta de Derechos y Libertades era piedra angular, constituía una poderosa herramienta para derrotar de manera definitiva al nacionalismo quebequés y con ello evitar las crisis constitucionales provocadas por el mismo⁶⁸. Pese a ser concebida como un elemento unificador de la nación⁶⁹, la Carta también presentaba importantes riesgos para la federación. Las tensiones que la misma provocaba podían hacer que se convirtiese en un elemento disgregador que generara división en lugar de unión⁷⁰. Estos temores se confirmarán en un futuro no muy lejano en torno al asunto más polémico de los contenidos en la misma: los derechos lingüísticos.

La incorporación de una Carta de Derechos suponía alejarse del sistema parlamentario propio de la tradición británica donde el Parlamento, y no un tribunal, tenía la última palabra. En este sistema se entendía que la soberanía parlamentaria absoluta era un mecanismo suficiente para proteger los derechos, siendo la alternativa el despotismo del Rey en el Parlamento⁷¹. La principal crítica provincial residía en que el Parlamento dejaba de ser el último garante de los derechos, pasando esta labor al poder judicial. Por un lado, la articulación de una carta de derechos con garantía judicial sembraba desconfianza en las provincias al aparecer estas como sospechosas de no respetar lo mismos, teniendo que encomendarse dicha labor a los tribunales. La aprobación de la Carta conllevaba que Canadá mutara de una democracia parlamentaria –regida por el concepto político de constitución propio del sistema británico, vertebrado en torno al principio de soberanía parlamentaria que implica que el Parlamento lo puede todo⁷²– a una democracia constitucional donde la Constitución tiene carácter normativo y se configura como la norma jurídica suprema⁷³.

⁶⁷ SEYMOUR (2000): 238-245. KEATING (2001): 112.

⁶⁸ LAFOREST (2004): 219-236.

⁶⁹ McROBERTS (1997): 170-174 ilustra cómo la *patriación* constitucional y, en particular, la Carta respondían a la visión que TRUDEAU tenía del federalismo, buscando fortalecer la unidad nacional a través de la creación de un nacionalismo pancanadiense.

⁷⁰ RUSSELL (1994): 42.

⁷¹ DICEY (1915): 78.

⁷² La soberanía parlamentaria era definida por DICEY (1915: 37-38) como “*neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.*” En otra palabras, esta doctrina es la base (*bedrock*) del sistema constitucional británico al carecer el mismo de una Constitución codificada (*Jackson v. Her Majesty's Attorney General, [2005] UKHL 56, [2006] 1 A.C. 262, par. 19.*).

⁷³ Esta visión fue acogida por el Tribunal Supremo en el *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, par. 72 y posteriormente refrendada en *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, par. 131 al hacerse eco de unas manifestaciones efectuadas por el juez DICKSON, antiguo presidente del tribunal. Sin

Otro aspecto que causaba desconfianza era la posibilidad de que los tribunales hicieran interpretaciones expansivas de los derechos, lo cual podría tener importantes consecuencias económicas y legislativas para las provincias⁷⁴. De entre todos los propuestos, los derechos lingüísticos en el campo educativo eran los que más controversia generaban tanto en las provincias anglófonas como en Quebec. Estos derechos tenían el objetivo de asegurar la educación en la lengua de la minoría, aspecto que TRUDEAU consideraba esencial para construir un país bilingüe. Una norma a tal efecto era rechazada por Quebec, al entender que suponía un ataque a la *Loi 101* y un menoscabo de la competencia provincial en materia educativa. Por su parte, las provincias anglófonas eran reticentes ante la posibilidad de que tuvieran que proveer de servicios educativos a las minorías francófonas, y el elevado coste que ello supondría. Es preciso reseñar que, pese a lo controvertido de este asunto, la propuesta de derechos lingüísticos contenida en la *Victoria Charter* era más ambiciosa en lo relativo al uso del francés en provincias como Ontario o Terranova y Labrador⁷⁵.

Para poder llevar a cabo con éxito este plan, el gobierno federal debía contar con el visto bueno del Gobierno del Reino Unido, el cual debía someter al Parlamento para su aprobación el texto que supusiera la emancipación constitucional de Canadá. Dado que el gobierno federal no parecía muy proclive a tener en cuenta las demandas provinciales, algunas provincias sondearon la posibilidad de que el Parlamento de Westminster no aprobara un acuerdo que no contara con la unanimidad provincial. Sin embargo, la respuesta de los británicos fue clara: se trata de un asunto interno de Canadá y el gobierno de Su Majestad solo negociará con su homólogo canadiense⁷⁶.

La tensión entre el gobierno federal y las provincias a colación de la posibilidad de una *patriación* unilateral por parte federal fue en aumento, lo cual acabó

embargo, DICEY (1915): 134-176 siempre rechazó considerar el sistema canadiense como parte del modelo de soberanía parlamentaria debido a su condición federal, pues esta implicaba que la soberanía quedara fracturada entre diferentes cuerpos, las unidades federadas y el gobierno federal, aspecto incompatible con el principio de unicidad encarnado por el Parlamento Británico. Esta idea conecta con el pensamiento de KELSEN (2001): 100-107, y la necesidad de que un sistema federal tenga una constitución normativa con supremacía jurídica respecto a las leyes del Parlamento pues es “en el Estado federal en donde la justicia constitucional adquiere la más grande importancia” dado que “la idea política del Estado federal no se encuentra plenamente realizada más que con la institución de un Tribunal Constitucional”. En la misma línea, RUSSELL (1990): 294 creía que en Canadá nunca existió una verdadera soberanía parlamentaria al estilo británico pues sus parlamentos siempre estuvieron sujetos a un control superior ya fuera por el Parlamento Imperial o por los tribunales. GARDBAUM (2010): 97-102. En la misma línea AJZENSTAT (1997): 645-662 realiza un provocativo análisis de la relación entre Parlamento y derechos en el constitucionalismo británico de DICEY.

⁷⁴ HOGG (2007): 36-4-36-8.

⁷⁵ En este sentido se pueden consultar los artículos 11 al 14 de la *Victoria Charter*.

⁷⁶ ROMANOW, WHYTE y LEESON (1984): 139.

desembocando en la judicialización del conflicto. Las provincias de Manitoba⁷⁷, Terranova⁷⁸ y Quebec⁷⁹ solicitaron a sus máximos tribunales la emisión de opiniones consultivas sobre la naturaleza de la *patriación*, así como sobre la constitucionalidad de llevarla a cabo en contra de la voluntad de las provincias. Las objeciones planteadas por Manitoba y Terranova a sus respectivos tribunales eran prácticamente idénticas. Ambas provincias demandaban conocer si la actuación del gobierno federal tenía efectos sobre sus propias competencias, así como si existía alguna obligación o convención constitucional que requiriera obtener la aprobación provincial para modificar la Constitución. Pese a la similitud de los planteamientos, los resultados fueron diametralmente distintos. Mientras que la Corte de Manitoba estimó que el gobierno federal podía proceder de manera unilateral, su homóloga de Terranova concluyó que era necesaria la unanimidad de todas las provincias para poder solicitar al Reino Unido la *patriación* de la Constitución⁸⁰.

Por su parte, Quebec pidió su opinión a la *Cour d'Appel* sobre dos cuestiones. En primer lugar, la provincia francófona deseaba saber si la *patriación* tendría efectos sobre las competencias de las provincias y el estatus de las mismas en la federación. Esta pregunta muestra el temor a que la *patriación* supusiera un menoscabo del principio federal, pasando las provincias a ser meros subalternos del gobierno federal en lugar de estar en pie de igualdad con este. La segunda pregunta versaba sobre la constitucionalidad de llevar a cabo una reforma constitucional que afectara a las provincias sin el consentimiento de las mismas, así como con la oposición firme de algunas de ellas. La *Cour d'Appel* respondió afirmativamente a la primera pregunta de manera unánime, al entender que la *patriación* tendría efectos sobre la esfera competencial de las provincias, así como sobre su rol en la federación. De esta manera, el más alto tribunal de Quebec venía a coincidir con lo expresado por sus homólogos de Manitoba y Terranova. En cuanto a la segunda cuestión, por una mayoría de 4 a 1, la

⁷⁷ *Reference re Amendment of Constitution of Canada*, [1981] M.J. No. 95, 117 D.L.R. (3d) 1 (Man. C.A.).

⁷⁸ *Reference re Amendment of Constitution of Canada* (No. 2), [1981] N.J. No. 212, 118 D.L.R. (3d) 1 (Nfld. C.A.).

⁷⁹ *Reference re Amendment of Constitution of Canada* (No. 3), 120 D.L.R. (3d) 385, [1981] C.A. 80 (Que. C.A.).

⁸⁰ ROBERT (2011): 59-60. La disparidad de posiciones que suscitaba el fenómeno de la *patriación* se evidenció no solo en el fondo del asunto, sino también en las mayorías internas de los tribunales como evidencia el contraste existente entre la unanimidad que caracterizó la opinión consultiva de Terranova y la amplia división que se desprende de la de Manitoba donde todas las respuestas cuentan con opiniones discrepantes.

Cour estimó que la Constitución facultaba al Parlamento federal a solicitar los cambios necesarios al gobierno del Reino Unido de manera unilateral.

5. LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: EL *PATRIATION*

REFERENCE

La divergencia de posturas entre las diferentes Cortes de Apelación provinciales ponía de manifiesto la falta de acuerdo sobre la materia. Todas las partes implicadas decidieron recurrir los dictámenes consultivos provinciales ante el Tribunal Supremo, el cual decidió sobre los mismos de manera conjunta en el *Patriation Reference*⁸¹.

El Tribunal Supremo se disponía a analizar el asunto sobre la base de las preguntas sustanciadas ante los tribunales provinciales. Las cuestiones a resolver se agrupaban de tal manera que, por un lado, se discerniría si el proceso de *patriación* afectaba a competencias provinciales y, por otro, si existía alguna obligación legal o convencional de recabar un determinado grado de consenso provincial antes de someter el asunto al Parlamento de Westminster.

La cuestión relativa a la influencia de la *patriación* sobre las competencias provinciales había sido resuelta de manera idéntica por los tres tribunales provinciales, los cuales habían llegado a una respuesta afirmativa. El Tribunal Supremo secundó esta postura al afirmar que las modificaciones constitucionales propuestas por el gobierno federal para su envío al Parlamento del Reino Unido presentaban una característica común: su afectación directa a las relaciones entre la federación y las provincias variando la distribución de poderes legislativos, así como estableciendo una fórmula para cualquier modificación posterior de los mismos⁸².

El aspecto con mayor relevancia residía en la existencia, o no, de alguna obligación legal o convencional en lo relativo al consentimiento provincial. En el campo legal, el Tribunal Supremo no encontró impedimento a una *patriación* unilateral por parte del gobierno federal, si bien dos magistrados discreparon al respecto⁸³. La mayoría del Tribunal convino que el Parlamento federal gozaba del poder necesario para aprobar la petición de *patriación*, al no existir ningún precepto constitucional que limite su capacidad⁸⁴. Por lo tanto, en el plano legal no había ningún requisito que limitara la capacidad del Parlamento federal para iniciar el proceso de *patriación*, así como

⁸¹ *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753.

⁸² *Ibidem*, p. 887.

⁸³ *Ibidem*, pp. 759-760.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 784-786.

tampoco existía impedimento para que el Parlamento del Reino Unido aprobara el mismo⁸⁵. Los magistrados discrepantes encontraban dificultades para conciliar una *patriación* unilateral con el principio federal. Estos entendían que la modificación de la división de poderes suponía una variación de la arquitectura constitucional la cual no podía realizarse sin el consentimiento de las provincias⁸⁶.

Una vez aclarado el aspecto legal, el Tribunal pasó a abordar la posible existencia de una obligación de naturaleza convencional, si bien tres magistrados consideraban que el Tribunal Supremo no debía ir más allá de las consideraciones legales, negando la existencia de convención alguna al respecto de la *patriación*⁸⁷. En este proceso, el Tribunal realizó la teorización sobre convenciones constitucionales más importante hasta la fecha en cualquier estado de tradición británica⁸⁸. Para determinar la existencia de una convención, el Tribunal adoptó la formulación realizada por JENNINGS, la cual consiste en un test de tres preguntas sucesivas⁸⁹. A saber: ¿cuáles son los precedentes?, ¿sentían los actores implicados que estaban obligados por una norma? y, finalmente, ¿existe alguna justificación para existencia de dicha norma?⁹⁰

En lo relativo a la primera pregunta, el Tribunal Supremo realiza un recuento de las normas aprobadas por el Parlamento de Westminster que supusieron una modificación de la Constitución de Canadá, diferenciando entre aquellas que resultaban en una modificación de la distribución de poder entre el nivel federal y el provincial y las que no. Esta diferencia no fue tenida en cuenta por los tribunales de Manitoba y Quebec, siendo la misma determinante para la conclusión final sobre la existencia de una convención relativa al consentimiento provincial⁹¹. De dicho análisis, el Tribunal concluye que todas las modificaciones constitucionales que han alterado la distribución de competencias entre los dos niveles de gobierno han contado con aprobación de las

⁸⁵ *Ibidem*, p. 807

⁸⁶ MATHEN (2011): 158-159.

⁸⁷ *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, p. 849.

⁸⁸ RUSSELL (2011): 71. La importancia de la construcción doctrinal que realizó el Tribunal Supremo de Canadá en el *Patriation Reference* es de tal calibre que la misma fue adoptada por el Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso *Miller* al enjuiciar la posible existencia de una convención constitucional que requiriera el consentimiento de las legislaturas de Escocia y Gales al acuerdo de salida de la Unión Europea. Vid. *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)* [2017] UKSC 5, párrafos 141-151. Al respecto del reconocimiento y justiciabilidad de las convenciones constitucionales por parte del TS de Canadá, vid. OLIVER (2013): 161-187.

⁸⁹ JENNINGS (1959): 136.

⁹⁰ Nótese que en este sentido norma no se refiere a norma jurídica, sino a norma de comportamiento que condiciona una acción.

⁹¹ *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. p. 895.

provincias afectadas, no habiéndose producido ninguna desde la creación de la Confederación contra la voluntad de alguna de ellas⁹².

Determinados los precedentes, procede examinar si los actores implicados –en este caso el gobierno federal– actuaron de manera que se sintieran obligados por la convención. Para dilucidar este aspecto, el Tribunal Supremo recurre al diario de sesiones de los Comunes, así como a documentos parlamentarios de trabajo (*White Papers*) relativos a las modificaciones constitucionales⁹³. Las posturas expresadas en el Parlamento por el gobierno federal, así como por las provincias en las sucesivas rondas negociadoras ponen de manifiesto que existía la conciencia de que era necesario llegar a un acuerdo para proceder con determinadas reformas. En particular, esta necesidad fue evidenciada durante las negociaciones relativas a la *Canadian Bill of Rights* por el entonces Primer Ministro DIEFENBAKER⁹⁴. Esta norma era de una naturaleza similar a la ahora propuesta Carta de Derechos y Libertades, lo cual constituía un claro precedente al respecto. Por lo tanto, los antecedentes demostraban que los actores políticos eran conscientes de la necesidad de recabar la aprobación de las provincias antes de proceder con modificaciones constitucionales que alteren el equilibrio de poderes entre los dos niveles de gobierno. La cuestión que faltaba por resolver era: ¿qué grado de aprobación provincial era el necesario para poder proceder? La necesidad de un acuerdo unánime fue rechazada por el Tribunal pues, si bien los precedentes apuntaban a ello, no parecía que todos los actores implicados se hubieran sentido vinculados por tal norma⁹⁵. De esta manera no se satisfacían todos los requisitos del test de JENNINGS, y, por tanto, no podía entenderse la existencia de una convención constitucional que exigiera la unanimidad provincial. El Tribunal no quiso aventurarse a establecer una regla numérica sobre cómo medir el consenso provincial, limitándose a reseñar que el mismo debía ser sustancial; aspecto que no se cumplía con el concurso de únicamente dos provincias⁹⁶.

Para finalizar con el test de JENNINGS, quedaba por analizar la razón para la existencia de la convención constitucional. Este último aspecto resultó sencillo para el Supremo, el cual no tuvo dudas en señalar el principio federal como razón de ser de la necesidad de obtener un sustancial grado de consenso provincial para realizar una

⁹² *Ibidem*. pp. 892-894.

⁹³ *Ibidem*. pp. 899-903.

⁹⁴ *House of Commons Debates, 24th Parliament, 3rd Session: Vol. 5*, pp. 5648-5649.

⁹⁵ *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. pp. 888-904. Esta afirmación puede resultar controvertida pues, como el propio tribunal enumera en su análisis, numerosas propuestas fueron abandonadas tras constatarse el rechazo de alguna provincia al proyecto.

⁹⁶ *Ibidem*. pp. 904-905.

modificación constitucional que afecte a las mismas⁹⁷. Para el Tribunal, esta convención tenía el objetivo de proteger el carácter federal de la constitución canadiense, evitando el menoscabo del mismo por parte del Parlamento federal⁹⁸. Es necesario resaltar que, desde un primer momento, los magistrados que integraban la mayoría dejaron claro que estas reglas, generalmente no escritas, no podían ser invocadas ante un tribunal para asegurar su cumplimiento, quedando el mismo a la discreción política⁹⁹.

En consecuencia, dado que el gobierno federal estaba facultado legalmente para repatriar de manera unilateral la Constitución y que la convención constitucional que exigía un sustancial consenso provincial no podía ser invocada ante los tribunales, no existía ninguna traba jurídica que impidiera al Parlamento federal proceder de manera unilateral más allá de la crítica política. Sin embargo, el reproche público que dicha acción podía suscitar fue suficiente para que ambas partes volvieran a negociar con el objetivo de llegar a un acuerdo.

A comienzos de noviembre de 1981, las provincias volvieron a reunirse con el gobierno federal con el objetivo de llegar, por fin, a un acuerdo. Tras varias reuniones maratónicas, se llegó a un compromiso en el que ambas partes cedían en sus posicionamientos previos. Las provincias aceptaban la Carta de Derechos y Libertades a cambio de que la misma contuviera una disposición, la cláusula *notwithstanding* –actual artículo 33 Constitución de 1982–, que posibilitara recuperar la soberanía parlamentaria derogando la aplicación de determinados derechos¹⁰⁰. De esta manera, los parlamentos provinciales conservaban la última palabra frente a los tribunales en la aplicación de gran parte de los derechos. Por su parte, el gobierno federal aceptaba la fórmula de reforma propuesta por las provincias, que permitía a las provincias que no estuvieran de acuerdo ejercitar un derecho de retirada o *opt-out*.

El derecho de retirada se encuentra recogido en el artículo 38.3 de la Constitución de 1982, aunque su contenido y significado depende de su concatenación con el apartado segundo del mismo artículo. Este precepto limita el ámbito de aplicación del *opt-out* a aquellas materias regidas por el procedimiento general de reforma que supongan una derogación de competencias, derechos de propiedad o cualquier otra prerrogativa de la que gozan los parlamentos provinciales. Por lo tanto, el derecho de retirada solo es de aplicación cuando una reforma constitucional realizada

⁹⁷ *Ibidem*. pp. 905-908.

⁹⁸ *Ibidem*. p. 908.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 880-881.

¹⁰⁰ SAIZ ARNAIZ (1997): 81. HOGG (2007): 39-3.

por el procedimiento general del artículo 38, ya sea porque afecta a una materia no está contemplada expresamente o porque es una de las que el artículo 42 redirige a dicho procedimiento, suponga una derogación de poderes provinciales. Es decir, cuando esta suponga una transferencia expresa de una competencia provincial al nivel federal –un aspecto que no se produce desde 1964–, no siendo suficiente que la reforma constitucional tenga un mero efecto indirecto en la esfera competencial provincial¹⁰¹. En consecuencia, las modificaciones que no tengan impacto negativo alguno en los poderes provinciales quedan excluidas de la posibilidad de *opt-out*. En el caso de que una reforma constitucional conlleve dicha derogación, un parlamento provincial puede aprobar, por mayoría absoluta, una “*expression of dissent*” mediante la que manifiesta su voluntad de ejercer su derecho de retirada¹⁰². Esta retirada supondría que la enmienda constitucional en cuestión no sería de aplicación para la provincia que ejerza el *opt-out*¹⁰³.

El mecanismo acordado no puede ser entendido como un veto, pues la modificación constitucional entraría en vigor si obtiene el respaldo necesario contemplado en el artículo 38.1 –7 provincias que agrupen al 50% de la población– así como tampoco establecía compensación económica alguna en el caso de que una provincia decidiera ejercitar su derecho de retirada¹⁰⁴. El derecho de compensación fue posteriormente enmendado introduciéndose exclusivamente para materias del ámbito

¹⁰¹PELLETIER (1999): 36-39 es de esta opinión al afirmar que los artículos 38.2 y 3 solo son de aplicación cuando una modificación constitucional afecta directamente a las competencias legislativas provinciales, resaltando la condición difusa de dicho precepto, pues el significado del mismo puede ser discutido como hacen BRUN y TREMBLAY (1990): 260-262, quienes creen el radio de aplicación de dicho precepto se extiende a cualquier reforma que pretenda modificar o eliminar la cláusula *notwithstanding*.

¹⁰² Al requerirse el consentimiento de 7 provincias que agrupen al 50% de la población, el número máximo de provincias que pueden ejercer su derecho de retirada queda limitado a tres, quedando excluida la posibilidad que tanto Ontario como Quebec ejerzan el derecho de forma coordinada pues entre ambas agrupan a más de la mitad de la población de la federación. La exigencia de mayoría absoluta, tanto para la para que un parlamento provincial apruebe una *expression of dissent* como para su posterior revocación, tiene la finalidad de asegurar que cualquiera de estas decisiones cuenta con la aprobación del gobierno de la provincia.

¹⁰³ Cualquier provincia que decida ejercer este derecho tiene la posibilidad de revocarlo en cualquier momento tal como recoge el artículo 38.4 de la Constitución de 1982. En cambio, las provincias que no hayan ejercido el *opt-out* antes de la aprobación de la modificación constitucional pierden esta facultad, siendo la misma de aplicación incluso para aquellas provincias que, aun no habiendo dado su voto afirmativo a la enmienda, no hayan ejercido el derecho de retirada (MONAHAN, SHAW y RYAN, 2017: 201-203).

¹⁰⁴ La negativa federal a incluir un derecho de compensación financiera en caso de ejercer el *opt-out*, aspecto que sí se contemplaba en la fórmula Vancouver, se debía a que TRUDEAU entendía que el mismo podría incentivar a algunos gobiernos a ejercerlo únicamente con la finalidad de obtener dicha compensación, utilizándola como elemento de presión en las negociaciones. Dado que la eliminación de dicha compensación fue una de las principales objeciones esgrimidas por LÉVESQUE para negar su aprobación, el Acuerdo del Lago Meech intentó restaurar la misma en un intento de integrar a Quebec.

educativo y cultural en lo que hoy es el artículo 40 de la Constitución de 1982¹⁰⁵. El derecho de retirada refuerza la flexibilidad del sistema constitucional canadiense, abriendo la puerta a la existencia de asimetrías constitucionales con respecto al modelo de distribución de competencias, permitiendo la existencia de dos sistemas paralelos en los que las provincias que hubiera ejercido la retirada gozarían de un nivel de autogobierno mayor que las que no lo hayan hecho. Aunque nunca se puso en práctica, el derecho de *opt-out* es un mecanismo que podría facilitar el acomodo de Quebec en el seno de la federación al permitir que esta provincia salvaguarde sus competencias sin que ello frustrara una voluntad centralizadora por parte del resto de provincias.

Sobre esta base, el gobierno federal obtuvo la aprobación de 9 de las 10 provincias, tras sumarse Manitoba en el último momento. En lo relativo a la fórmula de reforma, la nueva Constitución no otorgará derecho de veto a Quebec, ni le permitirá obtener compensación alguna en caso de ejercer el derecho de retirada, salvo que esta verse sobre las materias mencionadas anteriormente. Además, se aprueba la Carta de Derechos y Libertades, la cual tendrá un impacto significativo sobre las competencias de Quebec en materia lingüística y de educación¹⁰⁶. Paradójicamente, a pesar de que es fruto de un acuerdo entre las provincias anglófonas –puesto que Quebec se descolgó del acuerdo constitucional– y el gobierno federal, la cláusula *notwithstanding* tendrá un gran potencial para ser un instrumento que permita una progresiva –y lenta– integración de Quebec en el consenso constitucional.

6. EL FRUTO DEL ACUERDO: LA CONSTITUCIÓN DE 1982

Con la aprobación de nueve provincias, el Parlamento federal procedió a solicitar al Reino Unido la *patriación* de la Constitución, quedando Quebec aislada fuera del acuerdo. La magnitud del fracaso negociador de Quebec fue tal que, en lugar de aprobarse una versión en francés de la nueva Constitución, la misma quedó relegada a un anexo en su trámite parlamentario en Reino Unido¹⁰⁷. La Constitución de 1982

¹⁰⁵ Esta previsión tenía la finalidad de evitar que los gobiernos provinciales no ejercieran su derecho de *opt-out* por razones meramente financieras y no, político-constitucionales. Aun así, la limitación de la compensación a materias educativas y culturales suponía una disminución cualitativa con respecto al contenido de la fórmula Vancouver, dónde cualquier transferencia de poderes de las provincias al gobierno federal debía ir acompañada de compensación financiera (HOGG, 2014: 20)

¹⁰⁶ El impacto de la Carta de Derechos y Libertades sobre la materia educativa y lingüística será analizado en diferentes partes de este trabajo, a los que es preciso remitirse en este punto.

¹⁰⁷ BASTIEN (2013): 441-442. Si bien la norma británica alternaba la versión inglesa del texto constitucional con la francesa, la ley de aprobación en francés se contenía en el anexo A.

entró en vigor el 17 de abril de 1982 tras ser firmada por la Reina Isabel II y el Primer Ministro P.E. TRUDEAU en una ceremonia celebrada frente al Parlamento federal en Ottawa. Este hito supuso la emancipación definitiva de Canadá del Reino Unido – manteniéndose la jefatura del Estado en la Reina de Inglaterra dada la condición de monarquía constitucional de Canadá¹⁰⁸–, alcanzando, al fin, una total autonomía en materia constitucional.

6.1. Rasgos principales

La Constitución de 1982 se estructura en torno a dos pilares básicos, la Carta de Derechos y Libertades, piedra angular del texto constitucional, y los procedimientos de reforma constitucional, recogidos en la Parte V de la misma.

Dado que el sistema constitucional de Canadá navega entre el modelo de Westminster propio de la tradición británica y el constitucionalismo continental, la Constitución de 1982 contiene una serie de disposiciones generales que clarifican la naturaleza y valor de la misma. El artículo 52 confiere a la Constitución de Canadá el carácter de norma suprema, debiendo reputarse como inconstitucional cualquier norma contraria a la misma. Esta noción de supremacía se predica de todos los documentos que integran la Constitución, los cuales se encuentran detallados en el anexo que acompaña al texto de 1982¹⁰⁹. Sin embargo, como se verá más adelante, existen dudas sobre si esta enumeración es exhaustiva o si, por el contrario, hay más normas que posean naturaleza constitucional. Dado que la Constitución de Canadá está integrada por varios documentos¹¹⁰, la aprobación de la Constitución de 1982 no supone la sustitución o derogación de la *British North America Act* –ahora renombrada Constitución de 1867–, manteniéndose su plena vigencia¹¹¹. La Constitución de 1982 modifica algunos preceptos de la BNA¹¹², así como la complementa expandiendo la Constitución de Canadá al incorporar un nuevo texto articulado que, entre otros preceptos, incluye la

¹⁰⁸ Sobre la historia de la Corona en Canadá y sus prerrogativas vid. FIRMINI y SMITH (2017): 129-150. La ostentación de la Jefatura del Estado por parte de la Corona ha vuelto a ponerse de actualidad en Canadá tras el contencioso judicial relativo a la reforma de la sucesión para evitar la primacía del varón sobre la mujer (ESCAJEDO SAN EPIFANIO, 2018: 237-243).

¹⁰⁹ Estos son las Constituciones de 1867 y 1982, así como todas las reformas y modificaciones a las mismas, incluidas las normas coloniales que modificaron el ordenamiento constitucional canadiense, a las cuales renombra para convertirlas en normas genuinamente domésticas.

¹¹⁰ Al respecto, vid. artículos 52 y 53 de la Constitución de 1982.

¹¹¹ Sobre los diferentes conceptos de Constitución es de interés la obra clásica de WHEARE (1966).

¹¹² A título de ejemplo, los artículos 50 y 51 de la Constitución de 1982 contenían modificaciones al articulado de la Constitución de 1867, creando el artículo 92A de esta última norma y añadiendo el anexo VI.

Carta de Derechos y Libertades. Ambas normas constitucionales tienen la misma naturaleza jurídica, integrando el núcleo principal de la Constitución de Canadá, sin que existan relaciones de jerarquía o subordinación entre ellas.

Otro aspecto importante es la consagración de la oficialidad de las versiones en inglés y en francés de todos los documentos que integran la Constitución que hace el artículo 56, de manera que ambas versiones gozan del mismo estatus¹¹³. En consecuencia, esta igualdad de autoridad –prescrita por el artículo 57– posibilita que los tribunales acudan a cualquiera de las dos versiones a la hora de interpretar una disposición. Esta facultad facilita la interpretación de disposiciones oscuras, cuyo significado y/o alcance no esté claro en un idioma, pudiéndose recurrir a la otra versión para aclarar el sentido y significado en cuestión.

La entrada en vigor de la Constitución de 1982 también conllevó novedades en la situación de las comunidades indígenas que habitan Canadá desde antes de la colonización europea. El artículo 35 garantiza y afirma la validez de los tratados suscritos con las comunidades indias, Inuit, y Métis¹¹⁴. Dado que este artículo no pertenece a la Carta de Derechos y Libertades, las disposiciones de esta no se aplican al mismo, por lo que su contenido se predica tanto de los poderes públicos como a los ciudadanos privados¹¹⁵. En el mismo sentido, tampoco le son de aplicación los mecanismos limitativos de derechos contenidos en la Carta. El artículo 35 supone el cese de la aplicación de la doctrina de la soberanía parlamentaria a los tratados con las comunidades indígenas, de manera que los Parlamentos no pueden desvincularse unilateralmente de las obligaciones contraídas por medio de los mismos como sucedía con anterioridad a 1982, configurándose este precepto como una garantía constitucional de los derechos contenidos en estos instrumentos¹¹⁶.

La Constitución de 1982 incluyó en su artículo 36 un precepto de naturaleza económica con carácter de desiderátum por el que el gobierno federal se compromete –

¹¹³ Por virtud del artículo 55 se creó una comisión encargada de redactar versiones en francés de aquellos documentos constitucionales, como el caso de la Constitución de 1867 y de las actas de unión de algunas provincias, que se encontraban únicamente en inglés, para así completar una versión consolidada de la Constitución en dicha lengua. Esta labor se completó en 1990.

¹¹⁴ SLATTERY (1987) y (2000) realiza exhaustivos análisis de los numerosos instrumentos normativos donde se contienen dichos tratados, así como sus efectos en el sistema constitucional canadiense.

¹¹⁵ MONAHAN (2002): 497.

¹¹⁶ La aplicación de este artículo en conjunción con los derechos derivados de los tratados concluidos con las diferentes tribus se configura como un límite a la acción gubernamental pudiendo, incluso, resultar en la nulidad de un determinado acto. Este fue el caso del proyecto de expansión del oleoducto TransMountain, anulado por la Corte Federal de Apelación al estimar que el gobierno federal no llevó a cabo debidamente la obligación de consultar a las tribus indígenas que se veían afectadas por el mismo (*Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General - 2018 FCA 153)*).

sin que ello suponga una alteración del sistema de división de poderes– a trabajar con las provincias con el objetivo de promover la igualdad de oportunidades, reducir las desigualdades y proveer de servicios públicos de similar calidad a todos los canadienses. El segundo apartado de dicho artículo supone dotar de rango constitucional al programa de nivelación –*equalization* en inglés o *péréquation* en francés– por el que el gobierno federal se compromete a transferir recursos financieros a las provincias con el objetivo de que estas puedan ofertar servicios públicos similares a un nivel similar de presión impositiva. Las características de este programa y sus efectos sobre el modelo federal serán tratados más adelante en el apartado dedicado al federalismo fiscal.

6.2. La Carta de Derechos y Libertades

6.2.1. *Características generales*

La Carta de Derechos y Libertades integra la Parte I de la Constitución de 1982, estando formada por los artículos 1 a 34. Como documento de naturaleza constitucional le es de aplicación la noción de supremacía antes mencionada, por lo que cualquier norma contraria a la misma debe ser rechazada. La Carta supuso una importante novedad en el sistema constitucional canadiense, pues los derechos pasaban a estar salvaguardados por los tribunales, apartándose de la tradición británica en la que dicha labor correspondía al Parlamento en virtud de la doctrina de la soberanía parlamentaria. En consecuencia, la aprobación de la Constitución de 1982 supone que el sistema constitucional canadiense se configure como una conjunción entre el modelo británico de constitución política construido en torno al principio de soberanía parlamentaria representado por la Constitución de 1867 y el modelo de constitución normativa que caracteriza a la Carta de Derechos y Libertades, por lo que el desarrollo del sistema constitucional canadiense se mueve basculando entre los dos principios o concepciones constitucionales.

Los derechos contenidos en la misma son de aplicación a los poderes legislativo y ejecutivo –incluidos los órganos administrativos– tanto federales como provinciales tal como queda recogido en el artículo 32 de la misma, por lo que queda excluida su aplicación horizontal entre particulares¹¹⁷. Además, la Carta introducía en el

¹¹⁷ Esta cuestión fue confirmada por el Tribunal Supremo en *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573 donde el Tribunal Supremo hace suya la interpretación defendida por HOGG (1985): 674-675.

ordenamiento constitucional nuevos valores con rango constitucional como el multiculturalismo¹¹⁸ –artículo 27– o el bilingüismo –artículo 16–.

La Carta se encuentra encabezada por la cláusula limitativa del artículo 1, la cual supedita los derechos contenidos a los límites razonables propios de una sociedad libre y democrática. Esta previsión encierra la voluntad del constituyente de transmitir que los derechos no son absolutos y que, por tanto, deben ser limitados ante determinadas circunstancias para proteger bienes superiores. Sin embargo, es importante destacar que la Carta no precisa estos límites como sucede en otros instrumentos de similar naturaleza¹¹⁹, sino que corresponde a los tribunales su determinación¹²⁰.

Los derechos recogidos en la Carta de Derechos y Libertades pueden ser agrupados en seis categorías diferentes según la naturaleza de estos¹²¹. En un primer grupo, se encuentran las libertades fundamentales, recogidas en el artículo 2, que protegen la libertad de conciencia y religión, de expresión y prensa, así como las de reunión y asamblea. La segunda categoría agrupa los derechos democráticos, artículos 3 a 5 de la Carta, donde se recoge el derecho de sufragio en las elecciones federales y provinciales –artículo 3–, se fija la duración máxima de las legislaturas en 5 años –artículo 4– así como se establece un mínimo de un periodo de sesiones al año –artículo 5–. Los derechos de movilidad se encuentran en el artículo 6, el cual otorga a toda persona que ostente la condición de ciudadano la libertad para entrar, permanecer o salir de Canadá. Además, dicho artículo también garantiza la libertad de movimiento y residencia con fines industriales dentro de Canadá, derechos que extiende a los residentes permanentes. La cuarta categoría es la formada por los artículos 7 a 14 de la Carta donde encontramos los derechos legales. En el artículo 7, se encuentran los derechos a la vida, libertad y seguridad, mientras que los artículos 8 a 14 recogen

¹¹⁸ Sobre la relación entre el multiculturalismo y la Carta vid. STEIN et al. (2007).

¹¹⁹ En el CEDH los límites a los derechos se encuentran recogidos en la propia regulación de estos, si bien el significado y alcance del concepto de “sociedad democrática” como límite ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el TEDH. En este sentido vid., entre otros, STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside* c. Reino Unido, STEDH de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass* y otros, STEDH de 19 de febrero de 1998, caso *Bowman* c. Reino Unido o STEDH de 24 de noviembre de 1993, caso *Informationsverein Lentia* y otros c. Austria. Para un análisis de los derechos recogidos en el CEDH, y de cómo se articulan los límites a los mismos, es de gran interés la obra colectiva editada por GARCÍA ROCA y SANTOLAYA (2005). Por su parte, la *Bill of Rights* de los Estados Unidos no contiene limitación alguna.

¹²⁰ Sobre el alcance de la cláusula limitativa del artículo 1 se puede consultar HIEBERT (1990): 103-134. Por su parte, BREDT y DODEK (2001): 175-188 critican la progresiva pérdida de importancia de este artículo, admitiéndose una mayor restricción de los derechos garantizados por la Carta que en los primeros años de vigencia de la misma.

¹²¹ Dado que el objetivo de este trabajo no es desgranar el contenido exhaustivo de estos derechos ni la vasta interpretación judicial realizada, únicamente se presenta una breve clasificación de los mismos. Para un análisis detallado de estos y de la interpretación que los tribunales han llevado a cabo vid. HOGG (2013): 36-57 y SHARPE y ROACH (2017).

derechos y garantías relativas al proceso penal, como la prohibición de tratos degradantes o el derecho a un abogado o intérprete. Estos derechos son los que más frecuentemente han sido invocados ante los tribunales, generando una rica jurisprudencia al respecto¹²². Los artículos 15 y 28 componen la categoría de derechos de igualdad. El artículo 15 recoge la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, prohibiendo la discriminación por motivos de raza, nacionalidad, etnia, religión, sexo, edad o discapacidad. Estos derechos se encuentran completados por la cláusula del artículo 28, que garantiza la igualdad entre hombres y mujeres, exceptuando este derecho de la posible aplicación de la cláusula *notwithstanding* del artículo 33 que se tratará seguidamente. Finalmente, la Carta contempla una serie de derechos lingüísticos en los artículos 16 a 23. En los mismos se establece la igualdad entre las dos lenguas oficiales de Canadá, las cuales también lo son de la provincia de Nuevo Brunswick, así como se establecen obligaciones relativas al bilingüismo en la actividad parlamentaria y la publicación de textos oficiales. Dentro de los derechos lingüísticos, concretamente en el artículo 23, también se encuentran una serie de derechos educativos en la lengua de la minoría, ya sea le francés o el inglés, que serán abordados en profundidad más adelante, así como la no vigencia de parte de los mismos en relación con la provincia de Quebec.

6.2.2. *Un mecanismo singular: la cláusula notwithstanding*

Con el objetivo de superar los temores provinciales a que la interpretación judicial de los derechos contenidos en la Carta llevara a una disminución de las competencias de las provincias, se introdujo una técnica novedosa, la cláusula *notwithstanding* o *clause dérogatoire*¹²³.

La cláusula *notwithstanding* es mecanismo de integración regional específico de Canadá, puesto que no tiene réplica en ningún otro país del mundo¹²⁴. Este mecanismo,

¹²² Los capítulos 13 y 14 de la obra de SHARPE y ROACH (2017) ofrecen un detallado análisis de la misma. Por su parte, HIEBERT (2002): 91-161 muestra como la misma ha influido en el proceso legislativo en relación con los delitos de violencia sexual, la utilización del ADN y las órdenes de registro.

¹²³ También llamada en francés *clause nonobstant*, lo cual ha resultado en que este término haya sido traducido al castellano como cláusula no obstante o disposición derogatoria. Aunque la *notwithstanding* tal como está recogida en la Carta es un mecanismo inédito en el constitucionalismo canadiense, la misma está inspirada en un mecanismo de naturaleza similar contenido en la *Canadian Bill of Rights*, cuya invocación permitía que una norma operara sin verse afectada por el contenido de la misma.

¹²⁴ Israel (artículo 8 de la *Basic Law: Freedom of Occupation* (1994)), Jamaica (artículo 50) y Sudáfrica (artículo 37) contemplan mecanismos similares. A nivel sub-estatal sí existe una norma similar, caso del artículo 31 de la *Charter of Human Rights and Responsibilities Act* [Act No. 43/2006] del estado australiano de Victoria, la cual es de clara inspiración en la canadiense al compartir elementos como la duración de la suspensión o la posibilidad de renovación. En Canadá, las cartas de Alberta, Saskatchewan y Quebec contienen mecanismos similares. Las constituciones de Portugal (1982, artículos 278 y 219) y

recogido en el artículo 33 de la Carta, permite que un Parlamento, ya sea el federal o uno provincial, exceptúe la aplicación de una serie de derechos sin necesidad de ninguna justificación al respecto¹²⁵. Esta cláusula se configura como una válvula de escape con el objetivo evitar el estallido del sistema constitucional. De esta manera se permite restaurar la soberanía parlamentaria mientras se produce un enfriamiento de la tensión durante el periodo de aplicación de la cláusula *notwithstanding* con la esperanza de que el paso del tiempo ayude a reconducir la situación y permita solucionar el conflicto¹²⁶. En otras palabras, este mecanismo está diseñado para proteger la autonomía de los parlamentos provinciales de posibles interpretaciones centralizadoras de la Carta¹²⁷.

Únicamente pueden ser exceptuados las libertades fundamentales (artículo 2), los derechos legales (artículos 7 a 14) y los derechos de igualdad (artículo 15)¹²⁸. Por lo tanto, queda excluidos del alcance de la *notwithstanding* los derechos de participación política (artículos 3 a 5), los de movilidad (artículo 6), los derechos lingüísticos (artículos 16 a 23), la igualdad entre sexos (artículo 28) así como las disposiciones relativas a la aplicación y tutela de los derechos contenidos en la Carta. En consecuencia, cualquier restricción estas disposiciones por virtud del artículo 33 será nula de pleno derecho¹²⁹. El artículo 33 tiene una duración determinada por la Constitución –apartado (3)– expirando el mismo a los 5 años de su entrada en vigor. Una vez transcurra dicho periodo, es posible renovarlo durante otros 5 años siguiendo lo dispuesto en los artículos 33 (4) y (5). La Constitución guarda silencio sobre ulteriores renovaciones, aunque se entiende que una segunda renovación tiene el mismo efecto que la declaración inicial efectuada en virtud de la subsección (1) del artículo 33¹³⁰. La cláusula *notwithstanding* despliega sus efectos desde la entrada en vigor de la norma que la incorpora, no siendo posible su aplicación retroactiva tal como ha confirmado el

Rumanía (1991, artículo 141.1) poseen mecanismos indirectos con efectos similares a los de la cláusula *notwithstanding*.

¹²⁵ KAHANA (2001): 255-291.

¹²⁶ HIEBERT (2006): 11.

¹²⁷ CHACÓN PIQUERAS (1996): 139.

¹²⁸ Los derechos que pueden ser objeto de la cláusula *notwithstanding* también fueron objeto de conflicto entre TRUDEAU y CHRÉTIEN, pues el primero se negaba a que dicho mecanismo afectara a las libertades fundamentales del artículo 2. TRUDEAU acabó finalmente aceptando su aplicación al artículo 2 a condición de que la aplicación estuviera limitada 5 años renovables mediante declaración expresa.

¹²⁹ Como señala ST-HILAIRE (2017): 12, el modelo de división de poderes no puede ser suspendido y/o alterado mediante este mecanismo, ya sea de manera directa o indirecta.

¹³⁰ La provincia de Quebec ha renovado el uso de cláusula *notwithstanding* en materia educativa y de pensiones más de una vez sin que se hayan suscitado problemas sobre la constitucionalidad de dichas renovaciones.

Tribunal Supremo¹³¹. Para HOGG¹³² y WEINRIB¹³³ la imposibilidad de aplicación retroactiva supone un incentivo al uso del artículo 33 debido a que el legislador puede incluir la cláusula como medida de precaución para evitar que una sentencia contraria suponga la inaplicación de los efectos desplegados por el precepto en cuestión. Permitir la aplicación retroactiva posibilitaría que el legislador solo recurriera a este mecanismo constitucional en caso de una decisión judicial desfavorable con el objetivo de limitar sus efectos. Aun así, como se tratará posteriormente, la práctica constitucional canadiense demuestra que el uso de la cláusula *notwithstanding* es muy limitado. La limitación a cinco años, renovables, del periodo de aplicación de la *notwithstanding* responde a la intención de forzar al parlamento que haya decidido su aplicación a reconsiderar su decisión, con el objetivo de reconducir la situación y reducir la tensión. La fijación del plazo en cinco años supone acotar la vigencia de la disposición derogatoria al periodo máximo que puede durar una legislatura tal como establece el artículo 4.1 de la Carta. Ello implica que cualquier hipotética renovación deba ser abordada, tras un proceso electoral, por un parlamento diferente al que la aprobó, posibilitando que los ciudadanos juzguen la oportunidad y necesidad del recurso a la cláusula *notwithstanding*.

La declaración mediante la que se introduce la cláusula *notwithstanding* en un instrumento legislativo tiene que ser expresa¹³⁴, no siendo posible inferirlo del hecho de que la norma contradiga a la Carta. Por lo tanto, estamos ante un requisito formal para la utilización del artículo 33, que puede ser controlado judicialmente¹³⁵. Un elemento a tener en cuenta en relación con la aplicación de la cláusula *notwithstanding* es el hecho de que solo es aplicable a leyes y no a la legislación secundaria. La razón de ser de dicha afirmación reside en la necesidad de que la cláusula figure en la norma a la que afecta. Tal como señala GIBSON, si la misma pudiera afectar a legislación secundaria podría ser incluida en esta prescindiendo de debate parlamentario alguno, pudiendo el gobierno de turno decidir unilateralmente sin necesidad de contar con el respaldo mayoritario de la asamblea legislativa de la provincia o del Parlamento federal, según el

¹³¹ *Ford v. Quebec (A. G.)*, [1988] 2 S.C.R. 712, p. 744.

¹³² HOGG (2007): 39-7.

¹³³ WEINRIB (1990): 559.

¹³⁴ Este requisito queda patente en el texto de la Carta de Derechos y Libertades, donde el artículo 33 es titulado *Exception where express declaration* o *Dérogation par déclaration expresse*.

¹³⁵ *Ford v. Quebec* p. 740. En sentido contrario, SLATTERY (1983): 391-397 y ARBESS (1983): 121-131 sostienen que la aplicación de la cláusula *notwithstanding* debe someterse a los límites de razonabilidad y proporcionalidad prescritos por el artículo 1 de la Carta.

caso¹³⁶. Además, estaríamos ante la inaplicación de una norma de rango constitucional por parte de legislación secundaria lo cual sería una violación flagrante del sistema de fuentes.

Además de ser expresa, la declaración debe especificar los derechos afectados, no siendo válida una mera mención a la Carta como norma a exceptuar. En cambio, sí es posible una referencia ómnibus a los derechos susceptibles de derogación tal como afirmo el Tribunal Supremo al entender válida la referencia genérica realizada por Quebec en 1982 a todos los derechos que son susceptibles de exceptuación¹³⁷. Esta posición no es compartida unánimemente por la doctrina. WEINRIB discrepa al entender que no se están exceptuando derechos o una determinada aplicación de los mismos, sino que realmente lo que se está exceptuando es la Carta en sí, es decir, se está intentando generar el efecto de desvincularse al máximo posible del texto constitucional de 1982. Para esta autora, no caben declaraciones generales y abstractas, pudiéndose únicamente exceptuar derechos de manera concreta siendo necesaria una justificación del porqué de tal decisión¹³⁸.

La cláusula *notwithstanding* es un claro ejemplo de cómo el sistema constitucional canadiense navega entre la revisión judicial propia de la tradición estadounidense o europeo-continental, donde los tribunales tienen la última palabra, y la soberanía parlamentaria propia de los modelos de base británica donde el Parlamento es el último intérprete de la Constitución. El mecanismo del artículo 33 sitúa a Canadá en una posición intermedia combinando la revisión judicial con la garantía de los derechos por parte del Parlamento. El sistema canadiense tiene el efecto de prevenir contra un exacerbado activismo por parte de los tribunales –evitando también la presión y el desprestigio de estos¹³⁹–, así como contra decisiones que puedan ser consideradas como injustas o cuyos efectos sean percibidos como perjudiciales para la sociedad canadiense pues dichas decisiones pueden ser temporalmente inaplicadas por los parlamentos invocando el artículo 33. Esta soberanía parlamentaria tampoco es absoluta pues se encuentra limitada tanto en el objeto, al ser solo de aplicación a unos determinados derechos, como en el tiempo pues solo tiene vigencia durante cinco años, si bien la

¹³⁶ GIBSON (1986): 127-128.

¹³⁷ Ford v. Quebec p.741.

¹³⁸ WEINRIB (1990): 558.

¹³⁹ La existencia de un mecanismo como el de la cláusula *notwithstanding* en los EE.UU., paradigma del activismo judicial, hubiera evitado la amenaza del Presidente Roosevelt de aumentar el número de miembros del Tribunal ante el riesgo de que su legislación de *New Deal* fuera declarada contraria a la Constitución.

declaración puede ser renovada. Además, como se ha resaltado, las posibles renovaciones deben ser aprobadas por parlamentos diferentes por lo que el recurso a la *notwithstanding* será juzgado electoralmente por la sociedad.

Una vez analizado el contenido y significado de este mecanismo, la cuestión que surge es, ¿qué lleva a un sistema constitucional a adoptar un mecanismo tan extremo como la cláusula *notwithstanding*? La génesis de la misma se remonta a las reuniones intergubernamentales celebradas en noviembre de 1981¹⁴⁰. Ante la situación de bloqueo provocada por el rechazo de la mayor parte de las provincias a la Carta, CHRÉTIEN – ministro federal de justicia– se citó con los fiscales generales de Ontario y Saskatchewan en busca de un compromiso –posteriormente denominado *Kitchen Accord*– que permitiera continuar con el proceso de *patriación*. En esta reunión, se trazaron las líneas maestras de la cláusula *notwithstanding*, la cual permitía combinar un sistema con derechos garantizados judicialmente con un mecanismo de último recurso que permitiera a la soberanía parlamentaria corregir una eventual extralimitación judicial a la hora de interpretar la Carta, posibilitando a los gobiernos provinciales desligarse temporalmente de las mismas. El recelo provincial hacia la Carta encerraba un temor a que el activismo judicial desnaturalizara el modelo de distribución de competencias, ampliándose los poderes federales a costa de los provinciales por vía judicial, relegando la actividad parlamentaria a un segundo plano¹⁴¹. El objetivo de CHRÉTIEN era buscar un equilibrio entre la independencia judicial y la soberanía parlamentaria, de manera que un Parlamento pudiera recurrir a la *notwithstanding* en situaciones límite y así evitar una crisis constitucional.

Otro factor que contribuyó de forma decisiva a la aprobación de la cláusula *notwithstanding* fue el dictamen del Tribunal Supremo relativo a la *patriación*, puesto que situó a los actores políticos en una encrucijada. El gobierno federal ansiaba la consecución de la plena soberanía constitucional, siendo la Carta de Derechos y Libertades una pieza esencial de la misma. Si bien legalmente podía proceder de manera unilateral, ello supondría quebrar una convención constitucional reconocida por el Tribunal Supremo, lo que desataría una crisis constitucional sin precedentes entre el nivel federal y el provincial. Por su lado, las provincias se enfrentaban al mismo dilema. Si no daban su consentimiento al proyecto, existía el riesgo de que el gobierno federal

¹⁴⁰ ROMANOW, WHYTE y LEESON (1984):193-212 rememoran en su obra los acontecimientos que desembocaron en la introducción de la cláusula *notwithstanding*.

¹⁴¹ MORTON (1995): 177-183.

procediera unilateralmente, con el consiguiente conflicto que ello generaría, o que el proyecto acabara fracasando sin que se aprobaran aspectos de interés para las provincias como la constitucionalización del programa de nivelación o la fórmula de reforma.

La inclusión de la cláusula *notwithstanding* desbloqueó las negociaciones sobre el texto constitucional, posibilitando la aceptación provincial de la Carta y el acuerdo sobre la fórmula de reforma¹⁴². A pesar de ello, esta inclusión generó tensiones entre P.E. TRUDEAU y CHRÉTIEN, debido a la oposición del Primer Ministro a cualquier medida que debilitara la aplicación de la Carta¹⁴³. Las reticencias de TRUDEAU se quebraron al constatar que aceptar la cláusula *notwithstanding* era imprescindible para concluir el proceso con éxito, pues, sin la misma, la Carta no sería aceptada por las provincias, especialmente tras el apoyo a esta disposición del Premier de Ontario Bill DAVIS¹⁴⁴.

Como era de esperar, la introducción de la cláusula *notwithstanding* no estuvo exenta de críticas, especialmente por su condición de mecanismo mayoritario, cuya aplicación puede resultar lesiva para los derechos de la minorías. WHYTE, el principal exponente de esta corriente, entendía que la misma podía ser utilizada como una herramienta de opresión hacia minorías poco populares, especialmente aquellas percibidas como peligrosas, abogando por su eliminación¹⁴⁵. Estas objeciones fueron contestadas por RUSSELL quien, al igual que la mayor parte de la academia canadiense¹⁴⁶, se muestra partidario de preservar *notwithstanding* –sin descartar algunas reformas formales en lo relativo al procedimiento de aplicación– pues este mecanismo se configura como un sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*) ante

¹⁴² LEESON (2000): 3-4.

¹⁴³ HIEBERT (2010): 110 evoca el rechazo de P.E. TRUDEAU a la cláusula *notwithstanding* debido a que no casaba con su ideal de justicia. La visión de CHRÉTIEN queda ejemplificada en la entrevista realizada por FAGUY (2012), donde recuerda sus impresiones durante aquellos días.

¹⁴⁴ DAVIS era, junto al Premier de Saskatchewan, Richard HATFIELD, uno de los pocos líderes provinciales que no se oponían a la Carta antes del *Kitchen Accord*, por lo que su aceptación de la *notwithstanding* fue decisivo para que TRUDEAU transigiera con la misma.

¹⁴⁵ Entre otras, WHYTE (1990): 354-357 incluía a los partidarios de la secesión, un aspecto que la práctica constitucional ha contradicho pues han sido precisamente estos los que más veces han hecho uso de la *notwithstanding*. También son críticos con este mecanismo SCOTT, S. (1982a): 287-303, LASSELVA (1983): 383-398 o ALBERT (2008): 1037-1069, siendo este último de la opinión que la cláusula derogatoria languidece al haber sido incapaz de alcanzar los objetivos para los que fue diseñada.

¹⁴⁶ Entre los favorables a la cláusula *notwithstanding* destacan WEILER (1984): 51-92, SLATTERY (1987): 727-783, WEIRIB (1990): 541-571, HOGG y BUSHELL (1997): 75-124, KAHANA (2002): 221-274 o HIEBERT (2004): 169-189.

posibles situaciones donde sea aconsejable limitar, aunque sea temporalmente, la acción del poder judicial¹⁴⁷.

Además, RUSSELL ponía de manifiesto una cuestión capital, como eran las consecuencias negativas para el acomodo de Quebec en el seno de la federación que podrían resultar de una eliminación de la *notwithstanding* pues dicho mecanismo, como se verá más adelante, se ha configurado como una herramienta útil para la integración de la diferencia quebequesa dentro de Canadá; no porque la comunidad *québécoise* se oponga al contenido y aplicación de los derechos de la Carta, sino porque la misma es partidaria de mantener un mecanismo que permite asegurar sus valores nacionales en situaciones extremas¹⁴⁸. Esta cuestión es especialmente importante pues, la *notwithstanding* no fue introducida como un mecanismo pensado para acomodar a Quebec, sino que respondía a la voluntad de paliar los temores provinciales, fundamentalmente de las provincias anglófonas, ante una posible interpretación judicial de la Carta de carácter centralizador¹⁴⁹. Ha sido su desarrollo y evolución posterior la que lo ha consolidado como una herramienta de acomodo e integración de lo que representa la diferencia quebequesa dentro de la diversidad de la federación canadiense.

6.3. Los procedimientos de reforma constitucional

Junto a la Carta, el otro pilar de la Constitución de 1982 era la inclusión de un mecanismo doméstico de reforma, poniéndose fin a la competencia del Parlamento de Westminster sobre esta materia. Con la *patriación*, se establecieron cinco mecanismos de reforma diferentes, en función de las materias afectadas y/o las partes implicadas¹⁵⁰.

El mecanismo general –artículo 38–, comúnmente denominado fórmula 7/50¹⁵¹, requiere la aprobación de dos tercios de las provincias que agrupen al menos al 50% de la población de Canadá, así como el voto afirmativo de las dos cámaras del Parlamento

¹⁴⁷ RUSSELL (1990): 301-302. El propio RUSSELL (2007) ha identificado una serie de casos donde, ante decisiones –en su opinión difíciles de aceptar (*difficult to swallow*)– del Tribunal Supremo, hubiera creído justificado el uso de la cláusula *notwithstanding*.

¹⁴⁸ RUSSELL (1990): 306. En este sentido, piénsese en la invocación del artículo 33 como respuesta al caso *Ford* cuya aplicación gozó de un apoyo mayoritario en la provincia de Quebec.

¹⁴⁹ Estos temores se fundamentan en la idea de que la revisión judicial a partir de la Carta de Derechos y Libertades puede derivar tanto en una mayor centralización del sistema de división de competencias –atribuyendo poderes provinciales al gobierno federal– como en un aumento del grado de uniformidad al aplicar los tribunales estándares uniformes que limiten la capacidad provincial de adoptar políticas diferenciadas, reduciendo la diversidad propia del sistema federal (WOEHLING, 2014: 118-121).

¹⁵⁰ Un análisis pormenorizado y detallado de todos los procedimientos de reforma, así como de las fórmulas que se barajaron con anterioridad a la aprobación de la Constitución de 1982 puede encontrarse en PELLETIER (1996). También es de interés BRUN y TREMBLAY (1990): 213-239.

¹⁵¹ Dado que en Canadá se encuentra dividida en diez provincias, dos tercios de las mismas hacen un total de siete.

federal. En el artículo 42 se recogen una serie de materias cuya reforma debe seguir el procedimiento general de la fórmula 7/50¹⁵². La razón de ser de esta enumeración reside en que sobre dichas materias no fue posible alcanzar un acuerdo entre el gobierno federal y las provincias durante el proceso de *patriación* constitucional. Por lo tanto, las mismas quedaron expresamente sometidas al mecanismo general con el objetivo de que, en un futuro, se aborde su reforma.

De la fórmula general de reforma quedan exceptuadas una serie de materias especialmente protegidas, cuya modificación requiere la unanimidad provincial. Las materias cuya reforma exige unanimidad están recogidas en el artículo 41 de la Constitución de 1982 y son las siguientes: La Reina, el Gobernador General o los Tenientes Gobernadores provinciales, la garantía que toda provincia tendrá al menos el mismo número de miembros en los Comunes que en el Senado, el uso del francés y el inglés, la composición del Tribunal Supremo y la reforma del propio artículo 41.

En el caso de que la reforma afecte únicamente a una o varias provincias, solo será necesario el acuerdo de estas, junto con el Parlamento federal, tal como contempla el artículo 43. En este procedimiento se incluyen modificaciones tales como la alteración de los límites interprovinciales o de las lenguas oficiales a nivel provincial.

El Parlamento federal puede, siguiendo lo dispuesto en el artículo 44, llevar a cabo modificaciones constitucionales de manera unilateral, siempre que no se afecten materias sometidas expresamente a otros mecanismos de reforma cuando las mismas afecten exclusivamente a preceptos relativos al ejecutivo o las cámaras del Parlamento federal.

Finalmente, en el artículo 45 se contempla un mecanismo unilateral para la reforma de las constituciones provinciales¹⁵³. Esta disposición se configura como un reverso del artículo 41 pues es de aplicación en todas aquellas modificaciones de la Constitución provincial que no estén regidas por el mismo¹⁵⁴. También quedan

¹⁵² Estas materias son (a) el principio de representación proporcional en los Comunes; (b) los poderes del Senado y el método de selección de los senadores; (c) el número de senadores que corresponde a cada provincia, así como los requisitos de residencia de los senadores; (d) sujeto a lo dispuesto en el artículo 41(d), el Tribunal Supremo; (e) la ampliación de las provincias a los territorios; y (f) la creación de nuevas provincias.

¹⁵³ Nótese que, como señala MORIN (1985): 173, no existe un concepto formal de Constitución provincial. Sobre su contenido material vid. CASTELLÁ ANDREU (2014): 287-291 y ROWE y COLLINS (2016): 297-314 quienes detallan la multitud de fuentes, tanto escritas como no, que las integran.

¹⁵⁴ PELLETIER (1999): 11.

exceptuadas de este mecanismo aquellas disposiciones de las constituciones provinciales que forman parte de la Constitución de Canadá¹⁵⁵.

En relación con los procedimientos de reforma constitucional, es de destacar que, a tenor del artículo 46, estos pueden ser iniciados por cualquier cámara del Parlamento federal o por la Asamblea Legislativa de una de las provincias¹⁵⁶. Además, el artículo 47 otorga al Senado un veto suspensivo, el cual puede ser superado por los Comunes tras 180 días con la re-aprobación del texto original.

7. LA BATALLA CONTINÚA: EL VETO REFERENCE Y EL FIN DE LA CONCEPCIÓN DUAL DEL ORIGEN DE LA CONFEDERACIÓN

El gobierno de Quebec transmitió su rechazo formal a la *patriación* mediante el Decreto 3214-81, en el cual expresaba su condena a que se hubiera producido sin el apoyo de Quebec, condición que dicho gobierno entendía como indispensable. El decreto concluía con una provisión en la que comunicaba al Parlamento federal y a los gobiernos de las otras provincias que Quebec vetaba la resolución aprobada. Además, para redundar en el rechazo a su exclusión del proceso de *patriación*, la Asamblea Nacional aprobó una ley al respecto mediante la que introducía la cláusula *notwithstanding* del artículo 33 de la Carta en todas sus leyes como forma de defender sus competencias y protestar ante la inclusión de la Carta de Derechos y Libertades en el nuevo texto constitucional¹⁵⁷.

Ahora bien, ¿existía jurídicamente este derecho de veto que Quebec pretendía ejercer y que el gobierno federal se negaba a reconocer? La cuestión se acabó dirimiendo en los tribunales tras solicitar la provincia francófona un dictamen al respecto a la *Cour d'Appel*, el cual, en tanto desfavorable, fue recurrido ante el Tribunal Supremo.

La provincia de Quebec cuestionaba sobre la existencia de una convención constitucional que hiciera necesario su consentimiento expreso a una modificación constitucional, dado que la misma suponía cambios en su capacidad legislativa, así como en su posición en la federación. El gobierno quebequés fundamentaba esta necesidad en la consideración de Quebec como una sociedad distinta dada sus

¹⁵⁵ Este sería el caso de las reformas de los artículos 63, 65, 68, 71-80, 83-41 y 87 relativos a Quebec, los artículos 64 y 88 en relación con Nueva Escocia y Nuevo Brunswick y los artículos 69 y 70 concernientes a Ontario.

¹⁵⁶ Se exceptúa la reforma unilateral de las constituciones provinciales, las cual compete de manera exclusiva a la Asamblea Legislativa de la provincia en cuestión.

¹⁵⁷ *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, 1982 c. 21.

características lingüísticas e históricas. El gobierno de LÉVESQUE aludía a una concepción dual de la Confederación como fundamento de su pretensión, es decir, recurría a la *Compact Theory* como narrativa del origen de Canadá. En consecuencia, si la Confederación había sido creada gracias a un acuerdo entre pueblos, cualquier cambio en la estructura constitucional de la misma debía renovar dicho consenso.

El Tribunal rechazó estos argumentos reduciendo la concepción dualista de la federación a un mero reconocimiento de la existencia de dos comunidades lingüísticas en Canadá, las cuales gozan de protección constitucional¹⁵⁸. Esta afirmación supone la defunción de la *Compact Theory*, al rechazar que el origen de la Confederación resida en el acuerdo entre dos pueblos diferentes, el anglófono protestante y el francófono católico. La negación del dualismo canadiense conlleva la imposición de una visión nacionalista anglófona de los orígenes de la Confederación, muy cercana a los planteamientos de MACDONALD. Cabe recordar que la adopción del modelo federal para Canadá se basó precisamente en esa concepción dual, de manera que fuera posible asegurar los derechos y autogobierno de las dos comunidades. Esta idea es la que llevó a rechazar el modelo centralizador de unión legislativa patrocinado por MACDONALD. Dicho modelo hubiera conducido a una dilución de la cultura francesa en un *melting pot* de naturaleza similar al estadounidense. También resulta llamativo que la referencia que el Tribunal Supremo hace al dualismo como expresión de la diversidad lingüística de Canadá haga mención a la provincia de Manitoba, la cual ha incumplido sus obligaciones lingüísticas con la comunidad francófona durante un siglo¹⁵⁹.

Una vez restringido el alcance del dualismo canadiense, el Tribunal Supremo procedió a evaluar la posibilidad de que existiera una convención constitucional que requiriera el consentimiento de Quebec para aprobar una modificación constitucional. La posible existencia de la misma únicamente puede fundamentarse en dos hipótesis: la necesidad de unanimidad para llevar a cabo una reforma o la existencia de un derecho de veto propio de Quebec. La primera ya quedó rechazada en el *Patriation Reference*, en cuanto no quedó probada la existencia de una convención que requiriera el consentimiento unánime de las provincias por lo que el Tribunal se remite a lo expuesto en el mismo¹⁶⁰. La segunda consistiría en la existencia de una convención constitucional

¹⁵⁸ *Re: Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, p. 812.

¹⁵⁹ En el *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, el Tribunal Supremo constató que la provincia de Manitoba venía incumpliendo la obligación de publicar sus leyes y acuerdos tanto en francés como en inglés.

¹⁶⁰ *Re: Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, pp. 807-808.

que otorgara un derecho de veto en materia de reforma constitucional a la provincia de Quebec. Al igual que en el *Patriation Reference*, el Tribunal recurrió al test de JENNINGS para determinar la existencia, o no, de la citada convención constitucional.

La aplicación de este test condujo al Tribunal Supremo a rechazar la pretensión de Quebec. Si bien existen precedentes en los que no se han producido modificaciones constitucionales sin el consentimiento de Quebec, ni de ninguna otra provincia, no se ha podido demostrar que los actores implicados actuaran en los mismos con base a una regla que otorgara dicho poder de veto a la provincia francófona¹⁶¹. De esta manera, el Tribunal impone un estándar más elevado que en el *Patriation Reference*, donde estimó que era posible decidir la aceptación de una regla de la mera práctica constitucional¹⁶². Por lo tanto, al no satisfacerse este requisito esencial, el Tribunal Supremo rechazó la existencia de cualquier convención constitucional en este sentido.

Al concluir que no se satisfacen los requisitos del test de JENNINGS, los magistrados decidieron no abordar el fondo del asunto, lo cual hubiera permitido clarificar la cuestión y podría haber reducido el sentimiento de rechazo generado en Quebec, así como el descrédito hacia el propio Tribunal Supremo¹⁶³. Como afirma GAUDREAU-DESBIENS, hubiera sido perfectamente posible rechazar la pretensión de veto de Quebec con base en el principio de federalismo, en lugar de pasar de puntillas por el asunto¹⁶⁴. Dicho rechazo podía haber sido mantenido sin necesidad de defenestrar la *Compact Theory* como teoría sobre el origen de la Confederación, así como negar la caracterización de Quebec como una sociedad distinta. La concepción de Canadá como pacto entre pueblos supone una igualdad entre los mismos, así como el respeto a las características propias de cada uno. Dichas características van más allá de la lengua, aspecto que el Tribunal Supremo se niega a reconocer en el *Veto Reference*.

El Tribunal Supremo podía haber aprovechado la ocasión para realizar un ejercicio de pedagogía jurídica, en el que se expusieran de manera clara las razones que impedían la existencia de un derecho de veto por parte de Quebec. Hubiera sido posible reconocer a Quebec como sociedad distinta, diferente de las demás provincias, sin que ello implicara que dicha concepción supusiera un mayor poder en materia constitucional que el de las otras provincias. La concepción de sociedad distinta podía haberse limitado

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 814-815.

¹⁶² GAUDREAU-DESBIENS (2011): 85.

¹⁶³ Esta institución pasó a ser denominada por parte de la sociedad quebequesa como *la Cour des Autres* (el Tribunal de los otros) en referencia a la mayoría anglófona de Canadá.

¹⁶⁴ GAUDREAU-DESBIENS (2011): 86.

al ámbito interno, en relación con sus propias competencias en aspectos clave como la educación, la lengua o la cultura. Dicha característica no tendría efectos externos, es decir, hacia otras provincias, de manera que Quebec se configuraría como una provincia distinta de las demás, pero no más poderosa que estas. El modelo federal supone tanto la no subordinación de las provincias al gobierno federal, como la no subordinación de las provincias entre sí, o lo que es lo mismo, la igualdad entre las mismas. Esta igualdad, a la que todas las provincias consienten al unirse en la Confederación, es incompatible con el pretendido derecho de veto y, por tanto, debía rechazarse la ostentación del mismo por parte de Quebec.

Esta decisión por parte del Tribunal Supremo contribuyó a ahondar el aislamiento de Quebec en el seno de la federación, así como dañó gravemente la confianza mutua entre la comunidad anglófona y la francófona en Canadá¹⁶⁵. El rechazo de la *Compact Theory*, así como la negación de Quebec como sociedad distinta son dos factores que contribuyeron enormemente a profundizar en la crisis constitucional canadiense, la cual ya era de grandes dimensiones tras la *patriación* de la Constitución a espaldas de Quebec. Estos factores son de mayor relevancia que la negación del derecho de veto, que había sido admitido en cierta manera por Quebec al aceptar la fórmula Vancouver en lugar de la contenida en la *Victoria Charter*.

Entre 1980 y 1982 se produjeron importantes hitos en la historia constitucional canadiense. El referéndum sobre la soberanía-asociación estimuló la *patriación* y aprobación de la Constitución de 1982 y con ello la emancipación definitiva de Canadá del Reino Unido. La misma incorporaba una Carta de Derechos y Libertades que consagraba los derechos individuales así como la concepción de Canadá como un país bilingüe y multicultural tan queridas por TRUDEAU. Junto a estos logros se produjo otro de importantes consecuencias futuras, el triunfo de una determinada visión de la relación entre Quebec y Canadá¹⁶⁶. Esta visión reducía a Quebec al estatus de mera provincia, sin características distintivas propias, así como negaba su rol en la creación de la Confederación. Dicha visión gozaba de aceptación en el Canadá anglófono, pero era ampliamente rechazada en Quebec tanto entre soberanistas como federalistas. Lo acaecido durante 1982 tenía un fuerte componente político, pues constituía la respuesta de TRUDEAU a la victoria del *Parti québécois* en 1976 y al desafío soberanista en 1980.

¹⁶⁵ RUSSELL (2011): 76.

¹⁶⁶ CHOUDHRY y GAUDREAU-DESBIENS (2007): 167.

1982 suponía el año cero para el nuevo nacionalismo pancanadiense, el cual se articulaba en torno al multiculturalismo, la libertad individual y, especialmente, la Carta de Derechos y Libertades¹⁶⁷. Lo que para el Canadá anglófono era un nuevo momento fundacional, para Quebec suponía el fin de un sueño, el entierro de una concepción de Canadá que había sido interiorizada en la provincia desde 1867¹⁶⁸. Una vez superado el duelo, el legado de 1982 también conllevó cambios para Quebec. Se produjo la institucionalización de un sentimiento de rechazo ante la marginación anglófona, así como una fuerte defensa de la sociedad francesa, la cual quedaba definida en un rechazo frontal a la Carta de Derechos y Libertades. Esta falta de reconocimiento de la diferencia quebequesa por parte del Canadá anglófono reforzará al movimiento soberanista y marcará la evolución del federalismo en Canadá durante las próximas décadas.

8. LOS INTENTOS DE REINTEGRAR A QUEBEC EN EL CONSENSO CONSTITUCIONAL

8.1. La vuelta de Quebec a la casa constitucional: El Acuerdo del Lago Meech

En los años siguientes a la *patriación* de la Constitución, el mapa político canadiense cambió de forma sensible. Ante las malas expectativas electorales que auguraban las encuestas a los liberales se produce la dimisión como Primer Ministro de TRUDEAU en 1984. Tras su marcha, el partido liberal queda debilitado, lo que lleva al nuevo Primer Ministro, TURNER, a disolver el Parlamento. Los resultados electorales conducen a los conservadores de MULRONEY al poder con abrumadora mayoría de 211 escaños sobre 282, consiguiendo 58 de los 75 en juego en Quebec. Ese mismo año se produce la renuncia de LÉVESQUE al frente del PQ en medio de una lucha de poder entre las facciones moderadas y las más independentistas del partido. Un año más tarde, se celebrarán elecciones en la provincia, las cuales resultarán en la vuelta al poder del PLQ, otorgando a BOURASSA una nueva opción de gobernar¹⁶⁹.

La victoria de MULRONEY vuelve a poner sobre la mesa la cuestión constitucional, si bien no como prioridad absoluta como lo fue para el anterior gobierno liberal. Durante la campaña electoral, el líder progresista-conservador promete traer de

¹⁶⁷ CAIRNS (1992): 122.

¹⁶⁸ La expresión “fin del sueño” está inspirada en la obra de LAFOREST (1995).

¹⁶⁹ Pese a que el PLQ consiguió mayoría absoluta de escaños, BOURASSA no fue capaz de ganar en su circunscripción de Bertrand. Un mes más tarde se presentó a una elección parcial en la circunscripción de Saint-Laurent consiguiendo entrar en la Asamblea Nacional.

vuelta a Quebec al consenso constitucional, afirmando que dentro de la casa canadiense caben todas las identidades¹⁷⁰. Su propuesta gozaba de buena aceptación en Quebec, granjeándole el mejor resultado hasta la fecha para un partido conservador en la provincia francófona. BOURASSA coincide con el Primer Ministro en la necesidad de reintegrar a Quebec en el consenso constitucional, para lo cual establece cinco condiciones. Estas condiciones son planteadas por el líder quebequés como indispensables para que la Asamblea Nacional dé su aprobación a la Constitución de 1982. Las mismas son:

- el reconocimiento expreso de Quebec como sociedad distinta en el preámbulo de la Constitución,
- la ampliación de los poderes de selección de Quebec en materia de inmigración con el objetivo de proteger su identidad cultural,
- la participación de Quebec en el proceso de selección de los tres jueces del Tribunal Supremo que corresponden al sistema de derecho civil,
- la limitación del poder federal de gasto en áreas de competencia exclusiva provincial y,
- la inclusión de un derecho de veto para Quebec ante cualquier futura reforma constitucional¹⁷¹.

Sobre esta base, comenzaron las negociaciones entre el gobierno federal y las provincias, las cuales fueron llevadas de forma discreta y sin publicidad. Este proceso de negociación distó mucho de parecerse al debate público impulsado por el ejecutivo federal años antes relativo a la Carta de Derechos y Libertades. El mismo estuvo dominado por el federalismo ejecutivo, o federalismo de élites, en el que únicamente participaron los jefes de gobierno sin intervención o debate público alguno¹⁷². La salida de la ecuación de dos personalidades antagónicas y muy ideologizadas, como eran TRUDEAU y LÉVESQUE, en pos de líderes mucho más pragmáticos, como MULRONEY y BOURASSA, permitió un avance rápido en las negociaciones que acabaron alumbrando el Acuerdo del Lago Meech el 3 de junio de 1987.

Este acuerdo introducía una serie de modificaciones constitucionales a los textos de 1867 y 1982, así como emplazaba al gobierno federal a concluir una serie de

¹⁷⁰ CABELL y PAL (1989): 236.

¹⁷¹ QUEBEC LIBERAL PARTY (1985).

¹⁷² CAMERON y SIMEON (2002): 52. SMILEY (1980): 91 define el federalismo ejecutivo como las relaciones entre representantes gubernamentales, ya sean elegidos o designados, de los dos niveles de gobierno en las relaciones federales-provinciales o interprovinciales.

acuerdos con Quebec para mejorar su estatus en la federación. Por primera vez, se adoptaba la cláusula de sociedad distinta, que pasaba a ser introducida en el artículo 1 de la Constitución de 1867 con carácter de disposición interpretativa¹⁷³. Dicho carácter interpretativo se predicaba de la Constitución de Canadá en su conjunto, no solo del texto de 1867, por lo que también afectaba a la Carta de Derechos y Libertades. La disposición interpretativa se articulaba de tal forma que reconocía como características esenciales de Canadá la existencia de una comunidad francófona centrada en Quebec, pero también presente en el resto de la federación, así como de una mayoría anglófona asentada fuera de Quebec, pero también existente con carácter minoritario dentro de dicha provincia. Por lo tanto, este artículo suponía el reconocimiento de la dualidad canadiense en el texto constitucional. En base a tal circunstancia, se afirmaba que Quebec constituía una sociedad distinta dentro de Canadá, así como se emplazaba al gobierno provincial a preservar dicha circunstancia. En el mismo sentido, el nuevo artículo instaba al gobierno federal y a los gobiernos provinciales del resto de provincias a preservar las características fundamentales de Canadá afirmadas anteriormente.

Como se observa, esta disposición iba más allá de un mero reconocimiento del carácter de Quebec como sociedad distinta, el cual se encuadraba dentro de la constatación de unas características esenciales de Canadá dada su diversa configuración lingüística. Dicho reconocimiento implicaba que se establecían obligaciones de carácter jurídico, tanto en lo relativo a la interpretación constitucional como en el mandato a los poderes públicos de preservar dichas características peculiares. El alcance de estas obligaciones jurídicas fue objeto de controversia durante las negociaciones. Algunas provincias tenían temores de que la cláusula de sociedad distinta pudiera derivar en una alteración del equilibrio competencial entre los dos niveles de gobierno, así como se produjera una desnaturalización de los derechos, particularmente los lingüísticos, contenidos en la Carta de Derechos y Libertades¹⁷⁴. Con el objetivo de aminorar estas reticencias, se incluyó un inciso final en el que se garantizaba que nada de lo expuesto en dicho artículo suponía una derogación de las competencias o derechos de ninguno de los dos niveles de gobierno, incluyéndose una mención expresa a los derechos lingüísticos¹⁷⁵. Esta garantía tenía, también, la función de proteger las competencias de

¹⁷³ Vid. Artículo 1.2 *Constitutional Amendment 1987*. Originalmente esta disposición estaba destinada a ser incluida en el Preámbulo de la Constitución de 1867, siendo tras las negociaciones fijada en el artículo 1.

¹⁷⁴ WOEHLING (1989): 174-198.

¹⁷⁵ Vid. Artículo 1.2 (4) *Constitutional Amendment 1987*.

las provincias ante futuras demandas de mayores derechos por parte de las minorías lingüísticas al amparo del principio de dualidad recogido en el mismo artículo. Este precepto se constituía como una cláusula salvaguarda que aseguraba a Quebec que su política lingüística no se vería afectada por las demandas de la minoría anglófona residente en la provincia, pues ello supondría una derogación de sus competencias provinciales. El mismo efecto se predicaba en el caso de las minorías francófonas en las provincias de habla inglesa, las cuales, por la misma razón, tampoco podían exigir nuevos derechos.

La modificación constitucional introducida por este precepto daba cumplimiento al primero de los cinco puntos exigidos por el gobierno liberal de Quebec para firmar la Constitución de 1982. En relación con las demandas de participar en la selección de los tres magistrados del Tribunal Supremo correspondientes al sistema de derecho civil, el Acuerdo permitía a Quebec involucrarse en el proceso de selección remitiendo al gobierno federal los nombres de aquellas personas que, cumpliendo los requisitos, consideraba capacitadas para el puesto. La elección final quedaba en manos del gobierno federal, que debía nombrar a una persona de entre las propuestas por el ejecutivo provincial. La prerrogativa de proponer candidatos para integrar el Tribunal Supremo no era exclusiva para Quebec, sino que se extendía al resto de provincias cara a los seis magistrados pertenecientes al sistema de *common law*.

Dicho proceso se enmarcaba dentro de una serie de disposiciones que tenían como objetivo constitucionalizar la composición, selección y funcionamiento del Tribunal Supremo. Cabe recordar que la Constitución de 1867 únicamente reconocía en su artículo 101 la posibilidad de establecer el mismo, lo cual fue aprobado por el Parlamento federal quedando regulado en la *Supreme Court Act, 1985*, sin que hubiera más previsiones de rango constitucional al respecto. Al igual que en lo relativo a la cláusula de sociedad distinta, el Acuerdo contemplaba una serie de disposiciones relativas a asegurar que la participación provincial en el proceso de selección no suponía disminución alguna de las competencias federales en relación con el Tribunal Supremo¹⁷⁶.

En materia de inmigración, el texto recogía una modificación de los poderes concurrentes recogidos en el artículo 95 de la Constitución de 1867¹⁷⁷. Estos cambios compellían al gobierno federal a negociar con el ejecutivo provincial que lo deseara un

¹⁷⁶ Vid. Artículo 6 *Constitutional Amendment 1987*.

¹⁷⁷ Vid. Artículo 3 *Constitutional Amendment 1987*.

acuerdo relativo a la admisión y acogida temporal de inmigrantes, de manera que se adaptara a las necesidades de la provincia en cuestión. Los acuerdos negociados en base a dicho artículo tendrían fuerza de ley, siendo jurídicamente exigibles ante los tribunales. Al suponer estos acuerdos una modificación de la distribución de poderes, cualquier modificación de los mismos requería del consentimiento de las dos cámaras del Parlamento federal junto con el de las Asambleas Legislativas de las provincias afectadas. La validez de dichos acuerdos quedaba condicionada a que fueran compatibles con los objetivos nacionales fijados por el Parlamento de Canadá, así como al respeto de los derechos contenidos en la Carta de Derechos y Libertades. Estas disposiciones suponían la posibilidad de extender a todas las provincias los acuerdos de inmigración Cullen-Couture concluidos en 1978 entre Quebec y el gobierno federal¹⁷⁸. El preámbulo del acuerdo constitucional emplazaba a las dos partes a negociar una actualización de estos de manera que se reforzaran los principios incluidos en el mismo, así como se garantizaba que Quebec recibiría una cuota de inmigrantes y refugiados igual a su peso poblacional en la federación, la cual podría ser excedida por parte del gobierno provincial hasta en un cinco por ciento por razones demográficas. También se contemplaba la retirada de los servicios federales que se prestaban en esta área, a excepción de los de ciudadanía, que pasarían a ser desarrollados por el gobierno de Quebec, yendo dicha retirada acompañada de la compensación financiera correspondiente.

Las modificaciones en materia de inmigración permitían incrementar las competencias provinciales en el campo de la selección de inmigrantes, aspecto que era especialmente interesante para Quebec dado que posibilitaría la continuidad de su política de otorgar prioridad a los inmigrantes francófonos y, con ello, combatir la creciente despoblación de la provincia. Pese a ser diseñados para satisfacer una de las demandas de Quebec, la opción de firmar este tipo de acuerdos quedaba abierta para todas las provincias, quedando a discreción de las mismas la posibilidad de incrementar sus competencias en la materia.

El contencioso sobre el poder de gasto federal ocupó gran parte de las negociaciones sobre el Acuerdo. Finalmente, se acordó que la federación debía proveer de una compensación razonable a aquellas provincias que no desearan participar en futuros programas compartidos federales que se desarrollaran en áreas de competencia

¹⁷⁸ Para más detalles sobre los mismos puede consultarse el trabajo de KOSTOV (2009): 93-100.

exclusiva provincial¹⁷⁹. Esta compensación razonable quedaba supeditada a que la provincia en cuestión desarrollara su propio programa, el cual debía ser compatible con los objetivos nacionales fijados por el gobierno federal. Esta previsión constitucional suponía una victoria a medias para Quebec. Si bien es cierto que conseguía incluir el derecho de compensación financiera en caso de no querer participar en el programa federal, esta compensación se caracterizaba como razonable y no completa, suponiendo un mayor coste para el gobierno provincial. La supeditación de los fondos al cumplimiento con una serie de objetivos nacionales conllevaba que el gobierno federal continuaría ejerciendo un cierto poder sobre las políticas provinciales en áreas de jurisdicción provincial exclusiva, de manera que la autonomía de las mismas no sería completa. Por último, este modelo de compensación financiera solo se aplicaría a programas futuros, no afectando a los ya existentes. Ello significaba que importantes programas sanitarios como *Medicare* seguirían en funcionamiento sin que las provincias pudieran recibir compensación alguna a cambio de su abandono de los mismos, por lo que en el campo de actuación de dichos programas sus competencias continuarían subordinadas a la actuación federal¹⁸⁰.

La voluntad de Quebec de obtener un derecho de veto ante futuras reformas constitucionales no se veía satisfecha en el Acuerdo del Lago Meech. Todas las partes acordaron mantener la fórmula de reforma contenida en la Constitución de 1982 con ligeras modificaciones. Estas consistían en asegurar una compensación financiera razonable para las provincias que decidieran ejercer su derecho de *opt-out* en tanto se produjera una modificación que traspasara alguna competencia de la esfera competencial de las provincias a la de la federación¹⁸¹. Por lo tanto, ante una eventual reforma de carácter centralizador, Quebec podía expresar su voluntad de quedarse fuera de la misma y mantener sus competencias a la vez que recibía una compensación financiera por ello. En el caso de las materias reguladas en el artículo 42, de las cuales no cabe derecho de *opt-out*, estas pasaban a requerir unanimidad para su reforma en lugar de la aplicación de la fórmula 7/50 vigente hasta el momento. Esta reforma otorgaba a Quebec, o a cualquier otra provincia, un derecho de veto en materias como la alteración de los poderes de los senadores, el principio de representación proporcional

¹⁷⁹ Vid. Artículo 7 *Constitutional Amendment 1987*.

¹⁸⁰ Sobre la política sanitaria en Canadá es de interés el trabajo de FIERBELCK y PALLEY (2015): 107-121.

¹⁸¹ Vid. Artículo 9 *Constitutional Amendment 1987*.

en los Comunes, la conversión de los territorios en provincias, el Tribunal Supremo o el uso del francés y el inglés en Canadá.

Finalmente, el Acuerdo constitucional del Lago Meech contenía otra serie de preceptos relativos al Senado o las relaciones intergubernamentales. En lo relativo a la Cámara Alta se aplicaba la misma filosofía que a los nombramientos al Tribunal Supremo, donde las vacantes pasarían, mientras se aprobaba un nuevo sistema de nombramientos, a ser cubiertas por una persona elegida por el gobierno federal entre los candidatos propuestos por los ejecutivos provinciales. Esta reforma, muy demandada por las provincias del Oeste, tenía carácter transitorio hasta que se aprobara en una futura conferencia constitucional una reforma más amplia de la Cámara Alta. En lo relativo a las relaciones intergubernamentales, se contemplaban materias que debían abordarse en estas futuras conferencias, entre los que destacaban la reforma definitiva del Senado y la política pesquera, así como la obligatoriedad de celebrar una reunión anual entre los líderes provinciales y el gobierno federal sobre la situación económica.

Dada la naturaleza de las modificaciones constitucionales contenidas en el acuerdo, para la entrada en vigor del mismo se requería la aprobación de las Asambleas Legislativas de todas las provincias, así como de las dos cámaras del Parlamento federal. Para ello, las partes se dotaron de un plazo de tres años desde la fecha de la firma del Acuerdo. Lo elevado de este lapso temporal provocará que la ratificación del acuerdo se dilate en el tiempo, viéndose afectada por los resultados electorales y el surgimiento de nuevas demandas y reivindicaciones por parte de los actores que no participaron en el proceso.

El consenso alcanzado en el Lago Meech fue recibido, en un primer momento, con entusiasmo por todas las fuerzas políticas federales, pues suponía poner fin al proceso iniciado en 1981 con la vuelta de Quebec al consenso constitucional. Sin embargo, el paso del tiempo fue dando lugar a la eclosión de numerosas rencillas partidistas que terminaron por imposibilitar el acuerdo¹⁸². Pese a que BOURASSA había conseguido que fueran atendidas la mayor parte sus demandas, el acuerdo no fue bien recibido por las fuerzas soberanistas. Estas consideraban que la cláusula de sociedad distinta no tenía alcance suficiente, así como renegaban de que Quebec saliera perdedora del acuerdo al no conseguir que la compensación financiera por no participar en un programa compartido estuviera exenta de condicionantes. El PQ acusaba a

¹⁸² MONAHAN (1990): 333.

BOURASSA de perder un derecho que no tenía, la compensación financiera sin restricciones, el cual fue incapaz de obtener LÉVESQUE en las negociaciones que condujeron a la *patriación* constitucional. Para la causa nacionalista, la vuelta de Quebec al consenso constitucional suponía una mala noticia, pues se evaporaba el fantasma del rechazo anglófono, desapareciendo un enemigo a quien culpar para obtener réditos electorales fruto de la división. Sin embargo, las fuerzas soberanistas encontrarían un aliado inesperado en su oposición al acuerdo.

Mientras iban creciendo las divisiones en el seno del Partido Liberal en relación con el contenido del acuerdo, TRUDEAU regresó a la vida pública con la publicación en prensa de un artículo muy crítico con el mismo¹⁸³. En él, el antiguo líder liberal se colocaba a la vanguardia de los críticos con el acuerdo constitucional, convirtiéndose sus críticas en la base del argumentario de aquellos que se oponían al mismo. En el citado artículo TRUDEAU realiza una encendida defensa del centralismo y la unilateralidad federal a costa de las competencias de las provincias, mostrando su peculiar visión del modelo federal canadiense. El antiguo Primer Ministro critica que las provincias pasen a tener capacidad para articular sus propios programas sociales, aspecto que, en su opinión, llevará a una balcanización del sistema. TRUDEAU ignora deliberadamente que una de las esencias del federalismo es el respeto a la diferencia, de manera que cada provincia es libre para ejercer sus competencias de la manera que considere más adecuada. También critica al gobierno federal, al que caracteriza como un perdedor, por rendir a las provincias importantes áreas de jurisdicción como en lo relativo al poder de gasto y la inmigración. Resulta llamativo que un académico como TRUDEAU use argumentos rotadamente falsos para defender su postura. La materia de inmigración no es en ningún caso de competencia exclusiva federal, siendo uno de los pocos poderes concurrentes reconocidos en la Constitución de 1867¹⁸⁴. Más aún, los acuerdos Cullen-Couture concluidos en la materia con Quebec fueron firmados bajo su último mandato como Primer Ministro, por lo que no se entiende que rechace la extensión a la provincia que los desee de un modelo que fue acuñado con él en el poder. En lo que concierne al poder de gasto, el gobierno federal no puede rendir un poder que

¹⁸³ Dicho artículo fue publicado simultáneamente en el *Toronto Star* y *La Presse* el 27 de mayo de 1987 bajo el título de “*Say Goodbye to the dream of one Canada*”. En el mismo sentido TRUDEAU (1989): 60-99.

¹⁸⁴ Sobre los poderes concurrentes se puede consultar LEDERMAN (1963): 185-199, así como el capítulo relativo a las competencias de la presente obra.

no existe constitucionalmente y que afecta directamente a las competencias propias de las provincias.

Para TRUDEAU, el Acuerdo del Lago Meech transformaría a Canadá en un “estado impotente”, convirtiendo a Quebec en un gueto francófono. Detrás de esta visión apocalíptica del futuro de la federación se encuentra una defensa del multiculturalismo como característica de la identidad canadiense, así como el temor a que la Carta de Derechos y Libertades viera mermado su alcance por la interpretación de la misma a la luz de la cláusula de sociedad distinta.

Las críticas de TRUDEAU fueron secundadas por otros colectivos, como las feministas y las Primeras Naciones, que no veían satisfechas sus demandas en el acuerdo. Las críticas de colectivos feministas fueron objeto de especial controversia, dado que su oposición a la cláusula de sociedad distinta se fundamentaba en que la misma podría menoscabar la igualdad entre hombres y mujeres¹⁸⁵. Algunos colectivos incluso llegaron a insinuar que el gobierno de Quebec violaría los derechos de las mujeres con el objetivo de aumentar la población y perpetuar la sociedad francófona. Estas críticas, rechazadas por los colectivos de mujeres de Quebec, escondían un profundo desconocimiento de la sociedad quebequesa que se materializaba en un sentimiento de rechazo a la misma. Por su parte, las Primeras Naciones demandaban su condición de pueblo fundador en igualdad con las comunidades anglófona y francófona, así como mostraban su recelo a que la cláusula de sociedad distinta permitiera a Quebec inaplicar algunos derechos contenidos en la Carta de Derechos y Libertades¹⁸⁶.

8.2. El recrudescimiento de la batalla lingüística: *Ford v. Quebec*

En medio de esta vorágine de críticas y desconfianza hacia el acuerdo se produjo la decisión del Tribunal Supremo sobre la prohibición de rotular comercialmente en lengua distinta del francés en Quebec; el denominado caso *Ford*¹⁸⁷.

Al dirimir el asunto, el Tribunal Supremo debía determinar si los recurrentes poseían un derecho constitucionalmente protegible a rotular sus comercios en la lengua de su elección, el inglés en este caso, o si la naturaleza comercial de esta expresión evita que dicho derecho sea susceptible de protección constitucional. El efecto comercial no es considerado como factor de exclusión de la protección constitucional, pues ello sería

¹⁸⁵ MANFREDI (2004): 43-48.

¹⁸⁶ HALL (1989): 439-445.

¹⁸⁷ *Ford v Quebec* (AG), [1988] 2 S.C.R. 712.

ir contra la doctrina del Tribunal de otorgar una interpretación amplia y liberal a los derechos contenidos en la Carta¹⁸⁸. Por lo tanto, el TS estimó que se está ante un límite al derecho de libertad de expresión contenido en el artículo 2.b de la Carta de Derechos y Libertades, así como de la misma garantía contenida en el artículo 3 de la Carta quebequesa de derechos¹⁸⁹.

Una vez determinada la existencia de la limitación de un derecho, es necesario dirimir si está justificada en el seno de una sociedad libre y democrática a la luz del artículo primero de la Carta. Si bien el Tribunal entiende que la intención de asegurar el *visage linguistique* francés es una aspiración legítima dada la realidad social de Quebec, no puede aceptar que la prohibición de utilizar una lengua diferente al francés en los rótulos comerciales sea una medida proporcionada para conseguir ese objetivo¹⁹⁰. Los artículos 58 y 69 de la *Loi 101* contenían una prohibición absoluta de rotular en una lengua diferente al francés, de manera que quedaba absolutamente restringido el derecho de expresión de los comerciantes. Esta restricción no puede ser aceptada en una sociedad democrática por mucho valor que se conceda a la protección del francés como lengua propia de Quebec, dado que dicha medida no supera el test de proporcionalidad. El propio Tribunal muestra a la provincia francófona el camino a seguir, afirmando que una norma que exigiera preponderancia del francés, admitiendo también rotular en otros idiomas, sí sería conforme a la Carta. Los magistrados recalcan que una norma de dicha naturaleza seguiría cumpliendo el objetivo pretendido por la *Loi 101* de mantener el *visage linguistique* propio de la sociedad quebequesa¹⁹¹.

Las consecuencias de esta decisión por parte del TS eran contundentes para la política lingüística de Quebec. La exclusividad del francés en los rótulos comerciales quedaba prohibida al violar la libertad de expresión contenida en la Carta, permitiéndose exigir por ley una primacía del francés en los rótulos, si bien se debía permitir también la rotulación en otra lengua. El hecho de que el Tribunal apuntara un ejemplo de norma conforme a la Carta no es baladí. Con ello, el Tribunal estaba sugiriendo al ejecutivo de Quebec la manera de reconducir la situación conminando al gobierno de la provincia francófona a modificar la ley de forma que la hiciera compatible con la Carta sin recurrir a la cláusula *notwithstanding* del artículo 33 de la Constitución de 1982.

¹⁸⁸ *Ibidem*. pp. 766-767.

¹⁸⁹ *Charte des droits et libertés de la personne. L.R.Q., chap. C-12.*

¹⁹⁰ *Ford v. Quebec*, pp. 779-780.

¹⁹¹ *Ibidem*. p. 780.

Sin embargo, la reacción del gobierno de Quebec fue rápida y furibunda. Se procedió a enmendar la *Loi 101* con mínimas modificaciones, así como se protegió a la misma invocando la cláusula *notwithstanding*, haciendo caso omiso a las indicaciones del Tribunal Supremo¹⁹². La aplicación de la cláusula *notwithstanding* no era algo novedoso en Quebec, sino que se unía a la declaración que el *Parti québécois* introdujo en todas las leyes vigentes en la provincia tras la entrada en vigor de la Constitución de 1982. Esta práctica tocó a su fin el 2 de diciembre de 1985 con el retorno al poder del Partido Liberal, el cual decidió terminar con la práctica de incluir la cláusula en todos los textos legales, así como no renovar la introducción genérica de la cláusula *notwithstanding* al expirar el plazo de 5 años marcado por la Constitución¹⁹³. Si bien el nuevo gobierno liberal no continuó con la política del PQ respecto al uso del artículo 33, BOURASSA empleó la cláusula *notwithstanding* un total de 12 veces¹⁹⁴.

Por un lado, el gobierno de Quebec intentaba adaptar la *Loi 101* a las exigencias del Tribunal Supremo derogando el artículo 69, relativo a la razón social, e introduciendo pequeñas modificaciones en el 58, el cual regulaba la publicidad exterior¹⁹⁵. Mantenía la prohibición de rotular en una lengua diferente al francés, pero permitía la rotulación en otros idiomas en el interior de los establecimientos comerciales siempre que el francés tuviera una posición predominante. La derogación del artículo 69 era un gesto sin valor alguno, pues se trasladaba su contenido –la obligación de utilizar la razón social en francés en Quebec– al artículo 68. Únicamente se añadían algunas excepciones que permitían que la razón social estuviera en otros idiomas en caso de que no existiera una en francés. Las modificaciones introducidas por la Ley 178 no cumplían con el mandato del Tribunal Supremo, pues, si bien se derogaba el artículo 69 modificándose el 68, no se variaba sustancialmente el 58 manteniendo la prohibición de rotular en lengua distinta al francés en el exterior de los comercios, aspecto que había sido rechazado de manera expresa por el Tribunal. Para evitar un nuevo reproche por parte del Tribunal Supremo, la Ley 178 volvía a recurrir a la cláusula *notwithstanding*

¹⁹² *Loi modifiant la Charte de la langue française* de 22 de diciembre de 1988, aprobada siete días después de la publicación del fallo del Tribunal Supremo en el caso *Ford*.

¹⁹³ *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* L.R.Q., chap. L-4.2. La excepción se realizaba en relación con los Derechos contenidos en la Carta de Derechos y Libertades, no de la Carta quebequesa pues el fin pretendido era protestar contra la *patriación* constitucional efectuada sin el consentimiento de la Asamblea Nacional de Quebec.

¹⁹⁴ De dichas 12 ocasiones –además de la ya citada posterior a la sentencia del caso *Ford*–, 6 fueron en el campo educativo (fundamentalmente en materia religiosa), 4 fueron relativas al diferente trato a hombres y mujeres en el plan quebequés de pensiones, y una en agricultura en lo relativo a discriminación por razón de edad.

¹⁹⁵ *Loi 178 - Loi modifiant la Charte de la langue française. (LQ 1988, c 54).*

del artículo 33 de la Constitución de 1982 para exceptuar los artículos 58 y 68 de la *Loi 101* de la aplicación de los artículos 2.b y 15 de la Carta¹⁹⁶.

En 1993, una vez transcurridos los 5 años de vigencia de la cláusula *notwithstanding* para proteger la *Loi 101*, la Asamblea Nacional decidió no renovar la declaración y procedió a modificar la ley para adaptarla a la sentencia del Tribunal Supremo. Se suprimía la obligatoriedad de rotular el exterior de los comercios por una exigencia de rotulación predominante en francés permitiendo también hacerlo en otras lenguas¹⁹⁷. También se permitía el uso de una razón social en otro idioma siempre que el francés gozara de la misma importancia¹⁹⁸. Por tanto, se ponía fin al uso de la *notwithstanding* y se adaptaba la ley para hacerla compatible con la Carta de Derechos y Libertades y con la respectiva Carta quebequesa. Un factor decisivo en la decisión de no renovar la exención de aplicación de la Carta fue la opinión del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el denominado caso Ballantyne¹⁹⁹. La mayoría del Comité concluía que las disposiciones de la *Loi 101* relativas a la rotulación exterior de comercios protegidas con la cláusula *notwithstanding* violaban el derecho a la libertad de expresión pues no permitían que cualquier persona se expresara libremente en una lengua de su elección. Esta condena dañó internacionalmente la imagen de Quebec, lo cual contribuyó a que la provincia cambiará su forma de afrontar la cuestión lingüística²⁰⁰.

Quebec necesitó cinco años, una condena internacional y el rechazo unánime del Canadá anglófono –acuerdo constitucional incluido– para cumplir con la sentencia del caso *Ford*. La cláusula *notwithstanding*, contestada desde numerosos sectores, permitió solventar la crisis en el largo plazo. El gobierno de Quebec pudo mostrar su disposición a defender la lengua francesa sin necesidad de una medida rupturista que abogara por una secesión unilateral, de manera que durante el periodo que duró la declaración se pudieron reconducir las tensiones hasta llegar a una solución satisfactoria y respetuosa con la Carta. Aun así, algunos se negaron a aceptarla, pues PARIZEAU afirmó que el Partido Liberal debería pasar “por encima de su cadáver” para modificar la prohibición

¹⁹⁶ Ambos artículos también se aplicaban exceptuando lo dispuesto en los artículos 3 y 10 de la Carta quebequesa de derechos.

¹⁹⁷ *Loi 86 - Loi modifiant la charte de la langue française, 1993*, artículos 18 y 19.

¹⁹⁸ *Ibidem*, artículo 22.

¹⁹⁹ *Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada, Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, U.N. Doc. CPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1 (1993)*.

²⁰⁰ *La Presse*, 7 de mayo de 1993, p.1, A2 y B1.

de rotulación en idioma distinto al francés, aspecto que entendía como un ataque frontal a la lengua francesa²⁰¹.

8.3. What does Canada want?: el aislamiento continúa

El recurso a la cláusula *notwithstanding* para proteger la *Loi 101* gozó de amplio respaldo en la sociedad quebequesa francófona, mientras que cosechó un rechazo prácticamente unánime fuera de Quebec en pleno proceso de ratificación del Acuerdo del Lago Meech. Este conflicto complicó, aún más, el proceso de ratificación del Acuerdo en las provincias restantes: Manitoba y Terranova.

Manitoba suspendió la tramitación de la norma provincial relativa a la aprobación del acuerdo tras la introducción de la cláusula *notwithstanding* por parte de Quebec al estimar que la misma iba contra el espíritu del acuerdo. El recién elegido gobierno de esta provincia había sostenido en campaña que el acuerdo constitucional supondría otorgar más poderes a una provincia, Quebec, a costa de las otras lo cual violaba el principio de igualdad provincial. A la luz de los términos del acuerdo, esta afirmación resultaba doblemente falsa. Todas las modificaciones constitucionales que se introducían en el acuerdo de 1987 eran de aplicación para las provincias que así lo desearan. En consecuencia, si la provincia de Manitoba lo estimaba oportuno, podía ejercer el derecho de retirada en programas de coste compartido, así como obtener mayores poderes en materia migratoria. Nada obstaba tampoco para su participación en futuros nombramientos de senadores o magistrados del Tribunal Supremo mediante la propuesta de candidatos al gobierno federal. Únicamente la cláusula de sociedad distinta era de aplicación exclusiva para Quebec, si bien ello no suponía merma alguna de las competencias de otras provincias, aspecto que era expresamente garantizado en el inciso cuarto del artículo 1. La fuerte oposición de las Primeras Naciones fue decisiva, pues uno de los representantes de dicha comunidad, el diputado Elijah HARPER, impidió que la Asamblea de dicha provincia pudiera votar sobre el mismo antes de que expirara el plazo de tres años para su ratificación²⁰². Habida cuenta del fracaso en Manitoba la Asamblea Legislativa de Terranova no llevó a cabo la votación del mismo, certificándose la muerte del Acuerdo del Lago Meech.

²⁰¹ *Ibidem.*

²⁰² La Asamblea de Manitoba requería celebrar un proceso de consultas públicas antes de votar el Acuerdo. Para poder evitar dicho paso era necesario el consenso unánime del Parlamento provincial, lo cual no fue posible dada la negativa de HARPER.

Trascurridos tres años desde su firma y con la aprobación federal y de ocho de las diez provincias que representaban al 96% de la población de Canadá, el acuerdo fracasaba sepultando las esperanzas de que la provincia de Quebec se reintegrara en el consenso constitucional. Dicho fracaso provocó un profundo sentimiento de pesadumbre y decepción en Quebec reflejado en estas palabras de BOURASSA ante la Asamblea Nacional:

*Le Canada anglais doit comprendre de façon très claire que, quoi qu'on dise et quoi qu'on fasse, le Québec est, aujourd'hui et pour toujours, une société distincte, libre et capable d'assumer son destin et son développement*²⁰³.

En su réplica, el líder del PQ, PARIZEAU, sin ocultar su poca simpatía por el acuerdo, ponía de manifiesto que el rechazo del mismo suponía la constatación de que la reforma constitucional como mecanismo de acomodo para Quebec era un callejón sin salida²⁰⁴. Por ello, emplazaba al gobierno liberal a unir fuerzas con el PQ en busca de otra vía para garantizar la consecución de las aspiraciones del pueblo de Quebec.

8.4. El último intento: la ronda constitucional de Charlottetown

La búsqueda de soluciones que satisficieran las aspiraciones constitucionales de Quebec no se hizo esperar. Tan solo tres meses después del fracaso del Acuerdo del Lago Meech, la Asamblea Nacional ponía en marcha la Comisión Belanger-Campeau con el objetivo de buscar una solución al fracaso de dicho acuerdo. En su informe, los miembros de la comisión concluían que Quebec debía decidir su propio futuro constitucional, si bien no aclaraban qué entendían por dicho concepto²⁰⁵. Sí que llegaron a un acuerdo sobre la necesidad de proceder hacia el mismo mediante dos vías diferentes. La primera de ellas consistía en la proclamación de la soberanía de Quebec, de manera que quedara afirmada la capacidad de la provincia para decidir su propio futuro. El gobierno liberal dio cumplimiento a esta recomendación mediante la aprobación de la Ley 150, la cual obligaba a convocar un referéndum al respecto en un rango de fechas fijado en el mismo texto²⁰⁶. En el caso de que el electorado apoyara la propuesta, la soberanía entraría en vigor un año después de la fecha del referéndum. La soberanía de Quebec suponía la secesión de dicha provincia del resto de Canadá,

²⁰³ *Debats de l'Assemblée Nationale*, 22 de junio de 1990, p. 4134.

²⁰⁴ *Ibidem*. p. 4135.

²⁰⁵ RUSSELL (1993): 162.

²⁰⁶ *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*. 20 juin 1991. Chapitre 34.

rompiendo con el marco federal imperante hasta la fecha y proclamándose un estado soberano.

La segunda vía conllevaba una variación en la posición de Quebec en el seno de la federación, es decir, una reforma del sistema federal siguiendo el modelo del Acuerdo del Lago Meech. La principal novedad en esta postura residía en que el informe de la Comisión Belanger-Campeau señalaba que Quebec no debía negociar directamente con el gobierno federal, sino que únicamente respondería a las propuestas que este le formulara²⁰⁷. Esta consideración es de especial relevancia en tanto que supone una inversión de la posición negociadora. Quebec renunciaba a tomar la iniciativa a la hora de abrir una nueva ronda constitucional, siendo el gobierno federal el que debía proceder a ello si quería mantener a la provincia francófona en la federación. Este aspecto conllevaba primar la opción de la soberanía sobre la vía federalista, pues la segunda quedaba a merced de la acción del gobierno federal. La supeditación de la vía federalista a una oferta para un mejor encaje de Quebec dentro de la federación por parte del gobierno federal es heredera de los compromisos que este último efectuó durante la campaña del referéndum de 1980. Dado que los mismos no llegaron a materializarse, resultando en la *patriación* de la Constitución sin la aprobación de la Asamblea Nacional, la provincia optaba por no involucrarse en otra ronda constitucional salvo que el gobierno federal mostrara su voluntad expresa de llegar a un acuerdo exponiendo sus ofertas de acomodo para Quebec.

Con la aprobación de la Ley 150 y la consiguiente fijación de una fecha límite para celebrar el referéndum sobre la soberanía de Quebec, la Asamblea Nacional determinaba el plazo del que disponía el gobierno federal para presentar su propuesta para un mejor acomodo de Quebec en la federación. Pese a la falta de entusiasmo que generaba reabrir las negociaciones constitucionales, la Ley 150 no dejaba otra opción al gobierno federal que implicarse a fondo en la tarea con el objetivo de evitar el triunfo de la opción soberanista en el referéndum²⁰⁸. El enfoque adoptado fue radicalmente distinto al del Acuerdo del Lago Meech, con la esperanza de evitar los errores que llevaron al fracaso de dicho acuerdo.

El primer paso consistió en la celebración de una serie de consultas públicas, impulsadas por el gobierno federal de MULRONEY, con el objetivo de involucrar a los ciudadanos en el proceso y conocer sus propuestas, de manera que se reforzara la

²⁰⁷ VERRELLI (2012): 166.

²⁰⁸ *Ibidem*.

legitimidad democrática del mismo. Estas consultas se suscitaron tanto a nivel federal como provincial con el objetivo de integrar todas las sensibilidades. El gobierno federal prestó especial atención a las Primeras Naciones, la cual se había opuesto frontalmente al Acuerdo del Lago Meech, poniendo en marcha una comisión parlamentaria que estudiara las demandas de esta comunidad²⁰⁹. Estas sucesivas rondas de consultas evidenciaron un importante cambio respecto al proceso anterior. El número de agentes se había incrementado, involucrándose nuevos actores como los territorios o las Primeras Naciones. Además, las audiencias públicas también pusieron de manifiesto que se debía poner fin al federalismo ejecutivo en que las élites decidían el contenido de la reforma sin consultar a la ciudadanía²¹⁰.

Tras el periodo de consultas, comenzaron las negociaciones multilaterales en las que se abordó el contenido material de la reforma constitucional. En un primer momento, se formaron grupos de trabajo en los cuales se discutirían los principales asuntos: la división de poderes, la cuestión indígena, la unión social y económica, la fórmula de reforma o la unidad y diversidad de la federación. Partiendo de la labor realizada por estos grupos, el gobierno federal convocó una Conferencia de Primeros Ministros –presidida por el antiguo Primer Ministro y ahora *Minister for Constitutional Affairs*, Joe CLARK– para discutir los aspectos finales del acuerdo. La misma estaba integrada por los líderes provinciales y territoriales, así como por representantes del gobierno federal y de las Primeras Naciones. En dicha Conferencia, no estuvo presente ningún representante de Quebec, siguiendo la línea marcada de esperar a que hubiera una propuesta firme del resto de Canadá para negociar. Finalmente, a comienzos de julio de 1992, únicamente tres meses antes de la fecha límite para el referéndum, se consensuó un texto, conocido como el Acuerdo *Pearson*, el cual se presentaría a Quebec en una próxima conferencia intergubernamental.

Un mes más tarde, ya con Quebec presente, se produjeron las negociaciones finales –presididas por el Primer Ministro– que darían luz al Acuerdo de Charlottetown, que presentaba una estructura diferente al del Lago Meech. Se dejaba atrás el modelo de un texto articulado donde se incluía la nueva formulación de los artículos que se enmendaban en pos de un documento donde se detallaban las modificaciones constitucionales que se pretendían introducir, así como su motivación y los efectos que perseguían las mismas. La adopción de un enfoque más didáctico que en el Acuerdo del

²⁰⁹ RUSSELL (1993): 169.

²¹⁰ STEIN (1997): 313-326.

Lago Meech parecía responder a la necesidad de transmitir al público la razón de ser del acuerdo con el objetivo de obtener el aval popular para su ratificación. El Acuerdo de Charlottetown se dividía en cinco grandes bloques, siguiendo con la estructura establecida en los grupos de trabajo que definieron el contenido del acuerdo.

En el primero de ellos, titulado Unidad y Diversidad, se establecían ocho valores fundamentales que debían guiar la interpretación judicial tanto de la Constitución como de la Carta de Derechos y Libertades²¹¹. Esta cláusula era producto de la gran cantidad de actores involucrados en la negociación, intentado dar respuesta a algunos colectivos, como las Primeras Naciones o las asociaciones feministas, que fueron muy críticos con el Acuerdo del Lago Meech²¹². Por otra parte, la misma evidenciaba la pérdida de iniciativa y peso negociador de Quebec en el proceso, despertando poco o ningún entusiasmo en la provincia francófona.

Uno de estos valores era el carácter de sociedad distinta de Quebec, el cual quedaba diluido entre el reconocimiento del origen indígena de Canadá²¹³ o la igualdad entre hombres y mujeres. Esta dilución es más relevante si se tiene en cuenta que la mayoría de las nuevas características esenciales de Canadá ya están presentes en otras partes del texto constitucional, cuestión que no sucede con la cláusula de sociedad distinta, caso del principio federal en el preámbulo o la igualdad entre hombres y mujeres en el artículo 28 de la Carta de Derechos y Libertades.

La cláusula de sociedad distinta quedaba acotada a dos características, la mayoría francófona y la peculiaridad del sistema de derecho civil de Quebec, en lo que parecía un intento de reducir el alcance de la misma²¹⁴. Además, esta cláusula podía perder parte de su significado a la hora de ser interpretada por los tribunales dado que

²¹¹ Los valores que debían guiar la interpretación eran los siguientes: a) *Canada is a democracy committed to a parliamentary and federal system of government and to the rule of law*; b) *The Aboriginal peoples of Canada, being the first peoples this land, to govern have the right to promote their languages, cultures and traditions and to ensure the integrity of their societies, and their governments constitute one of the three orders of government in Canada*; c) *Quebec constitutes within Canada a distinct society, which includes a French-speaking majority, a unique culture and a civil law tradition*; d) *Canadians and their governments are committed to the vitality and development of official language of minority communities throughout Canada*; e) *Canadians are committed to racial and ethnic equality in a society that includes citizens from many lands who have contributed, continue to contribute, to the building of a strong Canada that reflects its cultural and racial diversity*; f) *Canadians are committed to a respect for individual and collective human rights and freedoms of all people*; g) *Canadians are committed to the equality of female and male persons*; and h) *Canadians confirm the principal of the equality of the provinces at the same time as recognising their diverse characteristics*.

²¹² COLE (1993): 644-645.

²¹³ El artículo 1.2.b del Acuerdo de Charlottetown reconocía a los colectivos indígenas como los primeros pobladores de Canadá, así como reconocía sus instituciones como un pilar de gobierno junto a los niveles provincial y federal.

²¹⁴ BOISMENU (1993): 52

algunos de los valores recogidos en esta lista podían jugar como contrapeso de la misma. En particular, la obligatoriedad de asegurar la vitalidad y el desarrollo de la lengua de la minoría, así como el reconocimiento de la igualdad de las provincias se configuraban como elementos moduladores de la cláusula de sociedad distinta.

El bloque institucional recogía las previsiones relativas a la reforma del Senado y el Tribunal Supremo. El planteamiento rompía con lo pactado en el Acuerdo del Lago Meech optando por un Senado electo donde las provincias estuvieran representadas en pie de igualdad. Esta igualdad de las provincias suponía terminar con la única institución federal donde seguía vigente la dualidad canadiense. Las provincias del oeste conseguían una de sus principales reivindicaciones a costa de Quebec, cuya posición quedaba muy debilitada. Con el objetivo de paliar esta pérdida de poder e influencia, se aumentaba el número de miembros la Cámara de los Comunes otorgando representantes adicionales a Ontario y Quebec en su condición de provincias más pobladas. Esta solución no suponía más que un parche temporal. Dado el declive poblacional de Quebec en contraposición con el crecimiento experimentado en otras partes de la federación, se establecía la garantía de que Quebec contaría con al menos el 25% de los representantes de la Cámara.

La reforma del Senado contenía un aspecto novedoso como era la necesidad de una doble mayoría en los asuntos que afectaran de manera especial a la comunidad lingüística o cultural francesa²¹⁵. Para la aprobación de los mismos, sería necesario obtener una mayoría tanto en la Cámara en su conjunto como entre los senadores francófonos. Esta medida se configuraba como una garantía de la lengua y cultura francesas en el conjunto de Canadá, más allá de las fronteras de Quebec. En lo concerniente al Tribunal Supremo y las Conferencias de Primeros Ministros, la reforma seguía la misma línea del Acuerdo del Lago Meech, introduciendo pequeñas variaciones relativas al papel de los territorios y las Primeras Naciones en dichas instituciones.

El capítulo relativo al sistema de distribución de competencias apenas contenía medidas de calado, limitándose las mismas a meros cambios cosméticos. El gobierno federal se comprometía a diseñar un marco legal sobre el que se basaría el recurso al poder de gasto, manteniéndose la compensación razonable para aquella provincia que no deseara participar en un programa futuro, siempre que estableciera uno propio en consonancia con los objetivos nacionales establecidos por el gobierno federal. También

²¹⁵ STILBORN (2003): 48-51.

se eliminaban los poderes federales de reserva y desaprobación, los cuales ya habían caído en desuso años atrás. En materia migratoria, el acuerdo emplazaba al gobierno federal a negociar con las provincias que desearan asumir la competencia, prescindiendo de las consideraciones acordadas en Lago Meech relativas a Quebec. En consecuencia, este bloque no respondía a ninguna de las exigencias de Quebec, limitándose a introducir pequeñas variaciones sin valor real alguno, más allá de constitucionalizar la invasión federal de las competencias exclusivas provinciales²¹⁶.

Uno de los aspectos más novedosos era el hecho de abordar por primera vez el papel de las Primeras Naciones, considerando a dichas comunidades un actor constitucional de pleno derecho²¹⁷. Sin embargo, la mayor parte de los derechos relativos al autogobierno de dicha comunidad quedaban por definir. El acuerdo se limitaba a poner énfasis en la aplicación de la Carta de Derechos y Libertades a los gobiernos indígenas así como a la obligatoriedad de que estos proveyeran de servicios públicos comparables a los establecidos por las provincias y el gobierno federal a sus ciudadanos. A petición de los líderes provinciales, entre ellos el de Quebec, las disposiciones constitucionales relativas a las Primeras Naciones no podrían resultar en una modificación de los tratados existentes, así como se afirmaba la primacía de las normas provinciales sobre el derecho indígena en caso de conflicto. Pese a ser un gran avance en el reconocimiento de las Primeras Naciones, la mayor parte de los derechos y poderes que se conferían a estas comunidades resultaban inciertos y poco concretos²¹⁸.

Finalmente, las partes negociadoras acordaron mantener la fórmula de modificación constitucional establecida en 1982, añadiendo las modificaciones relativas al Senado a la lista de materias que precisan de la unanimidad provincial. También se incluía el principio de que sería necesario obtener el consentimiento de las comunidades indígenas a la hora de reformar alguna materia que les afectara directamente. El mantenimiento de la fórmula de modificación existente conllevaba la inexistencia de un derecho de veto para Quebec, lo cual iba en consonancia con el valor de la igualdad entre todas las provincias que se recogía al inicio del acuerdo.

²¹⁶ GAGNON y ROCHER (1992): 122-124.

²¹⁷ CAIRNS (1994): 49-60.

²¹⁸ LONG y CHISTE (1993): 156-160.

8.5. El rechazo popular al acuerdo y el fin de la vía constitucional

La intención de obtener la aprobación popular al proyecto de reforma perseguía evitar la dilación del proceso de ratificación, así como involucrar a la ciudadanía alejándose del federalismo ejecutivo²¹⁹. Si bien el referéndum era consultivo, y por tanto no vinculante, resultaba altamente improbable que los parlamentos provinciales se opusieran a la voluntad popular negando la ratificación. El mismo se regía por una normativa federal en todas las provincias, a excepción de en Quebec que contaba con una norma propia. En las provincias anglófonas el “sí” era defendido por los tres partidos presentes en los Comunes: los progresistas-conservadores gobernantes, los liberales y el NDP. La oposición al acuerdo corría a cargo de los conservadores de *Reform* y los liberales de la Columbia Británica, los cuales no forman parte del partido liberal federal. En el caso de Quebec, el PLQ apostaba por la aprobación del acuerdo, mientras que el PQ se oponía a él. Al igual que en la ronda del Lago Meech, numerosas organizaciones tomaron posiciones a favor y en contra del proyecto de reforma, si bien esta vez su misión no era influir sobre la clase política, sino sobre los electores. Finalmente el acuerdo fue rechazado por el 54,3% de los votantes con un 71,8% de participación. Únicamente los de cuatro provincias y un territorio apoyaron el mismo²²⁰. En la provincia de Quebec el acuerdo fue rechazado por el 56,7% de los votantes con una participación superior al 80%, la más alta en cualquiera de las provincias. Esta es la primera, y hasta la fecha única, vez en la historia que el voto de la provincia de Quebec ha coincidido con el del conjunto de Canadá en un referéndum a escala nacional²²¹.

Las causas del rechazo al acuerdo fueron múltiples. La baja popularidad de los líderes transformó la campaña en un plebiscito sobre su persona, aspecto que fue especialmente explotado por los conservadores del *Reform Party*, quienes rivalizaban políticamente con MULRONEY en el mismo espacio electoral²²². Este partido tenía gran influencia en el oeste. De hecho, el rechazo al acuerdo agrupó a más del 60% del electorado en Alberta, la Columbia Británica y Manitoba, donde hizo campaña contra algunos aspectos concretos del mismo como la garantía del 25% de la representación en los Comunes para Quebec. Paradójicamente, este aspecto no había sido demandado por

²¹⁹ STEIN (1993): 88-93.

²²⁰ Los electores de Nuevo Brunswick, Ontario, Terranova, la Isla del Príncipe Eduardo y los Territorios del Noroeste aprobaron el acuerdo, mientras que este fue rechazado en Alberta, la Columbia Británica, Manitoba, Saskatchewan, Nueva Escocia, Quebec y el territorio del Yukón.

²²¹ TAILLON (2014a): 152-155.

²²² MCROBERTS (1997): 217.

la provincia francófona²²³. El mismo había sido introducido como contraprestación a la pérdida de influencia de Quebec en el Senado a favor de las provincias del oeste. En la provincia de Quebec el PQ lideró la campaña contra el acuerdo al considerar que no respondía a las demandas de la sociedad quebequesa. Las ganancias para Quebec del Acuerdo de Charlottetown eran menores que las conseguidas en el Lago Meech. De las cinco propuestas efectuadas por Quebec años atrás, únicamente se cumplía íntegramente la relativa al Tribunal Supremo. La cláusula de sociedad distinta pasaba a formar parte de la Constitución, pero el impacto de la misma quedaba minorado por otras precisiones que menoscababan su valor. El derecho de veto quedaba excluido del acuerdo, mientras que las concesiones en materia migratoria y del poder de gasto eran similares a las del Lago Meech, sin satisfacer de manera completa las aspiraciones Quebec en ninguno de los dos ámbitos²²⁴.

El fracaso de la reforma suponía el fin de la vía constitucional como solución para integrar a Quebec y conseguir la ratificación de la Constitución de 1982 por parte de la Asamblea Nacional. La derrota del acuerdo de Charlottetown tuvo su continuación en los procesos electorales que se celebraron en los dos años siguientes. Los liberales volvían al poder tras las elecciones de 1993 bajo el liderazgo de CHRÉTIEN, convirtiéndose el *Bloc québécois* en el principal partido de la oposición dada la división imperante en el bando conservador. En 1994 se renovó la Asamblea Nacional, en lo que supuso la vuelta al poder del PQ con un programa que abogaba por la inmediata convocatoria de un referéndum sobre la soberanía de Quebec.

9. CANADÁ FRENTE AL ABISMO: EL REFERÉNDUM DE 1995

El fracaso de las rondas constitucionales del Lago Meech y Charlottetown reforzó las tesis soberanistas del PQ, para el que la vía constitucional era un callejón sin salida, la cual no permitía satisfacer las aspiraciones de autogobierno de Quebec²²⁵. El descontento de la sociedad quebequesa frente a la falta de comprensión y sensibilidad ante la diferencia de Quebec por parte del resto de Canadá había ido *in crescendo* desde la *patriación* constitucional de 1982. Los fracasos de ambas rondas constitucionales alimentaron la sensación de aislamiento y rechazo, si bien presentaban características diferentes. Mientras que el Acuerdo del Lago Meech estaba especialmente pensando

²²³ JOHNSTON (1993): 44.

²²⁴ GAGNON y ROCHER (1992): 125.

²²⁵ PARTI QUÉBÉCOIS (1994): 12.

para Quebec, quien desempeñó un papel activo durante su negociación, el de Charlottetown intentaba cubrir las reivindicaciones de otros colectivos, evidenciando la pérdida de peso de Quebec en la federación²²⁶.

El programa con el que el PQ se presentó a las elecciones dejaba clara su postura al respecto. El principal objetivo de la formación era la realización democrática de la soberanía de Quebec, es decir, la convocatoria de un referéndum a tal efecto. En el primer artículo del programa, detallaban qué se entendía por soberanía. Esta se estructuraba en tres vectores principales: la administración y recaudación por parte de Quebec de todos los impuestos y tributos generados en la provincia, la capacidad de la Asamblea Nacional para celebrar tratados internacionales y que únicamente las leyes aprobadas por esta fueran de aplicación en Quebec.

Estos tres vectores conllevaban la rotura del vínculo federal con Canadá, dada su incompatibilidad con los fundamentos de un estado compuesto. Los mismos resaltaban la forma que tenía el PQ de entender la estatalidad de Quebec, la cual se proyectaba en tres planos: legal, económico e internacional. El aspecto legal suponía el ejercicio de un autogobierno total, de manera que únicamente las leyes directamente aprobadas por la Asamblea Nacional tendrían validez en la provincia, lo que conllevaba una desconexión con la legalidad canadiense. En el plano económico se pretendía alcanzar una autonomía financiera completa, que permitiera desarrollar políticas públicas de manera autónoma sin las cortapisas del modelo federal, en una referencia implícita al poder de gasto. El tercer y último plano era el internacional. Este se configuraba como la expresión de soberanía, a la vez que permitía el reconocimiento de Quebec como sociedad lingüística y cultural francesa.

El programa del PQ era meridianamente claro al respecto: una victoria de la formación suponía un mandato para preparar la adhesión a la soberanía, que se materializaría en un referéndum convocado al respecto²²⁷. El periodo previo al mismo se emplearía en negociar con el resto de Canadá un acuerdo que permitiera mantener una unión económica y monetaria, así como la libre circulación de bienes y personas. Al igual que en 1980, el PQ modulaba el plano económico, apostando por el mantenimiento de una serie de vínculos con Canadá. Estos vínculos suponían la limitación de una de las características de soberanía que el propio partido había definido. La asociación económica con Canadá parecía tener como objetivo evitar las

²²⁶ BURGESS (1993) 369-371.

²²⁷ PARTI QUÉBÉCOIS (1994): 16.

posibles turbulencias económicas y financieras que podían derivarse de un proceso de secesión, a la vez que permitiría a Quebec permanecer en la NAFTA, tratado del cual dejaría de formar parte si se convertía en independiente y que era vital para su sector agrícola²²⁸. La oferta de un acuerdo de asociación económica también tenía un trasfondo político, pues el mismo era una condición indispensable para tener posibilidades de que el “sí” ganase. Si se planteaba directamente la independencia, sin mantener vínculo económico alguno con el resto de Canadá, las posibilidades de una victoria de la opción soberanista bajaban cualitativamente.

La Asamblea Nacional aprobó la *Loi 1*, una Ley sobre el futuro de Quebec, que debía entrar en vigor tras la victoria de la opción soberanista en el referéndum fijado para el 30 de octubre de 1995²²⁹. Esta norma contenía en su preámbulo una declaración de soberanía, donde se constataba la imposibilidad de reformar el federalismo canadiense para paliar los agravios que Quebec había sufrido desde la *patriación* de 1982. Dicha norma autorizaba a la Asamblea Nacional a proclamar la autodeterminación de Quebec, así como a negociar un tratado de asociación con Canadá. Además, establecía las bases de una nueva constitución para Quebec, a la vez que contemplaba una serie de disposiciones transitorias hasta su aprobación definitiva.

Para que se produjera la entrada en vigor de la *Loi 1*, debía haberse aprobado el acuerdo de asociación con Canadá, el cual se incluía en un anexo, o constatarse la falta de voluntad por parte de Canadá para concluir el mismo. La constatación de la falta de voluntad de acuerdo por parte de Canadá se configuraba como un resquicio legal que permitiría a Quebec declarar una secesión unilateral, sin necesidad de completar un proceso negociador. La exigencia de condiciones inasumibles para la federación sería suficiente para bloquear el proceso y alegar dicho bloqueo como falta de voluntad de acuerdo²³⁰.

La pregunta quedó redactada de la siguiente manera: *Acceptez-vous que le Québec devienne souverain, après avoir offert formellement au Canada un nouveau partenariat économique et politique, dans le cadre du projet de loi sur l'avenir du Québec et de l'entente signée le 12 juin 1995?*

²²⁸ KEATING (1997): 705-706.

²²⁹ *Projet de loi no. 1, Loi sur l'avenir du Québec*, 1995.

²³⁰ HÉBERT y LAPIERRE (2014): 39-56 muestran como PARIZEAU pensaba usar esta posibilidad para declarar la independencia unilateral en caso de victoria, aspecto que no era compartido por DUMONT y BOUCHARD.

Esta formulación resultaba ambigua, pues no se preguntaba al electorado de manera directa sobre la posibilidad de separarse de Canadá. En la misma, se huía de los términos independencia o secesión, en pos de la noción de soberanía. Además, se condicionaba la misma a la mencionada oferta formal de un nuevo acuerdo de asociación con Canadá. La pregunta únicamente reseñaba la necesidad de realizar la oferta, sin mención alguna a si debían entablarse negociaciones o al resultado de la misma.

Dado que la campaña electoral se regía por la ley quebequesa, el peso de la misma quedó inicialmente en manos de los líderes de Quebec. Los defensores del “sí” estaban encabezados por el Premier de Quebec PARIZEAU, mientras la campaña del “no” la lideraba Daniel JOHNSON Jr., líder del PLQ. Las primeras semanas de campaña estuvieron dominadas por las materias de índole económica, en particular la permanencia de un hipotético estado de Quebec en la NAFTA. La mayor parte de los sondeos otorgaban la victoria a los contrarios a la soberanía, tendencia que comenzó a revertirse cuando BOUCHARD, líder del BQ, fue designado como negociador del futuro acuerdo de asociación con Canadá, sustituyendo de hecho a PARIZEAU como líder del “sí”²³¹. BOUCHARD gozaba de grandes simpatías entre el electorado de Quebec, así como aportaba experiencia negociadora dado su pasado como miembro del gobierno federal y como negociador en el acuerdo del Lago Meech. Al igual que en 1980, el gobierno federal prometió reformas en el modelo federal con el objetivo de mejorar la posición de Quebec, en particular la aprobación de la cláusula de sociedad distinta, la cual se produjo con posterioridad al referéndum²³². Este aspecto constituía una novedad, puesto que el Primer Ministro CHRÉTIEN se había opuesto a la misma durante las negociaciones del Lago Meech. La recta final de la campaña estuvo marcada por el *Unity Rally*, una concentración de canadienses venidos de otras provincias en apoyo de la campaña del “no”, cuya derrota auguraban los sondeos. Esta campaña, financiada por

²³¹ CLOUTIER (1995): 36-39. A sensu contrario, FOX, ANDERSEN y DUBONNET; 419-423 relativizan la influencia de BOUCHARD, pues su análisis no concluye que este aumentara el voto del “sí”, si bien mantuvo la tendencia alcista de dicha opción en los sondeos.

²³² PÉREZ TREMPES (2004): 22-23. *House of Commons Debates, 35th Parliament, 1st Session: Vol. 133, No. 267 p. 16971*. El texto de la moción presentada era el siguiente: *Whereas the People of Quebec have expressed the desire for recognition of Quebec's distinct society;*
(1) *the House recognize that Quebec is a distinct society within Canada;*
(2) *the House recognize that Quebec's distinct society includes its French-speaking majority, unique culture and civil law tradition;*
(3) *the House undertake to be guided by this reality;*
(4) *the House encourage all components of the legislative and executive branches of government to take note of this recognition and be guided in their conduct accordingly.*

empresas de fuera de Quebec suponía una violación de la ley electoral provincial, además de exacerbar la tensión entre Quebec y el Canadá anglófono.

Finalmente, el resultado contradujo a los sondeos²³³, produciéndose una victoria del “no” con el 50.58% frente al 49.42%, una diferencia de menos de 55.000 votos con una tasa de participación superior al 93%²³⁴.

Si bien Canadá había conseguido evitar el desmembramiento de la federación, la polarización de la sociedad quebequesa se encontraba en su punto más elevado. Para muchos soberanistas fue una derrota dulce, pues pensaban que la consecución de una mayoría favorable a la independencia era solo cuestión de tiempo²³⁵. La federación acaba de atravesar el momento más crítico de su historia, quedando su integridad en serio peligro si no lograba acomodar con éxito a la sociedad quebequesa. Fracasada la vía constitucional, las fuerzas federalistas debían trabajar intensamente en buscar otras vías con las que satisfacer las necesidades de Quebec si querían evitar la celebración de un nuevo referéndum.

²³³ Como recogen FOX, ANDERSEN y DUBONNET: 414, todos los sondeos publicados en los diez días anteriores al referéndum daban la victoria al “sí”.

²³⁴ Para un análisis detallado de los resultados, incluido su distribución por regiones y lengua, vid. GAGNON y LACHAPELLE (1996): 177-191.

²³⁵ LÓPEZ BASAGUREN (2013): 64-65.

CAPÍTULO II

EN BÚSQUEDA DE UNA VÍA DE SALIDA A LA CRISIS CONSTITUCIONAL. DIFICULTADES Y RETOS EN LA INTEGRACIÓN DE QUEBEC

Una vez derrotada la opción secesionista en el referéndum, y dada la fortaleza mostrada por el movimiento soberanista, el gobierno federal dirigió su acción inmediata hacia un objetivo claro: evitar, o al menos dificultar en la medida de lo posible, la celebración de una nueva consulta. Para conseguir tal fin, el gobierno liberal de CHRÉTIEN incorporó como Ministro de Relaciones Intergubernamentales al politólogo Stéphane DION, quien será el encargado de dirigir la respuesta gubernamental al desafío secesionista. La misma, que aunará medidas tanto judiciales como legales, perseguirá evitar la amenaza de otra crisis constitucional fruto de una nueva consulta que desemboque en un proceso unilateral de independencia. Esta estrategia se dividió en dos partes, mostrando las diferentes sensibilidades que coexistían dentro del gabinete gubernamental. El Plan A, defendido por el Ministro de Economía Paul MARTIN, respondía a una línea blanda con el soberanismo, y era heredero de las promesas realizadas durante la campaña previa al referéndum de 1995. El mismo consistía en realizar pequeñas concesiones a Quebec, las cuales, sin poner en juego la unidad de Canadá, suponían pasos a favor del reconocimiento de la diferencia quebequesa. Por su parte, CHRÉTIEN y DION abogaban por un enfoque más duro a la hora de combatir al movimiento secesionista con el objetivo de impedir un nuevo proceso referendario: el Plan B.

1. LA ÚLTIMA PIEZA DEL PLAN A: LA LEY RELATIVA A LAS MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES

En un periodo que CAMERON denomina “de pánico post referendario”, el gobierno federal apostó por una serie de concesiones graduales a Quebec con el objetivo de desactivar la tensión secesionista¹. La de mayor calado fue la Ley relativa a las modificaciones constitucionales. Como se ha resaltado, el origen de las tensiones secesionistas se remonta a la *patriación* de la Constitución de 1982, la cual se realizó sin la aprobación de Quebec y, hasta la fecha, continúa sin contar con el respaldo expreso de la Asamblea Nacional.

¹ CAMERON (1998): 321.

Con la intención de evitar que futuras modificaciones de la Constitución sin la aprobación de Quebec contribuyeran a aumentar la tensión secesionista, el gobierno federal rescató la idea de otorgar un derecho de veto a Quebec. Este planteamiento no era nuevo en el panorama constitucional canadiense, constituyendo el mismo uno de los puntos exigidos por BOURASSA para que la Asamblea Nacional diera su aprobación a la Constitución de 1982. La idea fue retomada en las conferencias constitucionales del Lago Meech y de Charlottetown, sin que ninguna de las dos cristalizara; al igual que tampoco tuvo éxito la pretensión de que el Tribunal Supremo declarara la existencia un derecho de veto por parte de Quebec, al no concurrir los requisitos que permitiesen entender la existencia de una convención constitucional al respecto.

Aun así, el gobierno federal decidió ignorar estos precedentes y optó por una fórmula de veto regional de naturaleza similar a la contenida en la *Victoria Charter*. Un sistema de veto regional tiene la virtud de otorgar un derecho de veto a Quebec sin que ello pueda ser entendido como un privilegio a la provincia francófona o un agravio a las restantes. De esta manera se conjugan dos valores, a priori, de difícil conjunción: un derecho de veto para Quebec en materia constitucional y la igualdad de las provincias.

El veto regional no supuso modificación alguna de la Constitución, sino que fue introducido mediante un texto legal infraconstitucional². La norma establece la prohibición de que un Ministro de la Corona presente al Parlamento para su aprobación una modificación constitucional sin haber previamente obtenido el consentimiento de Ontario, Quebec, la Columbia Británica, dos o más provincias Atlánticas que agrupen al menos el 50% de la población de dicha región y dos o más provincias de las Praderas que juntas agrupen al menos el 50% de la población de la región. Quedan excluidas del veto regional aquellas modificaciones constitucionales regidas por los artículos 41 o 43 de la Constitución de 1982, es decir, aquellos donde se requiere unanimidad, así como las reguladas por el artículo 38.3, en lo referente al derecho de retirada. Por lo tanto, el procedimiento regulado por esta norma únicamente es de aplicación para aquellas materias sometidas al procedimiento general de reforma. PELLETIER recoge en su obra varias de las materias clave que considera afectadas por el veto regional, las cuales son de especial relevancia para el acomodo de Quebec en el seno de la federación³. Entre estas materias destacan especialmente la adopción de una “cláusula Canadá” a semejanza de la contenida en el Acuerdo de Charlottetown o de una cláusula de

² *An Act respecting constitutional amendments* (S.C. 1996, c. 1).

³ PELLETIER (1996): 329-331.

sociedad distinta que recogiera las particularidades de Quebec. La posible introducción de ambas disposiciones estaría regida por el procedimiento general y, por tanto, les sería de aplicación el veto regional. Otras materias contempladas en las dos fallidas rondas constitucionales como son la limitación del poder de gasto, la obligatoriedad de celebrar conferencias intergubernamentales o la unión social también quedarían cubiertas por el veto regional.

A efectos de la Ley reguladora de las modificaciones constitucionales, Canadá se divide en cinco regiones, otorgándose a cada una de ellas un derecho de veto. Esta división es novedosa puesto que por primera vez se considera a la Columbia Británica como región propia, desgajándola de las provincias del oeste y situándola al mismo nivel que Ontario y Quebec. Esto supone la creación de una región de las Praderas integrada por Alberta, Saskatchewan y Manitoba, aspecto que encierra un derecho de veto para Alberta dado que su población es mayor que de la de las otras dos provincias combinadas⁴. Esta nueva subdivisión supone una variación con respecto al modelo esbozado en la *Victoria Charter*, que concebía a la Columbia Británica como una provincia más del oeste. La otra modificación con respecto a dicho modelo es la de incluir un requisito poblacional para las provincias atlánticas, que no se contemplaba en la *Victoria Charter*. El veto regional supone un reconocimiento de la pujanza del oeste en la federación, que ha estado tradicionalmente dominada por las dos provincias centrales, Ontario y Quebec.

La articulación del derecho de veto mediante una norma de rango legal, y no constitucional, supone que la misma no afecta a los mecanismos de reforma contenidos en la Parte V de la Constitución de 1982, que permanecen inalterados. PELLETIER defiende que este hecho conlleva que la misma esté sujeta a interpretación judicial, siendo probable su inaplicación en el caso de que se pretendiera llevar a cabo una modificación constitucional que respetara el texto constitucional ignorando a la vez el veto regional⁵. Su carácter infraconstitucional llevó a algunos autores como TREMBLAY o WHYTE⁶ a defender durante su tramitación la inconstitucionalidad de esta, al

⁴ WOEHLING (1998): 339. Este derecho de veto para Alberta es producto de dos factores: la consideración de la Columbia Británica como región autónoma y el crecimiento poblacional experimentado por la provincia gracias al desarrollo de su industria petrolera, aspecto que ha contribuido a transformar cualitativamente la realidad de dicha provincia con respecto a sus orígenes consolidándola como una fuerza emergente dentro de la federación.

⁵ PELLETIER (1996): 326-327.

⁶ TREMBLAY (1996): afirmó que esta ley suponía una alteración del procedimiento de reforma, al añadir requisitos adicionales a los ya establecidos en la Constitución de 1982. Por ello, la validez de la misma quedaba en entredicho, estimando que no debía ser aprobada. Por su parte, WHYTE (1996) mostraba sus

considerar que conllevaba una reforma indirecta de la Constitución. Dicha afirmación fue rechazada en el mismo foro, entre otros, por MONAHAN y RYAN⁷ al considerar que el veto regional no supone ninguna limitación al Parlamento a la hora de ejercer sus funciones constitucionales, sino que únicamente afecta al gobierno⁸. Por lo tanto, el Parlamento puede decidir sin ninguna cortapisa sobre la reforma constitucional en base al texto constitucional sin que la norma suponga ninguna variación o alternación de los procedimientos de reforma contenidos en la Constitución.

Un aspecto a destacar es que la norma no contiene definición o precisión alguna sobre cómo debe obtenerse el consentimiento provincial. La necesidad de aprobación por parte del Parlamento provincial, la aprobación por parte del ejecutivo provincial o incluso la supeditación de la misma a un referéndum son opciones que quedan abiertas ante el silencio legal⁹. De esta forma queda a juicio del gobierno federal la determinación de si el método escogido por la provincia en cuestión es válido o no, añadiendo, si cabe, mayor complejidad al proceso.

La creación de un mecanismo de veto regional supone dificultar, aún más, la ya de por sí difícil reforma de la Constitución de Canadá¹⁰. La necesidad de alcanzar consensos se realza, dado que la combinación del mecanismo legal con el constitucional resulta en la necesidad de unanimidad para concluir con éxito cualquier reforma constitucional. Si bien alcanzar este elevado grado de consenso es difícil, no es imposible, como demuestran los procesos del Lago Meech y de Charlottetown donde todas las provincias estaban inicialmente de acuerdo en aprobar la reforma.

reservas sobre la constitucionalidad de la ley, si bien no creía que estas fueran concluyentes como para que la misma fuera declarada inconstitucional.

⁷ MONAHAN (1996) admitió que era posible defender que la Ley relativa a las modificaciones constitucionales suponía una modificación indirecta de la Constitución. Sin embargo, no creía que esta postura fuera la correcta dado que, en términos estrictamente legales, el veto regional no suponía una modificación de la Constitución. Este autor era partidario de introducir un límite temporal de 5 años de aplicación máxima de la medida puesto que su aplicación indefinida dificultaría, más allá de lo aconsejable, una futura reforma constitucional. RYAN (1996) era de la misma opinión, afirmando que la implementación de estas medidas con carácter definitivo conllevaría someter la reforma a dos tipos de normas diferentes, a la vez que se aumentaba la complejidad, abonando el terreno para nuevos conflictos en la materia. La limitación temporal de la vigencia de esta norma definida por estos autores evoca una idea similar a la que hay detrás de la cláusula *notwithstanding*, concibiéndola como un periodo transitorio para rebajar la tensión generada y evitar el estallido del sistema constitucional.

⁸ MONAHAN (2002): 206. En el mismo sentido HOGG (1999): 81.

⁹ Sobre la posibilidad de supeditar el consentimiento provincial a la celebración de un referéndum es de interés la obra de GRAMMOND (1997): 569-605. En esta línea, multitud de provincias y territorios han establecido diversos mecanismos referendarios, ya sean vinculantes, no vinculantes o facultativos, ante una futura modificación constitucional.

¹⁰ ALBERT (2015): 99-100, siguiendo el modelo de LUTZ (2006): 167-168, clasifica la rigidez de la Constitución de Canadá tras la aprobación del veto regional en 8 sobre 10.

Pese a que la Ley sobre las modificaciones constitucionales otorga a Quebec su ansiado derecho de veto, imposibilitando una reforma de la Constitución sin la aprobación de la provincia francófona; este se encuentra alejado del derivado de la dualidad canadiense defendido por Quebec durante las negociaciones de la *patriación* constitucional. La generalización del veto reafirma una concepción igualitaria de la diversidad regional, así como equipara el estatus de la Columbia Británica con Ontario y Quebec. Esto implica que cualquier ronda constitucional futura tendrá que tener presente los intereses de Quebec y su condición de pueblo fundador, impidiéndose cualquier aislamiento de la provincia francófona en un proceso de reforma. De la misma manera, los intereses del oeste deberán reconciliarse con los de las otras regiones en busca de amplios consensos que permitan llevar a cabo una reforma de la Constitución.

La Ley de modificaciones constitucionales estaba llamada a ser la primera piedra de un proceso de acomodo progresivo de Quebec que contribuyera a rebajar la tensión secesionista y a transitar un camino hacia una mayor integración de la diferencia quebequesa en el seno de la federación. Sin embargo, la aprobación de la misma puede dificultar la inclusión en el texto constitucional de las demandas de Quebec, como es el caso de la cláusula de sociedad distinta, puesto que amplía los actores con derecho a veto dificultando el proceso de negociación y conduciendo inexorablemente hacia la necesidad buscar la unanimidad¹¹. La ley sobre modificaciones constitucionales parece haber tenido el efecto adverso al pretendido, dificultando más aún la integración de Quebec, perjudicando a la causa federalista¹².

2. EL DICTAMEN SOBRE LA SECESIÓN DE QUEBEC: ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA MANERA DE CONCEBIR LA CONSTITUCIÓN?

Los resultados del referéndum de 1995 evidenciaron la extrema división existente en la sociedad quebequesa en torno a la cuestión de la soberanía. Por un lado, los soberanistas pensaban que la victoria era cuestión de tiempo y comenzaban a identificar los puntos débiles del apoyo a su causa –los poderes económicos y las minorías étnicas a los que PARIZEAU aludió en su discurso la noche del referéndum¹³–. Por otro, los federalistas trataban de recomponerse tras constatar que el apoyo del que

¹¹ PELLETIER (1996): 335-336.

¹² MONAHAN (2002): 207.

¹³ El líder quebequés afirmó en rueda de prensa tras conocerse los resultados del referéndum que “*C'est vrai, c'est vrai qu'on a été battus, au fond, par quoi? Par l'argent pis des votes ethniques, essentiellement*”, unas declaraciones que generaron gran controversia en torno a la condición étnica y excluyente del nacionalismo quebequés.

gozaba el soberanismo era más fuerte de lo esperado, así como comprendieron la necesidad de reaccionar ante la voluntad de estos de declarar la independencia unilateral en caso de victoria. Con el objetivo de afrontar este desafío, el gobierno federal de CHRÉTIEN se afanó en poner en práctica el plan trazado por DION con el objetivo de evitar, en la medida de lo posible, el surgimiento de una nueva crisis constitucional. La primera medida del Plan B fue recurrir al plano judicial. El gobierno federal decidió solicitar al Tribunal Supremo la emisión de una opinión consultiva relativa a la posibilidad de una independencia unilateral por parte de Quebec¹⁴. El ejecutivo federal planteó esta cuestión desde dos ángulos diferentes: el derecho interno y el Derecho Internacional. Por ello, inquiere al TS sobre si alguna de estas fuentes otorga a Quebec, ya sea a su Parlamento o a su gobierno, un derecho de secesión unilateral, así como cuál de las dos primaría en caso de conflicto entre las mismas.

2.1. Los principios constitucionales: alcance y significado

El Tribunal Supremo abordó estas cuestiones en el *Reference re Secession of Quebec*¹⁵. Desde el comienzo de su análisis, el Tribunal Supremo es consciente de la importancia del mismo dado que versa sobre cuestiones constitucionales con gran relevancia, las cuales tienen un importante y sensible trasfondo político¹⁶. Un aspecto a destacar es que la construcción realizada por el Tribunal en el *Secession Reference* es fruto de la unanimidad entre sus miembros, a diferencia de lo ocurrido con el *Patriation Reference*, donde los mismos se encontraban divididos sobre la cuestión.

La primera cuestión versaba sobre si, a la luz de la Constitución canadiense, es posible que Quebec declare la secesión de Canadá de manera unilateral. Al realizar este análisis el TS expande la Constitución, afirmando que la misma va más allá de las

¹⁴ En el sistema constitucional canadiense el Tribunal Supremo tiene atribuida, además de la estrictamente jurisdiccional, una función consultiva. Dicha función faculta al gobierno federal, a través del Gobernador General, a referir (*reference/renvoi*) cuestiones, tanto jurídicas como de hecho, para su consideración y respuesta por parte del Tribunal. Esta función está presente en Canadá desde la creación del Tribunal Supremo en 1875, siendo perfilada en su formato actual en el artículo 53 de la *Supreme Court Act*. Entre otras materias, estas cuestiones pueden versar sobre la interpretación de los textos constitucionales, la constitucionalidad o interpretación de una norma federal o provincial o los poderes y prerrogativas de los parlamentos y ejecutivos tanto a nivel federal como provincial. Las dos cámaras del Parlamento federal también pueden solicitar una opinión consultiva sobre las *private member bills*, es decir, aquellas propuestas legislativas que no proceden del gobierno. Asimismo, en su condición de tribunal de última instancia, el Tribunal Supremo es competente para decidir en apelación sobre las opiniones consultivas solicitadas por los ejecutivos provinciales a sus respectivas Cortes de Apelación. La competencia consultiva de los tribunales canadienses ha sido estudiada en detalle por MATHEN (2019), quien destaca la importancia de la misma e ilustra cómo esta ha ido moldeando el sistema constitucional canadiense desde los orígenes de la Confederación hasta nuestros días.

¹⁵ *Reference re Secession of Quebec*¹⁵, [1998] 2 S.C.R. 217, en adelante, *Secession Reference*.

¹⁶ *Secession Reference*, par. 1.

normas escritas que la integran. Para el tribunal, dichas normas, enumeradas en el artículo 52.2 de la Constitución de 1982, no pueden entenderse de manera exhaustiva sino que son completadas por una serie de principios no escritos. Estos son: el federalismo, la democracia, el constitucionalismo y el imperio de la ley y la protección de las minorías. Los magistrados entienden que la Constitución canadiense va más allá del texto escrito, constituyendo una estructura más amplia en la que se integra el sistema de normas y principios que gobierna el ejercicio de la autoridad constitucional, así como las prerrogativas parlamentarias y las convenciones constitucionales¹⁷. El Tribunal usa de manera intercambiable los términos reglas y principios, sin establecer diferencia alguna entre los mismos, en claro contraste con autores como DWORKIN¹⁸. En su argumentación, el Tribunal Supremo construye normas específicas a partir de principios abstractos que, afirma, ya estaban en la arquitectura interna del texto constitucional. Esta construcción se justifica en la necesidad de integrar una laguna existente en la Constitución, como es la no regulación de la secesión de una provincia del resto de la federación¹⁹.

El reconocimiento de principios implícitos no suponía una novedad en Canadá, pues continuaba con la línea establecida en el *Provincial Judges Reference*²⁰. En el mismo, un asunto relativo a la disminución del salario de los jueces como parte de un paquete de medidas de reducción del déficit, el Tribunal Supremo identificó el principio de independencia judicial como parte de la Constitución derivándolo del Preámbulo de la Constitución de 1867, el cual establece una Constitución para Canadá similar en principio a la del Reino Unido²¹. La lectura de dicho principio en el preámbulo generó controversia. Esta aumentó con la creación de una obligación de crear unas comisiones *ad hoc* para fijar el salario de los jueces²². Con esta obligación, el Tribunal estaba

¹⁷ *Ibidem*, párrafos 31 y 32.

¹⁸ DWORKIN (1989): 61-101 establece dos diferencias entre ambos conceptos dentro de su crítica al positivismo de HART. En primer, concibe los principios como formulaciones abstractas que no establecen consecuencias jurídicas inmediatas, a diferencia de las reglas cuyo carácter concreto implica su aplicación directa o su descarte al no influir en el caso. Por otro lado, los principios se diferencian de las reglas en que la importancia de los mismos es valorable habiendo principios con más peso que otros, mientras que todas las reglas tienen el mismo valor no existiendo diferencias de importancia entre ellas.

¹⁹ Entiéndase laguna en el sentido tradicional, es decir, en aquellas situaciones donde el derecho vigente no contiene ninguna norma aplicable, general o específica, a un caso concreto. Esta concepción de laguna jurídica es criticada por KELSEN (1982): 254-258 quien niega la existencia de lagunas en el derecho al entender que el derecho vigente siempre es aplicable y permite resolver cualquier litigio.

²⁰ *Reference re Remuneration of Judges of the Prov. Court of P.E.I.; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Prov. Court of P.E.I.* [1997] 3 S.C.R. 3, par. 92.

²¹ *Ibidem*, par. 96.

²² Una crítica de esta decisión puede consultarse en LECLAIR y MORISSETTE (1998): 485-514.

creando una obligación de resultado de obligado cumplimiento para los gobiernos provinciales a partir de un principio constitucional no escrito.

Los principios del *Secession Reference* poseen unas características que los diferencian en alcance y naturaleza del principio de independencia judicial. A diferencia del anterior, que debe su valor constitucional al preámbulo, estos nuevos principios son estructurales, dado su carácter amplio y latente, pudiéndoseles dar diferentes significados, si bien su existencia es independiente de los mismos²³. La existencia de principios implícitos no supone la pérdida de primacía del texto constitucional, la cual es reiterada por el Tribunal Supremo como garantía de certeza y predictibilidad²⁴. En consecuencia, estos principios informan y sostienen el texto constitucional conformando la base no escrita en la que se fundamenta la Constitución, dado que representan la arquitectura interna de la misma²⁵. Los mismos suponen el sustrato vital (*lifeblood*) y su respeto permite a la Constitución evolucionar como un sistema vivo²⁶. El recurso a esta metáfora del árbol vivo²⁷ (*living tree*) supone un rechazo al originalismo como canon de interpretación constitucional, al reconocer el Tribunal que la misma evoluciona para adaptarse a las circunstancias actuales, no quedándose anclada en la concepción que de ella tuvieron los Padres de la Confederación²⁸.

Los principios constitucionales identificados por el Tribunal Supremo no pueden ser tenidos en cuenta de manera aislada, dado que los mismos funcionan en simbiosis. Asimismo, la aplicación de uno de ellos no puede suponer la exclusión de otro²⁹. Estas consideraciones son de una importancia capital a la hora de abordar la problemática de la secesión unilateral de Quebec, dadas las visiones contrapuestas sobre la cuestión. Los partidarios de la secesión esgrimían el principio de democracia como valedor de la secesión unilateral tras un referéndum favorable al efecto. Para estos, la voluntad del pueblo se configuraba como un valor supremo, el cual no podía ser contradicho. En cambio, los contrarios al proceso secesionista justificaban su negativa sobre la base del principio de legalidad, dado que la Constitución no contempla mecanismo alguno para la secesión.

²³ GAUDREAU-DESBIENS (2006a): 186.

²⁴ *Secession Reference*, par. 53.

²⁵ *Ibidem*, par. 50.

²⁶ *Ibidem*, párrafos 51 y 52.

²⁷ Sobre la misma y su impacto comparado vid. PIERDOMINICI (2017): 85-104.

²⁸ GAUDREAU-DESBIENS (2006a): 182.

²⁹ *Secession Reference*, par. 49.

Siguiendo esta línea, el Tribunal Supremo enfatiza la vinculación existente entre legalidad y legitimidad en el sistema constitucional canadiense³⁰, intentando reconciliar ambos valores mediante el recurso a los principios constitucionales tal como habían sugerido varios autores³¹. Esta vinculación implica que no puede existir una democracia real sin soporte legal, es decir, sin imperio de la ley³². Es la ley la que crea el sistema institucional que permite la expresión de la voluntad popular de manera democrática. Por lo tanto, únicamente gozan de legitimidad aquellas instituciones democráticas con soporte legal, pues son las que permiten articular la participación de los ciudadanos y la rendición de cuentas a estos a través de instituciones públicas creadas por la Constitución³³. Sin embargo, tal como el propio Tribunal pone de manifiesto, ningún sistema democrático puede sobrevivir asentado exclusivamente en el principio de legalidad, pues su supervivencia también depende de la legitimidad. Para el Tribunal, esta legitimidad se asienta, en el sistema canadiense, sobre la interacción entre el principio democrático y el principio de legalidad que subyacen a la Constitución, pues el sistema debe ser capaz de reflejar las aspiraciones del pueblo. Esta interacción, plasmada en el principio de constitucionalismo, permite reconciliar estos dos valores, los cuales están sometidos a importante tensión en un proceso de secesión como el acaecido en Quebec. Al igual que la democracia no puede ser concebida sin ley, la ley no puede ignorar la voluntad democrática mayoritaria de los ciudadanos, pues perdería cualquier atisbo de legitimidad. Esta interrelación entre el principio democrático y el de legalidad resulta en la legitimidad del sistema, posibilitando que el mismo despliegue sus efectos incluso en situaciones de crisis.

La noción de voluntad democrática mayoritaria no puede ser tenida en cuenta sin prestar atención al principio federal. El hecho de que Canadá sea un estado federal implica que pueden existir diferentes mayorías en torno a un asunto a lo largo de la federación, siendo todas ellas igual de legítimas³⁴. El sistema federal permite que cada unidad sub-estatal pueda perseguir objetivos diferentes, que respondan a las diferentes preferencias e intereses de sus ciudadanos. La regla de la mayoría tampoco puede ser concebida como un valor absoluto por sí misma, pues el Tribunal cree que sería un error

³⁰ *Ibid.*, par. 33.

³¹ HOWSE y MALKIN (1997): 192-195. WADE y MACLAUCHLAN (1997): 170-185.

³² Secession Reference, par. 67.

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem*, par. 66.

reducir la legitimidad a la misma sin tener en cuenta los otros principios constitucionales³⁵.

Mediante la interrelación entre estos principios, el Tribunal Supremo rechaza que un voto mayoritario en una provincia sea legítimo para ignorar la Constitución y proclamar la secesión, pues este argumento, pese a ser “superficialmente persuasivo, supone malinterpretar el significado de la soberanía popular y la esencia de la democracia constitucional”³⁶. Para el TS, los canadienses nunca han aceptado que su sistema constitucional se base en la simple regla de la mayoría, sino que su concepción de la democracia es mucho más amplia, interrelacionándose con los otros principios ya mencionados³⁷. En consecuencia, la voluntad democrática del pueblo de una provincia no puede ignorar las normas constitucionales, dado el carácter vinculante de estas, sino que debe amoldarse a las mismas canalizando sus aspiraciones a través de la reforma constitucional, respetando los derechos de todas las partes implicadas. Al ser la Constitución expresión de la soberanía del pueblo de Canadá, esta es reformable, siguiendo los procedimientos establecidos, en los términos que el pueblo estime convenientes, incluida, si así lo considerara pertinente, la posible secesión de Quebec.

La necesidad de reformar la Constitución para poder alcanzar la secesión supone que esta debe producirse “de acuerdo con la Constitución”, por lo que no puede producirse de manera unilateral. La aplicación conjunta y simultánea de los principios constitucionales tiene el efecto de excluir las posturas extremas de ambas partes, posibilitando la búsqueda de un punto de entendimiento entre dos posiciones, a priori, irreconciliables³⁸. Esta búsqueda del equilibrio es una de las grandes aportaciones del *Secession Reference*, pues intenta adaptar el marco legal existente a una situación que podría desembocar en la rotura del sistema constitucional.

2.2. Un cambio de paradigma: la secesión desde el derecho interno

Aunque fuera la segunda pregunta planteada por el gobierno federal, es necesario señalar que el Tribunal Supremo, tras un exhaustivo análisis, rechaza que exista, de acuerdo con el Derecho Internacional, un derecho de autodeterminación aplicable a Quebec. El Tribunal entiende que este se encuentra acotado a aquellos pueblos oprimidos o sujetos a dominio colonial, circunstancias que no concurren en un

³⁵ *Ibidem*, par. 67.

³⁶ *Ibidem*, par. 75.

³⁷ *Ibidem*, párrafos 75 y 76.

³⁸ ROMERO CARO (2017): 144.

estado democrático como Canadá³⁹. Este rechazo no solo tiene importantes consecuencias en cuanto a que desactiva un argumento recurrente entre los partidarios de la secesión, sino que también supone que el Tribunal Supremo pasa a centrar la problemática en torno a una hipotética secesión de Quebec en el ámbito del derecho interno canadiense⁴⁰.

A la hora de enfocar la cuestión desde el derecho interno, el Tribunal Supremo construye su análisis partiendo de dos premisas básicas: el silencio de la Constitución de Canadá en lo relativo a la secesión de una de las provincias que la integran, así como la inexistencia de una cláusula que declare la unidad o indivisibilidad del territorio. De igual manera, el Tribunal constata que la Constitución tampoco contempla la figura del referéndum, cuyos resultados no pueden entenderse con efecto legal directo en el sistema constitucional –y, por tanto, no avalan una posible secesión unilateral–. A pesar de ello, el Tribunal Supremo reconoce el valor del referéndum como expresión de la voluntad popular respecto a una cuestión concreta⁴¹, pues el principio democrático obliga a que se reconozca el “peso considerable” que tendría una expresión clara por parte del electorado de Quebec de su voluntad de separarse del resto de Canadá, abriendo una vía a una hipotética aceptación de la secesión desde el derecho interno.

Esta expresión popular clara a favor de la secesión conferiría legitimidad a la pretensión del gobierno de Quebec de iniciar un proceso negociador de reforma constitucional con el objetivo de separarse de Canadá. Para el Tribunal, esta claridad se predica tanto de la pregunta como del resultado⁴². El Tribunal recalca su concepción de la noción de mayoría clara en un sentido cualitativo, y, por tanto, va más allá del sentido cuantitativo en términos meramente aritméticos⁴³. Este aspecto, frecuentemente

³⁹ El Tribunal entiende como opresión el caso de aquellos pueblos que se encuentran bajo ocupación militar, sometidos al yugo, explotación o dominio extranjero, o a los que se niega cualquier acceso real a un gobierno que permita que se desarrollen económica, política o culturalmente (Secession Reference, par. 138).

⁴⁰ La tercera pregunta inquiría sobre qué solución primaría en el caso de una hipotética incompatibilidad entre el Derecho Internacional y el derecho interno. Sin embargo, dada la inexistencia de un derecho de autodeterminación aplicable a Quebec a la luz del Derecho Internacional, el Tribunal Supremo entendió que no existía conflicto alguno y, por tanto, no era necesario ir más allá.

⁴¹ Secession Reference, párrafos 85-87.

⁴² La opinión del Tribunal Supremo no contiene un concepto de pregunta o mayoría clara, un aspecto criticado por ROCHER (2017): 47-52, quien considera que el Tribunal ofreció oscuridad en lugar de claridad.

⁴³ *Ibidem*, par. 87.

ignorado por la doctrina en España, tiene importantes consecuencias a la hora de considerar, o no, como claro el resultado del referéndum⁴⁴.

La distribución territorial de los apoyos a la secesión en un referéndum es un factor relevante. A la luz de esta noción cualitativa y, en conexión con los principios que subyacen a la Constitución –especialmente el de protección de las minorías–, es posible que pudiera llegar a plantearse el problema sobre la necesidad de discutir acerca de la divisibilidad del territorio de Quebec con el objetivo de dar respuesta a algunas circunstancias especiales.

Atendiendo a los resultados del referéndum de 1995, es fácil identificar tres zonas donde concurren circunstancias especiales. Las comunidades indígenas presentes en el norte de Quebec, fundamentalmente los Cree y los Inuit, convocaron sus propios referéndums con el objetivo de mostrar su deseo de permanecer en Canadá⁴⁵. Estas comunidades se asientan en territorios más amplios que trascienden las fronteras de la provincia de Quebec, por lo que una hipotética independencia de la misma los separaría del resto de los integrantes de su pueblo. Además, cabe recordar que la competencia en materia de comunidades indígenas es de titularidad federal, gobierno que es garante de los tratados firmados con dichas comunidades, lo cual contribuye a la necesidad de tener en cuenta esta circunstancias en las negociaciones sobre la secesión. Junto a esta, pueden observarse otras dos regiones: el sur de la isla de Montreal y la zona del Outaouais. Más allá de que en ambas zonas el rechazo a la secesión se situó en cotas cercanas al 70%, concurren dos circunstancias a reseñar. El sur de la isla de Montreal está habitado mayoritariamente por población anglófona, comunidad que constituye una minoría dentro de Quebec, encontrándose protegida por tal condición por el principio constitucional de respeto a las minorías. En el caso del Outaouais y, en particular, del Gatineau, está presente una circunstancia peculiar como es la pertenencia de la misma a la región capital federal, que hace que dicha zona se encuentre, en parte, bajo jurisdicción federal⁴⁶. Estas circunstancias especiales deben formar parte del sentido

⁴⁴ ROMERO CARO (2017): 139-151. Un ejemplo de este olvido puede encontrarse en PÉREZ TREMPES (2004), una de las obras más influyentes en España sobre el dictamen del Tribunal Supremo. La excepción a este olvido la encontramos en LÓPEZ BASAGUREN (2005): 11-23 quien sí ha destacado la importancia de esta cuestión.

⁴⁵ WHERRETT (1996): 4-7 cifra en un 95% el apoyo de las Primeras Naciones a su continuidad en Canadá. Destacan los datos de los Cree, los cuales votaron por dicha opción en un 96,3% con un 77% de participación, así como los Inuit con un 96% con un 76% de participación.

⁴⁶ Algunos sectores del municipio de Gatineau (Quebec), como Hull o Aylmer, se encuentran dentro de la Región de la Capital Nacional, una unidad de carácter administrativo y no político, creada en 1958 por la *National Capital Act, Statutes of Canada 1958, 7 Elizabeth II, Chap. 37*. En la actualidad, esta región se encuentra regulada en la *National Capital Act* (R.S.C., 1985, c. N-4), cuyo Anexo detalla el territorio que

cualitativo exigido por el Tribunal Supremo para considerar libre de ambigüedad el resultado de un eventual referéndum, siendo necesario tener en cuenta más consideraciones que el mero resultado numérico.

El principio federal, en conjunción con el principio democrático, conlleva que una decidida voluntad por parte del pueblo de una provincia de repudiar el orden constitucional existente para lograr la secesión imponga la creación de una obligación recíproca, aplicada a todas las partes integrantes de la Confederación, de negociar un cambio constitucional que permita responder a dicho deseo⁴⁷.

La voluntad legítima de una de las partes integrantes de la Confederación, Quebec en este caso, de iniciar un proceso de reforma constitucional que derive en la secesión de la provincia del resto de Canadá tras un resultado favorable en un referéndum tiene, para el Tribunal Supremo, el efecto corolario de crear una obligación de negociar sobre la misma al resto de actores. Con esta afirmación, el Tribunal está creando, a partir de los principios constitucionales, una obligación jurídica para el resto de provincias y el gobierno federal. A diferencia de en el *Provincial Judges Reference*, no estamos ante una obligación de resultado, sino ante una obligación de medio, que supone una intrusión mucho menor en la autonomía gubernamental⁴⁸. Esta obligación de negociar de buena fe es independiente del resultado que se alcance en dicha negociación, estando la misma regida por los cuatro principios constitucionales ya tratados.

La creación de este deber supone, como se afirmó con anterioridad, el rechazo de las posturas extremas. Ello implica descartar que del principio democrático pueda derivarse la existencia de una obligación legal por parte del gobierno federal y del resto de provincias de acceder a la secesión de Quebec, sujeta únicamente a los detalles logísticos de la secesión. El Tribunal fundamenta este rechazo en el hecho de que Quebec no puede pretender imponer al resto de actores los términos de la negociación, pues, de ser así, esta no existiría realmente. Igualmente, el TS reconoce que sería ingenuo pensar que el objetivo substantivo de la secesión sea fácilmente diferenciable de los detalles prácticos de esta pues “*the devil would be in the details*”, especialmente

integra la misma, incluyendo partes tanto de Ontario como de Quebec. En dicha región el gobierno federal es titular de numerosas parcelas donde se asientan oficinas del gobierno, además de supervisar la planificación urbana, gozando, incluso, de competencia expropiatoria, a través de la *National Capital Commission*.

⁴⁷ *Secession Reference*, par. 88.

⁴⁸ GAUDREAU-DESBIENS (2006a): 186.

dada la integración existente en los campos económico, político o social⁴⁹. Lo endiabrado y complejo de esta negociación se debe a que ningún proceso negociador puede ser efectivo si el resultado del mismo, la secesión, es tomado como “un derecho absoluto a materializarlo en la Constitución”, pues una conclusión ineludible en dicho sentido supondría, en realidad, destruir la obligación de negociar, vaciándola de contenido⁵⁰. Con esta afirmación, el Tribunal Supremo viene a mostrar que no es suficiente con la manifestación de una voluntad mayoritaria a favor de la secesión en una provincia para que esta sea posible en la práctica, pues existen multitud de cuestiones extremadamente complejas que trascienden la condición de detalles logísticos y que, por el contrario, son cuestiones sustanciales de amplias implicaciones prácticas⁵¹. Es decir, el voto mayoritario en referéndum a favor de romper el vínculo con la federación canadiense no supone una solución a los problemas que en la práctica se derivaran del proceso negociador, cuya complejidad podría llegar incluso hasta el extremo de hacer inviable la secesión.

En clara conexión con lo anterior, el Tribunal Supremo rechaza igualmente que una clara expresión por parte del pueblo de Quebec de su voluntad de separarse del resto de Canadá pueda no conllevar obligación alguna para el resto de actores constitucionales, pues el sistema constitucional no puede permanecer indiferente a dicha voluntad, ya que menoscabaría el principio democrático⁵². Esta cuestión es de especial relevancia, puesto que una negativa a negociar por parte del gobierno federal reforzaría la legitimidad de la pretensión de los soberanistas quebequeses. En esta premisa se basaba la postura defendida por PARIZEAU en el referéndum de 1995, quien pensaba declarar la soberanía de Quebec una vez el gobierno federal se negara a negociar un tratado de soberanía-asociación. Esta cuestión de legitimidad, que debe dilucidarse en la política, se entronca con una materia que el Tribunal trata de manera tangencial, como es la posibilidad de una secesión de hecho. La viabilidad de la misma, aun cuando se produjera violando el derecho interno canadiense y fuera de los supuestos del Derecho

⁴⁹ Secession Reference, par. 91.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ La complejidad de este tipo de negociaciones apuntada por el Tribunal Supremo ha quedado evidenciada durante el proceso negociador del *Brexit* (LÓPEZ BASAGUREN, 2017b: 122-123). A pesar de que existe un derecho legal a la retirada del Reino Unido de la Unión Europea, la negociación de retirada y del futuro acuerdo de relación va más allá de los meros detalles logísticos de la retirada pues afecta a numerosas cuestiones sustanciales de gran relevancia. La decisión mayoritaria de salir de la Unión Europea tomada en referéndum no soluciona los problemas derivados de dicha complejidad, aspecto que, incluso, podría hacer inviable la retirada.

⁵² Secession Reference, párrafos 91 y 92.

Internacional, pasaría necesariamente por dos factores: el control efectivo del territorio por parte de un hipotético gobierno de Quebec, así como el reconocimiento de este como estado independiente por la sociedad internacional⁵³. Precisamente, esta última cuestión está estrechamente vinculada con cómo sea percibida la legitimidad de la pretensión secesionista por parte de los actores internacionales, visión en la que influirá el comportamiento adoptado por los actores constitucionales durante las negociaciones que subsigan al resultado de un hipotético referéndum.

La exclusión de estas dos posturas se fundamenta en que los principios que subyacen a la constitución no son absolutos, por lo que la invocación de uno de ellos no puede suponer la exclusión del resto⁵⁴. La reconciliación de estos principios entre sí conlleva que el gobierno federal y el resto de provincias no puedan ejercer sus derechos de manera que ello suponga la negación absoluta de los derechos de Quebec, al igual que esta provincia, mientras ejerza sus derechos respetando a la vez los de las otras partes, tiene derecho a reclamar la secesión y a intentar alcanzarla por la vía de la negociación.

Como se ha resaltado, el proceso de negociaciones debe estar presidido por los cuatro principios identificados por el Tribunal Supremo, que deben informar el comportamiento de todos los actores intervinientes⁵⁵. En consecuencia, la falta de respeto a los principios constitucionales por parte de una de las partes podría poner seriamente en riesgo la legitimidad de las pretensiones de esta e, incluso, el proceso de negociación en su conjunto⁵⁶. Como el propio Tribunal señala, una quiebra del deber de negociar y/o de los principios que lo rigen dañaría la legitimidad de la parte en cuestión, siendo más probable el reconocimiento internacional de un Quebec independiente si esta provincia, respetando sus obligaciones constitucionales, se encuentra con la intransigencia del resto de gobiernos que no respetara los mismos⁵⁷.

El Tribunal es consciente de que el proceso negociador es de incierto resultado dada la extremada complejidad del mismo⁵⁸. Por ello, advierte, aunque la posibilidad de la secesión debe formar parte de las negociaciones, no pudiendo ser descartada de antemano, no existe ningún derecho legal a la misma; así como tampoco puede

⁵³ *Ibid.*, párrafos 140-146.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 93.

⁵⁵ *Ibid.*, par. 94.

⁵⁶ *Ibid.*, par. 95.

⁵⁷ *Ibid.*, par. 103.

⁵⁸ *Ibid.*, par. 96.

imponerse como una obligación, no pudiendo descartarse que no sea posible alcanzar un acuerdo.

A pesar de esta complejidad e incertidumbre, el Tribunal Supremo deja en manos de los actores políticos la resolución de la negociación pues, afirma, su rol debe limitarse a interpretar el marco constitucional en el que deben tomarse las decisiones políticas⁵⁹. En consecuencia, el Tribunal afirma no tener ningún rol de supervisión sobre dichas negociaciones⁶⁰. De igual modo, el Tribunal considera que el inicio del proceso, la existencia de una mayoría clara en sentido cualitativo al respecto de una pregunta clara, es un elemento que se encuentra únicamente sujeto a la evaluación política, pues son los actores políticos quienes tienen la información y la experiencia para determinarlas⁶¹. El Tribunal Supremo deja entrever que las nociones de mayoría clara y pregunta clara que darían lugar al deber de negociar podrían ser consideradas como no justiciables al ser de naturaleza política, incluso en el caso de que este fuera consultado⁶². Sin embargo, el propio Tribunal matiza esta cuestión al afirmar que la no justiciabilidad de aquellos aspectos que carecen de un componente legal no supone que el marco constitucional pierda su carácter imperativo ni que las obligaciones constitucionales –los principios que subyacen a la Constitución– puedan ser violadas sin que ello acarree graves consecuencias jurídicas⁶³. Por lo tanto, aunque el Tribunal atribuye tanto la determinación de las nociones de la claridad como el desarrollo de la negociación a los actores políticos –y, en última instancia al electorado–, este no parece cerrar la puerta a discernir, en caso de que se le planteara la cuestión, sobre dichos aspectos; en particular en lo relativo a una posible violación de los principios que subyacen a la Constitución⁶⁴.

⁵⁹ *Ibid.*, par 100.

⁶⁰ GAUDREAU-DESBIENS (2014): 771.

⁶¹ “*The Court has no supervisory role over the political aspects of constitutional negotiations. Equally, the initial impetus for negotiation, namely a clear majority on a clear question in favour of secession, is subject only to political evaluation, and properly so. [...] Only the political actors would have the information and expertise to make the appropriate judgment as to the point at which, and the circumstances in which, those ambiguities are resolved one way or the other*”. (Secession Reference, par. 100).

⁶² Secession Reference, par. 101. LECLAIR (2017): 1022-1023.

⁶³ *Ibid.*, par. 102.

⁶⁴ Siguiendo esta idea, GAUDREAU-DESBIENS (2006a): 184-185 y 201-202 estima que aunque el deber de negociar pueda no ser exigible ante los tribunales al ser de naturaleza política, sí que los son los principios constitucionales, dado su indudable carácter jurídico. De la misma idea es MONAHAN (1999): 96, quien considera que el rechazo a analizar esta cuestión podría derivar en que se estuviera violando la Constitución a la hora de realizar la negociación y que no hubiera ningún mecanismo jurídico para frenarlo.

En el caso de que el resultado de las negociaciones conduzca a la secesión, el Tribunal reitera la necesidad de que la misma se articule desde el derecho interno a través de una reforma constitucional. Sin embargo, los magistrados no estimaron necesario precisar cuál de los diferentes mecanismos debe seguirse⁶⁵. Para GAUDREAU-DESBIENS, esto se debe a que cualquier reforma constitucional relativa a la secesión debe estar condicionada por el respeto a los principios constitucionales identificados por el Tribunal, con el objetivo de evitar que una aplicación literal de los mecanismos de reforma supusiera la negación radical de la secesión al no estar esta expresamente contemplada en el texto constitucional⁶⁶.

Ante esta indeterminación, la pregunta que surge es: ¿cuál debería ser el procedimiento aplicable a la secesión? De los cinco procedimientos contemplados en la Constitución de 1982, tres de ellos, los contemplados en los artículos 43, 44 y 45; son claramente inaplicables. Dada la especial naturaleza de la secesión, una enmienda en tal sentido no puede ser adoptada de forma unilateral por el Parlamento federal, pues este procedimiento se encuentra limitado a modificaciones relativas al ejecutivo o a las cámaras del Parlamento federal; ni por la provincia que pretende secesionarse, al ser la cuestión de la secesión mucho más compleja que una mera modificación de la constitución interna de la provincia. De igual manera, el procedimiento del artículo 43 tampoco es de aplicación, pues este está dirigido a aquellas modificaciones constitucionales que afectan a varias provincias pero no a todas, siendo la secesión una materia que, por su propia naturaleza, afecta al conjunto de la Confederación.

Una vez descartados estos tres mecanismos de reforma, la cuestión es si la secesión debe regirse por el procedimiento general de reforma –la fórmula 7/50 recogida en el artículo 38– o, por el contrario, esta debe seguir la regla de la unanimidad del artículo 41. La doctrina canadiense se encuentra dividida al respecto de esta cuestión. Los partidarios del procedimiento general, como HOGG, BRUN y BROUILLET o WOEHLING; estiman que este, de aplicación a todas aquellas materias que no estén expresamente recogidas en otros artículos, es el que debe regir la secesión⁶⁷. Dado que

⁶⁵ *Secession Reference*, par. 84.

⁶⁶ GAUDREAU-DESBIENS (2006a): 206. Este autor estima que la interpretación realizada por el Tribunal en el *Secession Reference* supone entender la Constitución como una expresión suprema del *ius commune*, más cercana a la tradición civilista que al *common law*. El recurso a los principios jurídicos está mucho más consolidado en la tradición civilista que en la del *common law*, la cual no suele ir más allá de los principios generales prefiriendo el recurso a la regla del precedente, como vía hacia el establecimiento de normas prescriptivas cuyo cumplimiento es exigible ante un tribunal.

⁶⁷ HOGG (2006): 5-40. BRUN, TREMBLAY y BROUILLET (2014): 242-243 apoyan esta tesis, al entender que la secesión no afecta a las materias del artículo 41. WOEHLING (1995): 310-311 estima, además, que

la Constitución guarda silencio al respecto, esta debe ser reconducida hacia este procedimiento, siendo suficiente para materializar la secesión el apoyo de al menos 7 provincias que agrupen al 50% de la población, entre las que necesariamente debe encontrarse la provincia que pretende romper su vínculo con el resto de Canadá. A sensu contrario, la mayoría de la doctrina, representada por autores como MONAHAN, PELLETIER o WEBBER; se inclina por la regla de la unanimidad⁶⁸. Esta posición se fundamenta en dos aspectos principales: el impacto que la secesión tendría sobre las materias especialmente protegidas por el artículo 41 al variar su naturaleza – especialmente en lo relativo a la oficina del *Lieutenant Governor*, pues esta sería abolida–, así como la especial naturaleza de la secesión, pues sería incongruente que materializar la secesión, la enmienda más radical posible a través de la que la Constitución perdería su vigencia en parte del territorio, debiera seguir un procedimiento menos gravoso que otras materias. Adicionalmente a estas dos posturas, existe una tercera, defendida –con matices entre sí– por CHOUDHRY, CAMERON o DODEK; quienes consideran que el deber de negociar de buena fe supone en sí mismo un mecanismo de reforma, diferente de los contenidos en la Parte V de la Constitución de 1982, de aplicación exclusiva a la secesión⁶⁹.

seguir este mecanismo tendría coherencia tanto jurídica como política pues es el mismo que señala el artículo 41.1.f para la creación de nuevas provincias, siendo, a su juicio, incongruente que se exigiera un procedimiento más gravoso para entrar en la Confederación que para dejar de formar parte de ella.

⁶⁸ MONAHAN, SHAW y RYAN (2017): 210. PELLETIER (2017): 264 estima que la unanimidad es necesaria, tal como prescribe el artículo 41.e al suponer la secesión una modificación de la Parte V de la Constitución, trazando un paralelismo con lo establecido por el Tribunal Supremo con respecto a una hipotética abolición del Senado en el *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, donde consideró que la supresión de la Cámara Alta suponía una alternación material del título de reforma. WEBBER (1997): 287-294 se expresa en términos parecidos a MONAHAN, resaltando que la esencia de la secesión reside en convertir al gobierno de Quebec en un orden totalmente autónomo con respecto a Canadá por lo que todo el sistema constitucional se ve afectado, si bien, a diferencia de este autor, descarta que el consentimiento de los pueblos indígenas sea necesario para poder aprobar una modificación constitucional que materializara la secesión de Quebec. a GAUDREAU-DESBIENS (1999): 823 apoya la tesis de este último al considerarla la más convincente de todas.

⁶⁹ CHOUDHRY (2008): 214-219 considera que el *Secession Reference* supone, en sí mismo, una modificación extra-legal de la Constitución de Canadá al constituir una interpretación extraordinaria de la misma, introduciendo una “cláusula de secesión” al derivar obligaciones sustantivas en dicho sentido de los principios que subyacen a la misma. Sin embargo, es importante resaltar que la interpretación que CHOUDHRY realiza no significa el establecimiento de un derecho a la secesión, sino la apertura de un procedimiento político para negociar dicha posibilidad que, en todo caso, deberá ser articulada a través del correspondiente proceso de reforma constitucional con la concurrencia de las mayorías necesarias. Una idea similar a la de este autor es defendida por CAMERON (2002): 103-108, quien estima que el Tribunal creó un nuevo procedimiento de reforma constitucional aplicable específicamente a la secesión, convirtiendo la literalidad del texto constitucional en irrelevante. Por su parte, DODEK (2016): 56-59 considera que el *Secession Reference* crea un procedimiento especial de reforma de la Constitución, aplicable únicamente a la secesión, el cual se sitúa al margen de procedimientos recogidos en el texto de 1982. Asimismo, TREMBLAY (1998) 423 también sigue una postura similar al entender que el *Secession Reference* desarrolla un procedimiento *sui generis* específico para la secesión.

A mi juicio, entre estas tres posturas, la que aboga por la unanimidad es la que cuenta con los argumentos más sólidos. Aunque los defensores de la aplicabilidad del procedimiento general cuentan con el argumento literal de su parte, pues, efectivamente, la secesión como tal es una materia no contemplada por el texto constitucional; este argumento no es suficiente para excluir la aplicación del procedimiento agravado de reforma. En primer lugar, desde el punto de vista de la congruencia, no es aceptable que la secesión, la materia más difícil y compleja a la que se puede enfrentar un sistema constitucional, sea materializada por un procedimiento menos gravoso que la reforma de las materias contempladas en el artículo 42. Además, desde un punto de vista material, no hay duda de que la secesión de Quebec afecta a varias de las materias que el artículo 42 expresamente somete a la unanimidad⁷⁰. Este es el caso la oficina del teniente-gobernador (art. 41.a), representante de la Corona nombrado por el gobierno federal en la provincia, a cuya existencia se pondría fin. Igualmente, el estatus de las lenguas oficiales (art. 41.c) y la composición del Tribunal Supremo (art. 42.1.d) se verían afectados, pues las garantías que la Constitución provee a la minoría anglófona de Quebec dejarían de aplicarse, así como cesaría la obligatoriedad de que tres jueces provengan de Quebec.

Este razonamiento se ve reforzado, en la línea apuntada por PELLETIER, por los pronunciamientos del Tribunal Supremo en el *Senate Reform Reference*, donde dejó claro que las modificaciones de elementos esenciales para el funcionamiento y supervivencia del sistema constitucional canadiense deben regirse por el procedimiento del artículo 41, pues es el único que asegura la participación de todas las unidades que integran el modelo federal⁷¹.

Finalmente, no debe olvidarse el hecho de que, como señala PUDDISTER, el procedimiento del artículo 41 es el único que garantiza que las dos partes implicadas –la provincia que se quiere separar y el resto de la federación– tengan el mismo poder de decisión durante el proceso negociador, en claro contraste con el mecanismo general de reforma que encarna la fórmula 7/50, donde la pretensión de Quebec podría ser derrotada por el resto de provincias y el gobierno federal⁷². Aunque esta posibilidad teórica parece altamente improbable en la práctica, la misma es un argumento más a

⁷⁰ De igual opinión es MONAHAN (1995): 5-17 quien añade a estas razones la necesidad recabar el consentimiento de los pueblos indígenas que habitan en la provincia.

⁷¹ *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, par. 41.

⁷² PUDDISTER, (2016): 282-286.

favor de reconducir la secesión al procedimiento de reforma por unanimidad del artículo 41 de la Constitución de 1982.

De todo lo anterior parece acertado concluir que la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en relación con la secesión de Quebec supone un cambio de paradigma a la hora de concebir la Constitución de Canadá con respecto al paradigma tradicional del federalismo estadounidense que negaba cualquier posibilidad de secesión, más allá de por la fuerza, al considerar la unión como perpetua e indisoluble, gozando la federación de legitimidad para oponerse a esta por cualquier medio, incluida la guerra⁷³. Este nuevo paradigma implica que en el caso de concurrir la voluntad decidida de la población de una provincia, expresada a través de una mayoría clara en sentido cualitativo al respecto de una pregunta clara sobre la secesión, de dejar de formar parte de Canadá, los actores políticos estarán obligados a negociar sobre la posibilidad de reformar la Constitución, por el procedimiento conveniente, para dar respuesta a dicha voluntad de secesión. Una de las principales virtudes del *Secession Reference*, y de este nuevo paradigma a la hora de concebir la constitución, consiste en convertir el sistema constitucional canadiense en dúctil, aumentando su flexibilidad, de manera que pueda responder, desde el derecho interno, a desafíos de gran calado como una crisis secesionista abriendo vías para canalizar la tensión secesionista y evitar un estallido del sistema federal. En este sentido, la obligación de negociar sobre la secesión derivada de la interrelación entre los principios constitucionales, en caso de cumplirse los requisitos anteriormente señalados, conlleva una nueva forma de entender la Constitución, que debe adaptarse para dar cabida a situaciones como la planteada, en la cual perdería su vigencia en parte del territorio de Canadá.

3. LA REACCIÓN POLÍTICA AL DICTAMEN DEL TRIBUNAL SUPREMO: DOS VISIONES ENFRENTADAS

Dado que el *Secession Reference* rechazaba las posturas extremas en torno a una posible secesión unilateral de Quebec, ninguna de las dos partes, ya sea el gobierno

⁷³ LÓPEZ BASAGUREN (2014): 42-46. Recuérdese el pasaje de la sentencia del TS de los EE.UU. *Texas v White US 700, 725* (1869) donde se afirma que “*the Constitution [...] looks to an indestructible union, composed of indestructible states. When, therefore, Texas became one of the United States, she entered into an indissoluble relation. All the obligations of perpetual union, and all the guaranties of republican government in the Union, attached at once to the State. The act which consummated her admission into the Union was something more than a compact; it was the incorporation of a new member into the political body. And it was final. The union between Texas and the other States was as complete, as perpetual, and as indissoluble as the union between the original States. There was no place for reconsideration or revocation, except through revolution or through consent of the States*”.

federal o el de Quebec, vieron plenamente satisfechos sus postulados. Este aspecto provocó que ambos ejecutivos hicieran su propia lectura de la opinión del Tribunal Supremo, resaltando aquellos pasajes que convenían a sus planteamientos.

La divergencia de opiniones era especialmente relevante dado que varios aspectos relativos a un hipotético proceso de secesión quedaban abiertos, siendo responsabilidad de los actores políticos el cumplimiento de aquellos mandatos del *Secession Reference* que habían sido declarados por el Tribunal Supremo como no justiciables. El gobierno de Quebec, a través del Ministro de Relaciones Intergubernamentales Joseph FACAL, expresó públicamente su desacuerdo con la interpretación del principio democrático realizada por el Tribunal Supremo, reafirmando su defensa de que el 50% más uno de los votos constituía una mayoría clara que debía desencadenar las negociaciones sobre la secesión con el resto de Canadá⁷⁴ Por su parte, el gobierno federal se remitía al dictamen del Tribunal Supremo, afirmando que, en el caso de que se constatará la existencia de una mayoría clara, entablaría las negociaciones pertinentes⁷⁵. Estas diferentes concepciones sobre cómo interpretar el *Secession Reference* no se limitaron al plano dialéctico, sino que también tuvieron traslación legal. Ambos gobiernos tramitaron, de forma casi simultánea, normas en las que daban valor legal a sus visiones sobre lo dictaminado por el Tribunal Supremo.

3.1. La Ley de Claridad. La interpretación del *Secession Reference* por parte del Parlamento federal

La primera en aprobarse fue la conocida comúnmente como *Clarity Act* o Ley de Claridad, pieza angular del Plan B, con la que el gobierno federal pretendía fijar su postura al respecto del dictamen del Tribunal Supremo⁷⁶.

La Ley de Claridad exhorta a la Cámara de los Comunes a pronunciarse sobre la claridad, o no, de la pregunta a formular en el referéndum en los 30 días siguientes a la aprobación de la misma por parte de la Asamblea Legislativa de la provincia en cuestión. La limitación del plazo a 30 días, ampliable otros 40 más en caso de que se celebren elecciones federales durante dicho periodo, tiene la intención de que la toma de postura de los Comunes al respecto de la claridad de la pregunta se produzca con

⁷⁴ COULON (2005): 150-151.

⁷⁵ BELLAVANCE (1997): A2.

⁷⁶ Esta norma, aprobada el 29 de junio de 2000, tiene como denominación oficial *An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference*; S.C. 2000, c. 26.

anterioridad a la celebración del referéndum. De esta manera, se evita que la determinación de la claridad esté condicionada por el resultado del mismo, lo cual desvirtuaría el proceso de decisión⁷⁷. El hecho de que los ciudadanos llamados a opinar sobre la secesión cuenten con la información sobre la claridad de la pregunta antes del referéndum supone aumentar la transparencia del proceso al contar el electorado con más datos relativos a las consecuencias de la victoria de la opción favorable a la secesión; siendo consciente de que dicha victoria desencadenará un proceso de negociaciones entre el gobierno federal y el provincial. De la misma manera, se evita un posible choque de legitimidades en el caso de que la pregunta se reputara como no clara una vez la ciudadanía se hubiera pronunciado sobre ella, pudiendo ello generar un profundo sentimiento de frustración al no tener los resultados las consecuencias esperadas.

La evaluación de la claridad de la pregunta tiene la finalidad de determinar si la misma permite la expresión clara de la voluntad de los ciudadanos de una provincia al respecto de si desean dejar de formar parte de Canadá y convertirse en un estado soberano (artículo 1.3). Durante este proceso, la Cámara de los Comunes deberá, por mandato del artículo 1.5, tener en cuenta la opinión de todos los partidos representados en la Asamblea Legislativa de la provincia afectada, así como los acuerdos adoptados al respecto por el Senado, los gobiernos o Asambleas Legislativas de las provincias y territorios, así como de los representantes de las Primeras Naciones, con especial atención a aquellas comunidades asentadas en el territorio de la provincia que plantea la posibilidad de secesión. Estas visiones deben informar la decisión de los Comunes, aunque no son vinculantes, puesto que la cámara baja es la única competente para decidir sobre la claridad de la pregunta.

La discrecionalidad de la que gozan los Comunes a la hora de decidir sobre la claridad se ve limitada por la previsión recogida en el artículo 1.4. Esta impide deducir una clara expresión de la voluntad popular de aquellas preguntas que se centren únicamente en solicitar un mandato para negociar sin consultar directamente sobre la secesión, así como aquellas que junto a la opción de la secesión ofrezcan alternativas intermedias como acuerdos políticos o económicos con Canadá. De este precepto se pueden extraer varias nociones. En primer lugar, el mismo parece diseñado como ley

⁷⁷ YALE y DURAND (2011): 242-258 constatan en su análisis que el electorado tiende a reaccionar negativamente cuando se le pregunta directamente por la independencia, mientras que el apoyo aumenta ante preguntas que contengan fórmulas de asociación o cooperación con Canadá, siendo la única fórmula que mantiene un apoyo estable en el tiempo.

singular, con el objetivo de declarar la falta de claridad de las preguntas formuladas en los referéndums de 1980 y 1995⁷⁸. Este precepto está redactado de una manera que se centra más en enumerar casos concretos, en lugar de abstraer nociones generales, rasgo característico de los textos legales desde la Revolución Francesa⁷⁹. El sustrato legal del artículo 1.4 de la Ley de Claridad parece responder a la voluntad de declarar como no claras las preguntas indirectas, es decir, aquellas que no cuestionan de forma aséptica sobre la secesión, así como las que cuestionan sobre múltiples opciones. A diferencia del primer grupo⁸⁰, que es patente que afecta a la claridad de la pregunta al presentar la opción secesionista ante en el elector, el segundo está más relacionado con la noción de mayoría clara. En el caso de las preguntas con múltiples opciones de respuesta, la dificultad para determinar la claridad de dicha mayoría aumenta⁸¹. La experiencia de las consultas llevadas a cabo en Terranova en 1948 sobre su posible incorporación a la Confederación es un buen ejemplo de ello, siendo necesaria la repetición de la misma con las dos opciones más votadas⁸².

Al igual que en relación a la pregunta, la Ley de Claridad tampoco desarrolla el concepto de mayoría clara, limitándose a definir una serie de elementos que deberán ser analizados por los Comunes a la hora de evaluar si la misma puede definirse como tal. Estos factores son: el número de votos afirmativos, la tasa de participación sobre el total del censo y cualquier otra consideración que sea relevante. En este último grupo se encuentran las consideraciones cualitativas anteriormente mencionadas, las cuales

⁷⁸ DUMBERRY (2015): 371. Ambas preguntas contenían mandatos para negociar nuevos acuerdos con Canadá como condición previa a la soberanía, soberanía-asociación en 1980 y acuerdo económico y político en 1995, lo cual las haría no claras a efectos de la Ley de Claridad. Para un análisis de las leyes singulares se puede consultar la obra de MONTILLA MARTOS (1994).

⁷⁹ CARRÉ DE MALBERG (2011): 27-28.

⁸⁰ Esta restricción parece ser heredera de la confusión existente en 1995 sobre las consecuencias que depararía una victoria del sí dada la falta de claridad de la pregunta (KEATING, 2001: 98-101)

⁸¹ Una alternativa posible consiste en articular un sistema de voto preferencial transferible, de manera que los votos de las opciones con menor apoyo vayan siendo sucesivamente descartados sumándose a la segunda opción preferida por dichos electores. Aun así, la complejidad de este sistema no parece aconsejable ante una decisión de tal entidad como es la secesión de un territorio y su constitución como estado soberano. TIERNEY (2012): 9-12 hace un repaso de los referéndums que han incluido diversas opciones de respuesta, analizando los métodos de decisión que podrían aplicarse a los mismos, entre ellos, el voto preferencial. En su análisis, este autor llega a la conclusión de que los referéndums con múltiples opciones suponen una excepción a la práctica general, siendo únicamente utilizados cuando existen varias opciones que cuentan con niveles significativos de apoyo entre el electorado.

⁸² TAILLON (2014a): 155-158. Como ya se ha resaltado, la presión de las autoridades británicas obligó a incluir la opción de la unión con Canadá en el primer referéndum celebrado en junio de 1948, en el que la opción de la independencia bajo un modelo de *responsible government* se impuso con el 44,6% frente al 41,1% cosechado por la unión a Canadá y el 14,3 que optó por mantener el *statu-quo*, denominado *Commission of Government*, que suponía la administración del territorio por parte de Londres. En el mes de julio se celebró una segunda consulta entre las opciones más votadas, ganando la entrada en la Confederación con el 52,3% de los votos.

forman parte integrante de la noción de mayoría clara tal como quedó plasmado en el *Secession Reference*. De igual modo que en lo referente a la claridad de la pregunta, la Cámara de los Comunes deberá tener en cuenta la opinión de los actores anteriormente mencionados antes de tomar una decisión sobre si el resultado constituye una expresión clara de la voluntad popular de dejar de formar parte de Canadá.

Finalmente, esta norma autoriza al gobierno federal a entablar negociaciones encaminadas a concluir una modificación constitucional que materialice la secesión de una provincia del resto de Canadá una vez la Cámara haya concluido que tanto la pregunta como la mayoría son claras. Junto a este requisito, el artículo 3.2 condiciona dicha modificación constitucional a que se hayan abordado en las negociaciones una serie de materias como son la división de activos y deudas; la modificación de las fronteras, y los derechos de las Primeras Naciones y las minorías. En caso de que no haya sido así, ningún miembro del gobierno podrá presentar un proyecto de reforma constitucional, hasta que la Cámara estime que estas se han producido. Esta limitación tiene el efecto de dotar de contenido a las negociaciones sobre la secesión, resaltando alguno de los aspectos más polémicos –como la determinación de las fronteras– sin los que el gobierno no se encuentra autorizado a formalizar el acuerdo.

Como se puede observar, el gobierno federal optó por una interpretación rigurosa del dictamen del Tribunal Supremo, tanto en lo relativo a la noción de pregunta clara, dónde adoptó un estándar más restringido que el esbozado en el *Secession Reference*⁸³, como en lo referente a los requisitos necesarios para poder introducir en el Parlamento un proyecto de reforma constitucional para materializar la secesión. Esta interpretación, unida a la falta de concreción respecto a lo que se podría considerar como una mayoría clara, han llevado a PELLETIER a considerar que la misma supone la práctica imposibilidad de alcanzar la secesión dentro del marco legal canadiense⁸⁴. A este respecto debe recordarse que ni el Tribunal Supremo ni la Ley de Claridad indican qué procedimiento de reforma constitucional debe seguirse, aspecto que podría complicar, aún más, el proceso, especialmente en el caso de que fuera necesario recabar el consenso provincial para llevar a cabo la misma⁸⁵.

⁸³ MURKENS (2002): 52 cuestiona que la interpretación que realiza la Ley de Claridad sea la realizada por el Tribunal Supremo, pues este no hizo ninguna referencia a la posibilidad de preguntar a los ciudadanos sobre posibles acuerdos con Canadá.

⁸⁴ PELLETIER (2001): 526-527.

⁸⁵ A pesar de todo, sería altamente irresponsable que un ejecutivo provincial intentara bloquear la adopción de dicha modificación constitucional en el caso de que los Comunes hubieran autorizado al gobierno federal a entablar las negociaciones y este hubiera llegado a un acuerdo con la provincia en

3.2. La interpretación quebequesa del dictamen del Tribunal Supremo: la Ley 99

Escasos seis meses después de la entrada en vigor de la Ley de Claridad se producía la aprobación definitiva de la Ley 99 de Quebec, a través de la que se daba forma legal a la interpretación que la provincia hacía del *Secession Reference*⁸⁶. El preámbulo de esta norma expone la visión que el gobierno de BOUCHARD tenía de la Ley de Claridad, pues esta cuestionaba, a su juicio, la legitimidad, integridad y eficiencia de las instituciones democráticas de Quebec⁸⁷. Ante este percibido ataque por parte del gobierno federal, el ejecutivo quebequés reaccionaba dando fuerza de ley a una serie de valores que consideraba como derechos fundamentales del pueblo de Quebec.

En primer lugar, declaraba el derecho del pueblo de Quebec a la autodeterminación (artículo 1). Este derecho se encontraba fundamentado tanto en los hechos como en la ley, siendo el mismo titular del derecho universal de autodeterminación de los pueblos. Esta consideración choca frontalmente con el análisis del Derecho Internacional realizado por el Tribunal Supremo, quien concluyó que Quebec no encaja dentro de ninguna de las situaciones en las que el Derecho Internacional reconoce el derecho de autodeterminación de los pueblos⁸⁸. Junto a este derecho, la Ley 99 también establece el derecho inalienable del pueblo de Quebec a decidir libremente, y por sí solo, el régimen legal que rige al mismo (artículos 2 y 3). En el caso de que esta decisión se produzca en referéndum, se entenderá como ganadora aquella opción que obtenga una mayoría de los votos emitidos, es decir, el 50% más uno (artículo 4). Esta consideración se encuentra en las antípodas de lo establecido en el *Secession Reference*, al ignorar la noción de mayoría clara. Pese a que el Tribunal Supremo no establece un umbral de apoyo, dejando tal consideración a juicio de los actores políticos, es evidente que una mayoría del 50% más uno de los votos no es una mayoría clara. A sensu contrario podríamos preguntarnos, ¿qué es una mayoría no clara? Dicha pregunta es de imposible respuesta con la regla propuesta por el gobierno

cuestión, pues las consecuencias de una secesión desordenada serían imprevisibles. Además, dicha conducta supondría una quiebra del principio de buena fe apuntado por el Tribunal Supremo en el *Secession Reference*.

⁸⁶ *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec, 2000, chap. 46.*

⁸⁷ CALONGE VELÁZQUEZ (2013): 120.

⁸⁸ *Secession Reference*, párrafos 138-139. El Tribunal Supremo deja claro que esta no aplicabilidad es indiferente de la consideración de los habitantes de Quebec como pueblo o nación.

de Quebec, por lo que la misma debe reputarse incompatible con el *Secession Reference*⁸⁹.

Otro de los aspectos más controvertidos de la Ley 99 es su consideración del territorio de Quebec como indivisible, en claro contraste con la condición divisible de Canadá que argüían los soberanistas, requiriendo el consentimiento de la Asamblea Nacional para cualquier modificación de los límites territoriales de la provincia (artículo 9). Esta afirmación es contraria a la esencia misma del dictamen del Tribunal Supremo, que reconoce la divisibilidad de Canadá en caso de que haya un pronunciamiento claro de los habitantes de Quebec en dicho sentido. Esta circunstancia debe tener el efecto corolario de que Quebec también sea divisible, dado que las consideraciones que son aplicables para Canadá en su conjunto deben serlo también para una de sus partes integrantes como es Quebec. Este argumento cobra más fuerza si nos remitimos a la consideración cualitativa, que, como se trató con anterioridad, es de especial trascendencia en Quebec. Con la codificación de esta regla, el gobierno provincial está intentando imponer su visión al resto de actores constitucionales aspecto que fue expresamente rechazado por el Tribunal Supremo al excluir las opciones extremas. La inmutabilidad de las fronteras como precondition supone una violación del principio de buena fe, constituyendo un obstáculo de difícil solución a la hora de abordar las negociaciones sobre la secesión.

Por último, la Ley 99 concluye con una disposición final, el artículo 13, en la que afirma que ningún Parlamento puede reducir los poderes o la autoridad de la Asamblea Nacional así como imponer condiciones al pueblo de Quebec a la hora de decidir su futuro. Este desiderátum, sin valor jurídico alguno dado que Quebec no puede imponer obligaciones a otros parlamentos, expresa el rechazo de la Asamblea Nacional a la Ley de Claridad, así como su voluntad de no sentirse vinculada por la misma⁹⁰.

El análisis anterior evidencia la confrontación existente entre las dos plasmaciones legales del *Secession Reference*, pues estas se basan en interpretaciones casi antagónicas del mismo. Mientras la Ley Claridad intenta endurecer las condiciones que darían lugar a una hipotética secesión, la Ley 99 se separa totalmente de las nociones de claridad apuntadas por el Tribunal Supremo como si estas nunca hubieran

⁸⁹ Para BOUCHARD, la Ley de Claridad creaba una “mayoría flotante”, quebrando las nociones fundamentales de la democracia al no aceptar la mitad más uno de los votos como opción ganadora. (*Journal des débats de l'Assemblée nationale, 6e législature, Ire session, Vol. 36 N° 149 - 7 de diciembre de 2000*).

⁹⁰ TURP y BEAUSÉJOUR (2018): 334-336.

existido. La deliberada ignorancia de estas podría, como señala LÓPEZ BASAGUREN, comprometer la legitimidad de la posición quebequesa, aspecto que dificultaría enormemente el reconocimiento internacional en caso de una hipotética declaración de independencia⁹¹.

3.3. Un conflicto todavía latente

Del análisis anterior se deducen varios puntos de conflicto entre la Ley de Claridad y la Ley 99 de Quebec, que, idealmente, deberían ser resueltos antes de la celebración de un hipotético tercer referéndum. Estos afectan, fundamentalmente, a la mayoría requerida en la consulta y a la divisibilidad del territorio de Quebec. El conflicto no afecta a la aplicabilidad de las mismas, pues su campo de acción atañe a esferas diferentes, sino a las consecuencias que la aplicación simultánea de estas tendría para el proceso secesionista. Las diferentes formas de interpretar el resultado de un nuevo referéndum podrían conducir a que la Asamblea Nacional se sintiera vinculada por el mismo, mientras que la Cámara de los Comunes estimara que no satisface el criterio del Tribunal Supremo recogido en la Ley de Claridad y, por ende, decidiera no abrir negociaciones con la provincia. Este conflicto volvería a recrudecer la crisis constitucional canadiense hasta alcanzar un grado de tensión similar al acaecido en 1995. La legitimidad de ambos niveles de gobierno se vería comprometida, pudiendo resultar dicha crisis en una secesión unilateral y desordenada que conllevaría graves consecuencias tanto políticas como económicas para Canadá y Quebec.

La Ley de Claridad despertó pasiones encontradas desde sus inicios. Junto a su ideólogo DION, autores como HOGG o MONAHAN han mostrado su apoyo a la misma al considerarla un instrumento útil que da traslado al dictamen del Tribunal Supremo⁹². Sus detractores, fundamentalmente soberanistas, han resaltado su carácter arbitrario y antidemocrático⁹³. Aunque fue aprobada con una mayoría abrumadora, la Ley de Claridad no ha estado exenta de cuestionamiento en el campo político. La sección de

⁹¹ LÓPEZ BASAGUREN (2013): 80-81.

⁹² MONAHAN (2000): 36 considera la Ley de Claridad como una expresión razonada y apropiada de los principios establecidos por el Tribunal Supremo. HOGG se mostró de la misma opinión ante la comisión parlamentaria encargada de analizar el proyecto de ley. Sobre la génesis de la Ley de Claridad se pueden consultar también las obras de DION (2005a) y ROCHER y VERRELLI (2003): 223-240.

⁹³ TAILLON (2014b): 30 la define como arbitraria debido a que rompe con los principios y convenciones constitucionales existentes, mientras que TURP (2001): 822-831 considera que la misma supone una amenaza a la capacidad del pueblo de Quebec de decidir su propio futuro. RYAN (2000): 22-24 afirma que supone una intrusión en los poderes provinciales, así como destaca los problemas que pueden surgir en caso de que los Comunes adopten una posición sin los votos de la mayoría de los diputados procedentes de Quebec.

Quebec del Nuevo Partido Democrático aprobó en el año 2005 la conocida como Declaración de Sherbrooke, en la cual se compromete a considerar como suficiente el 50% más uno de los votos para iniciar las negociaciones relativas a la secesión, conformándose como el primer partido federalista en rechazar abiertamente la Ley de Claridad⁹⁴. En el año 2013, se debatió en la Cámara de los Comunes una moción del BQ con el objetivo de derogar la misma. A pesar de que la moción fue derrotada con 283 votos en contra, incluidos los del NDP federal, y solo 5 a favor, el debate evidenció discrepancias entre las fuerzas federalistas al respecto de la misma⁹⁵.

La controversia en torno a la Ley de Claridad y la Ley 99 no se ha limitado a los planos teórico y político, sino que también ha llegado al judicial. En el año 2001, el líder del minoritario *Equality Party*⁹⁶, Keith HENDERSON, presentó una instancia ante un juez de Quebec con el objetivo de invalidar los artículos 1 al 5 más el 13 de la Ley 99⁹⁷. HENDERSON alegaba que dichos artículos violaban la Constitución, lo cual resultaba en un perjuicio para su persona como ciudadano canadiense en tanto la norma allanaba el camino para una declaración unilateral de independencia por parte de Quebec⁹⁸. El litigio estuvo paralizado durante más de diez años por diversos motivos, hasta que, en 2013, fue retomado con la contestación a la demanda por parte del fiscal general de Quebec⁹⁹.

La provincia francófona se oponía a la declaración de nulidad de los preceptos de la Ley 99 considerando los hechos presentados por el demandante como una mera elucubración sobre lo que podría ocurrir ante la hipotética celebración de un tercer referéndum. Quebec argumentaba que los artículos en cuestión codificaban una serie de principios que debían guiar a las instituciones de Quebec en el ejercicio de sus

⁹⁴ NDP (2005): 7-8.

⁹⁵ LÓPEZ BASAGUREN (2013): 74-75. Durante la campaña de las elecciones federales de 2015, el NDP y su entonces líder, Thomas MULCAIR, se comprometieron a respetar la Declaración de Sherbrooke en el caso de llegar al gobierno.

⁹⁶ Este partido tuvo un éxito efímero cuando obtuvo 4 diputados en las elecciones provinciales de 1989, todos por circunscripciones de mayoría anglófona, gracias a su defensa de los derechos de dicha minoría ante las modificaciones en materia lingüística llevados a cabo por el gobierno de BOURASSA.

⁹⁷ El artículo 5 confiere legitimidad al Estado de Quebec como expresión de la voluntad del pueblo que habita en su territorio, el cual se manifiesta en las elecciones Asamblea Nacional.

⁹⁸ *Keith Owen Henderson et Equality Party c. Procureur Général du Québec & Procureur Général du Canada*, N° 500-05-065031-013 de 6 de agosto de 2002, pp. 2-3.

⁹⁹ Durante este periodo HENDERSON cambió de abogado, así como se sustanciaron varios recursos sobre la inadmisibilidad del caso en relación a la falta de legitimación del recurrente o a la no justiciabilidad del caso. Al respecto se pueden consultar las siguientes asuntos: *Keith Owen Henderson & Equality Party c. Procureur Général du Québec et Procureur Général du Canada*, N°. 500-09-012698-023 de 30 de agosto de 2007 y *Keith Owen Henderson v. Attorney General of Quebec & Attorney General of Canada*, No. 500-05-065031-013 de 3 de diciembre de 2012.

competencias actuales, no suponiendo los mismos ninguna expansión de las mismas¹⁰⁰. Si bien el fiscal general reconocía que los principios enunciados tienen vocación universal, los mismos solo debían entenderse de aplicación a la acción de la Asamblea Nacional y el gobierno de Quebec, no afectando a los poderes del gobierno federal¹⁰¹.

Quebec equiparaba la naturaleza de la Ley 99 con la de la Carta de Derechos y Libertades, estimando que la primera consagra derechos colectivos, mientras que la segunda se ocupa de los individuales¹⁰². Esta consideración es significativa, dado que Quebec siempre ha considerado la Carta como un instrumento limitador de su soberanía. La presentación de ambas al mismo nivel parece responder a una consideración de la Ley 99 como elemento de la Constitución de la provincia, al contener una serie de principios que deben guiar la acción de los poderes públicos. Estos derechos colectivos son de carácter político constituyendo, para el gobierno de Quebec, expresión de soberanía, al formar parte de un ejercicio legítimo de las competencias propias de Quebec atribuidas constitucionalmente¹⁰³.

En base a dichos argumentos, la provincia solicitó que se desestimara la pretensión de nulidad de las disposiciones de la Ley impugnadas al ser la misma infundada tanto en lo relativo a los hechos como a su justificación en derecho.

Con posterioridad, la jueza invitó al gobierno federal a participar en el proceso. Contra toda expectativa, el gobierno conservador de HARPER decidió intervenir en el mismo, cuestionando la constitucionalidad de la Ley 99¹⁰⁴. Esta decisión fue duramente criticada por la clase política quebequesa, aprobándose por unanimidad en la Asamblea Nacional una moción de defensa de la Ley 99 como respuesta. Dicha moción calificaba la acción del gobierno federal de inaceptable intrusión en la democracia quebequesa, reiterando la capacidad de la Asamblea Nacional para convocar un referéndum sobre el futuro de Quebec en el que los ciudadanos de la provincia expresen su opinión, así como sobre las normas que regulan el mismo¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Defensa del Gobierno de Quebec en el asunto *Keith Owen Henderson et Equality Party c. Procureur Général du Québec & Procureur Général du Canada*, N° 500-05-065031-013 de 15 de mayo de 2013, párrafos 34 y 38.

¹⁰¹ *Ibidem*, par. 37.

¹⁰² *Ibidem*, par. 41.

¹⁰³ *Ibidem*, párrafos 45-46.

¹⁰⁴ Según una encuesta de *Forum Research* publicada poco después esta decisión, la misma se encontraba avalada por la mayoría de la sociedad canadiense, que estimaba que debía exigirse un porcentaje de entre el 60 y el 75 por ciento para proceder con la secesión. Únicamente el 22% de los encuestados consideraba suficiente la simple mayoría de votos para materializar la secesión.

¹⁰⁵ *Journal des débats (Hansard) of the National Assembly, 40th Legislature, 1st Session*, 23 octubre 2013.

El gobierno de Canadá consideraba que las disposiciones en cuestión podían exceder las competencias de Quebec y, por tanto, pedía que las mismas fueran objeto de una interpretación conforme –*read down*– para asegurar que respetaban la Constitución. En caso de no ser posible una interpretación conforme, solicitaba la anulación de las disposiciones en cuestión al ser *ultra vires* de la esfera competencial de la provincia.

La interpretación propuesta por el gobierno federal debía asegurar que las disposiciones impugnadas suponían una modificación válida de la Constitución de la provincia, así como que las mismas respetaban el principio de federalismo enunciado en el *Secession Reference* sin variar los términos de la unión federal recogidos en la Constitución de Canadá¹⁰⁶. Este respeto a la Constitución también debía asegurar que la Ley 99 no introdujera instituciones ajenas al derecho constitucional canadiense que provocaran una convulsión –*upheval*– constitucional¹⁰⁷. Con esta afirmación, el gobierno federal parece querer evitar que Quebec cree un subsistema constitucional propio diferente del canadiense.

Para el gobierno federal el alcance del derecho de autodeterminación contenido en el artículo 1 de la Ley 99 debía limitarse al ámbito interno, mientras que el derecho inalienable de decidir el régimen legal de Quebec debía entenderse como un derecho a participar en los procesos electorales bajo competencia de la provincia, notablemente, las elecciones a la Asamblea Nacional¹⁰⁸. De la misma manera, el artículo 13 también debía ser concebido como un ejercicio de autodeterminación interna, sin afectar a los poderes constitucionalmente asignados al Parlamento federal¹⁰⁹.

En relación con la mayoría requerida en un futuro referéndum, el gobierno federal defendía que la consideración como ganadora de la opción que alcance el 50% más uno de los votos debe entenderse limitada a referéndums consultivos que no afecten a la secesión. Para este tipo de consultas, el gobierno federal se remite a lo establecido por el Tribunal Supremo, afirmando que únicamente podrá considerarse libre de dudas una mayoría clara producto de una evaluación cualitativa¹¹⁰. De esta manera, el gobierno federal rechaza la aplicación de la regla del artículo 4 de la Ley 99 a un referéndum relativo a la secesión, únicamente sintiéndose vinculado por el criterio contenido en la Ley de Claridad.

¹⁰⁶ *Declaration of Intervention of the Mis en Cause Attorney General of Canada*, de 16 de octubre de 2013, par. 3.

¹⁰⁷ *Ibidem*, par. 4.

¹⁰⁸ *Ibidem*, par. 56.

¹⁰⁹ *Ibidem*, par. 71.

¹¹⁰ *Ibidem*, párrafos. 62-63.

En su argumentación, el gobierno federal también negaba la terminología de “Estado de Quebec”, al considerar que por la misma debe entenderse “nada más y nada menos que Provincia de Quebec”¹¹¹. Además, también solicitaba que la noción de legitimidad sea interpretada conforme al rol de Quebec como provincia dentro del esquema federal. La negación del término “Estado de Quebec” es llamativa, puesto que dicha terminología lleva siendo usada por Quebec durante décadas. Dada su longevidad y su carencia de efectos jurídicos, el uso de la misma no debería ser disputado por el gobierno federal, quedando dentro de las competencias de Quebec la forma de denominarse a sí misma¹¹².

Junto a estas consideraciones, el gobierno federal instaba al juez a declarar que la Ley 99 no suponía ninguna base legal para una secesión unilateral, así como a Quebec como provincia de Canadá a la luz de la Constitución¹¹³. La posición del gobierno federal es clara: no puede haber conflicto entre los principios del *Secession Reference* recogidos por la Ley de Claridad y la Ley 99. Debido a ello, procede interpretar la Ley 99 de manera que sea compatible con la Constitución. En caso de no ser posible, los preceptos recurridos deben ser declarados *ultra vires* y consiguientemente anulados.

Tras nuevos retrasos y casi cinco años después de la intervención del gobierno federal, la *Cour supérieure* emitió su fallo declarando la constitucionalidad de todos los preceptos de la Ley 99. La jueza DALLAIRE rechazó las pretensiones del recurrente al entender que el contenido de la norma no ocultaba “una conspiración separatista”¹¹⁴, ni confería ningún poder o prerrogativa que no se encuentre ya recogida en el texto constitucional, siendo la misma una reacción a la aprobación de la Ley de Claridad con el objeto de denunciar lo que la Asamblea Nacional entendía como una invasión federal en la gestión interna de los asuntos de Quebec¹¹⁵.

Siguiendo esta línea, la jueza DALLAIRE niega que la Ley 99 cree el pueblo de Quebec, sino que reafirma la existencia del mismo, que es anterior a la creación de la Confederación, no pudiéndose inferir de la existencia de este un derecho de secesión

¹¹¹ *Ibidem*, párrafos. 66-67.

¹¹² El uso del término “Estado de Quebec” no supone un cambio en el nombre oficial de la provincia, aspecto que sí requeriría de una modificación constitucional al formar parte de la Constitución de Canadá.

¹¹³ *Declaration of Intervention of the Mis en Cause Attorney General of Canada* de 16 de octubre de 2013, par. 5.

¹¹⁴ *Henderson c. PGQ et-PGC* N° 500-05-065031-013, par. 339.

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 560.

unilateral¹¹⁶. La *Cour supérieure* concibe la Ley 99 como la culminación del proceso de construcción nacional, que se produce mediante la reafirmación de una serie de principios, derechos y prerrogativas del pueblo de Quebec, los cuales son ejercidos a través de los representantes del mismo en la Asamblea Nacional. Estos principios, derechos y prerrogativas son expresión del derecho de autodeterminación interno del que goza la provincia de Quebec como unidad integrante de la federación canadiense y, como resultado, se encuentran dentro de las competencias de la Asamblea Nacional¹¹⁷.

La argumentación realizada por DALLAIRE se basa, hasta un extremo quizá excesivo, en la voluntad del legislador provincial expresada en sede parlamentaria durante la tramitación de la norma y que la jueza hace suya. La constitucionalidad de los preceptos atacados por el recurrente se fundamenta en una interpretación conforme de los mismos, debiendo el alcance de estos entenderse limitado al ámbito interno como parte de la Constitución provincial, sin que su aplicación suponga merma o menoscabo de las competencias del Parlamento federal¹¹⁸. La jueza llega a esta conclusión al interpretar los preceptos impugnados en conjunto, pues unos se completan con los otros, constatando que no hay ninguna mención a la secesión así como el hecho de que el legislador rechazó expresamente la posibilidad de que pudieran ser usados para tal fin¹¹⁹. DALLAIRE resalta un matiz importante como es la necesidad de deslindar el lenguaje duro y reiterativo de la Ley 99, el que enmarca dentro de una disputa de carácter político con el gobierno federal, de la finalidad y efectos jurídicos pretendidos por los mismos la cual no es sino reafirmar el derecho de Quebec a decidir sobre su autogobierno dentro del marco constitucional¹²⁰.

En relación con el precepto más controvertido, la regla del 50% más uno como fórmula ganadora de un hipotético referéndum contenida en el artículo 4, la jueza entiende que dicha regulación se encuentra dentro de la esfera competencial provincial dado que dicho referéndum es meramente consultivo. Esta naturaleza consultiva hace que dependa exclusivamente de la Asamblea Nacional la aceptación, o no, de su

¹¹⁶ *Ibíd.*, párrafos 348-349. Nótese que en este contexto el término unilateral es entendido como sin negociación previa con el resto de Canadá.

¹¹⁷ *Ibíd.*, par. 578.

¹¹⁸ *Ibíd.*, par. 476.

¹¹⁹ *Ibíd.*, par. 433.

¹²⁰ La jueza usa la expresión popular “*trop fort, casse pas*” (par. 544) para evidenciar que esta reiteración y contundencia no puede ser entendida como una voluntad de quebrar el orden constitucional, sino que obedece a la voluntad de plasmar el rechazo de la Asamblea Nacional a la Ley de Claridad. La voluntad de reafirmar el autogobierno es condensada por DALLAIRE en el eslogan *Maitres chez nous*, el cual fue utilizado por LESAGE durante la Revolución Tranquila (par. 565).

resultado, así como sea esta la encargada de decidir si corresponde iniciar las negociaciones sobre una posible secesión¹²¹. Para DALLAIRE, la mayoría de votos afirmativos es una noción aceptada tanto en el conjunto de la federación como a nivel internacional, por lo que la adopción de esta regla en el ámbito provincial no supone el reconocimiento de un derecho de secesión unilateral ni permite al gobierno provincial violar las nociones de claridad establecidas por el Tribunal Supremo¹²². Por esta razón, el artículo 4 debe entenderse como constitucional, sin que ello suponga una alteración de los poderes del Parlamento federal quien debe decidir si entrar en negociaciones en base a su propia norma, la Ley de Claridad. Con estos argumentos, DALLAIRE refuerza la tesis antes mencionada de que entre la Ley de Claridad y la Ley 99 no existe un conflicto de aplicabilidad u operatividad, sino que el problema se circunscribe a la conducta que adopten los actores políticos al interpretar las mismas.

Finalmente, y como era de esperar, la jueza rechaza que la terminología de “Estado de Quebec” tenga alguna otra implicación más allá de ser equivalente a la de Provincia de Quebec dado su uso indistinto tanto en la Ley 99 como en otras normas provinciales¹²³. Por lo tanto, la denominación de “Estado” no implica soberanía, sino que no es más que otra manifestación de la autodeterminación interna de Quebec dentro de la autonomía que le confiere la Constitución de Canadá para elaborar su Constitución provincial¹²⁴.

En conclusión, para la *Cour supérieure* la Ley 99 no permite, ni directa ni indirectamente, violar la Constitución de Canadá, así como debe rechazarse que la misma confiera derecho alguno a una secesión unilateral o no negociada¹²⁵. Por lo tanto, los artículos de la Ley 99, incluidos aquellos que no fueron recurridos, deben ser interpretados como manifestaciones de la autodeterminación interna de Quebec dentro de su esfera competencial.

La decisión de la *Cour supérieure* de validar la constitucionalidad de la Ley 99 fue rápidamente celebrada en círculos soberanistas como una victoria para Quebec al entender que suponía la aceptación “del derecho a la autodeterminación del pueblo de Quebec”¹²⁶. El gobierno provincial expresó una satisfacción moderada, viendo la resolución como una victoria para el autogobierno provincial al reafirmar la autonomía

¹²¹ *Ibíd.*, párrafos 508-510.

¹²² *Ibíd.*, párrafos 504-507.

¹²³ *Ibíd.*, par. 369.

¹²⁴ *Ibíd.*, párrafos 384-386.

¹²⁵ *Ibíd.*, par. 585.

¹²⁶ RADIO CANADA (2018).

de Quebec para actuar dentro de sus propias competencias, en particular, en lo relativo a la convocatoria de un hipotético referéndum¹²⁷. Por su parte, el gobierno federal alabó la decisión de la *Cour supérieure* afirmando que la jueza había aceptado lo defendido por el Fiscal General de Canadá siendo de la opinión que la Ley 99 no confiere un derecho a la secesión unilateral. En la visión del gobierno federal, quien ha anunciado que no recurrirá la decisión, la jueza DALLAIRE valida la Ley 99 como parte de la Constitución provincial de Quebec, reafirmando la vigencia del marco constitucional esbozado por el Tribunal Supremo en el *Secession Reference*, debiendo ser este respetado en cualquier proceso de secesión¹²⁸. A pesar de la voluntad federal de enterrar el asunto y evitar una polémica estéril en un contexto en el que el soberanismo se encuentra en mínimos históricos, el contencioso judicial está lejos de terminar. El recurrente ha anunciado su intención de apelar ante la *Cour d'appel* a la vez que instó al gobierno federal a poner fin, de una vez por todas, al contencioso pidiendo al Tribunal Supremo un dictamen consultivo sobre la constitucionalidad de la Ley 99, un extremo que fue rechazado por el gobierno federal.

La judicialización del conflicto entre ambas normas no es más que la continuación de un proceso de cuestionamiento de la idoneidad de la Ley de Claridad como instrumento de solución de conflictos. A pesar del mismo, todavía quedan cuestiones abiertas como la no divisibilidad del territorio de Quebec, que no fue valorada por la *Cour supérieure* al no formar parte del recurso. La solución más conveniente a estas disputas sería llegar a un acuerdo político que fuera ratificado tanto por el Parlamento federal como por la Asamblea Nacional en torno a las normas que regirían un tercer referéndum. La posibilidad del acuerdo entre gobiernos se barajó con anterioridad a la aprobación de la Ley de Claridad, aunque fue descartada, dada la voluntad del gobierno de Quebec de imponer su propia interpretación del *Secession Reference*¹²⁹.

Es evidente, puesto que han transcurrido más de veinte años sin la celebración de un nuevo referéndum, que la tensión secesionista ha disminuido en Quebec. Ahora bien, ¿ha contribuido la Ley de Claridad a la no celebración de un tercer referéndum, o se ha sobredimensionado el impacto de la misma en el sistema constitucional canadiense? Tras el referéndum de 1995, y con el objetivo de evitar que un nuevo

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ PRIVY COUNCIL OFFICE (2018).

¹²⁹ DION (2014): 33.

fracaso sepultara al movimiento soberanista, el PQ adoptó una nueva línea de acción: solo convocaría un nuevo referéndum en el caso de que se dieran las condiciones ganadoras¹³⁰. De esta manera, la formación soberanista aparcaba la cuestión independentista hasta que constatará la existencia de un apoyo mayoritario a la misma. Este proceder supone una interiorización de los principios del *Secession Reference* plasmados en la Ley de Claridad, aceptando la necesidad de una mayoría clara que no suscite duda alguna sobre la voluntad de la ciudadanía de Quebec. La experiencia política posterior ha demostrado que el apoyo a la independencia de Quebec ha ido reduciéndose paulatinamente hasta el punto de ser un lastre electoral para el PQ¹³¹.

Como se ha tratado con anterioridad, los momentos álgidos del independentismo quebequés se han producido en circunstancias extraordinarias, donde se evidenciaba un sentimiento de rechazo hacia los deseos de autogobierno de la provincia francófona. Aunque los soberanistas pensaban que cada tropiezo (*hiccup* en palabras de Chantal HÉBERT) los acercaba más a la meta de la independencia, la realidad ha demostrado que el referéndum de 1995 fue el verdadero *hiccup*, pues sin la frustración generada por el fracaso del Acuerdo del Lago Meech el soberanismo ha sido incapaz de reeditar dichas cotas de apoyo¹³². La ausencia de dichas circunstancias dificulta enormemente el agrupamiento de una mayoría en torno a la opción soberanista, aspecto que ha sido reforzado por una política de integración progresiva de la diferencia de Quebec en el seno de la federación. Junto a ello, coexisten a otros factores que explican el declive del secesionismo, como es el caso de los cambios sociológicos y demográficos experimentados por la provincia. Las nuevas generaciones tienen unas prioridades diferentes de las de sus padres, centradas fundamentalmente en la educación, el empleo o el medioambiente; no siendo la independencia un elemento capital. Este grupo de edad ha desarrollado su vida en un entorno francófono, sin que perciba la lengua francesa como amenazada. Las nuevas generaciones están más integradas con el mundo

¹³⁰ CONWAY (2004): 238-239. En este pasaje también se ponen de relieve las críticas de PARIZEAU a esta nueva política, la cual consideraba propicia para el argumento federalista de que el PQ se embarcaba en un *neveredum*, es decir, la eternización del debate sobre el referéndum sin atreverse a convocarlo.

¹³¹ Encuestas realizadas por Léger entre los años 1999 y 2015, muestran el apoyo medio a la secesión en torno al 40%, con valores superiores al 50% únicamente en el año 2005. El PQ fue derrotado en las elecciones de 2014, impidiendo a MAROIS revalidar su mandato, tras dar un giro independentista su campaña en la que su candidato a Ministro de Economía, Pierre Karl PÉLADEAU afirmó su intención de “*faire du Québec un pays*”. Una encuesta de CROP para *La Presse* realizada en diciembre de 2016 mostraba el rechazo a la independencia en el 68%, el valor más elevado de toda la serie histórica.

¹³² Este proceso es descrito por la comentarista política Chantal HÉBERT en un artículo titulado “*In Quebec, sovereignty going way of the Church*” publicado el 25 de junio de 2011 en el *Toronto Star*.

anglófono, ya sea del resto de Canadá o de los EE.UU. que sus antepasados, no temiendo una posible asimilación lingüística y relativizando la diversidad cultural¹³³.

En resumen, aunque la Ley de Claridad supuso un hito importante en el constitucionalismo canadiense, fijando la interpretación que el Parlamento federal hacía del *Secession Reference* con la intención de dificultar la convocatoria de un nuevo referéndum, no puede concluirse que la misma haya sido decisiva para rebajar la tensión secesionista en Quebec¹³⁴. A pesar de que es innegable que la Ley de Claridad tendría influencia sobre un hipotético referéndum, al servir de base jurídica al gobierno federal a la hora de enfocar –o incluso de rechazar iniciar–, el proceso de negociaciones, su impacto no parece haber tenido mucho más recorrido. La Asamblea Nacional de Quebec nunca se sintió vinculada por la misma, como evidencia la aprobación de la Ley 99 y de las subsiguientes declaraciones de rechazo hacia la Ley de Claridad, por lo que la divergencia de posturas entre el gobierno federal y Quebec en torno al contenido e interpretación del *Secession Reference* subsiste. Esta contraposición de voluntades se explica, como apunta GAUDREAU-DESBIENS, en que ambas normas constituyen un ejemplo de “legislación política” a través de la que cada gobierno reivindicaba sus posiciones previas. Es decir, dichas normas, más que pretender desplegar efectos jurídicos, tienen como verdadero fin consolidar una postura política ante el *Secession Reference* y la cuestión de la secesión de Quebec¹³⁵. Como se ha señalado, la reducción de la tensión secesionista se explica por otros factores: notablemente los cambios sociológicos en Quebec y la ausencia de ese *hiccup* que actúe como catalizador del apoyo a la secesión. En consecuencia, no puede considerarse que la *Clarity Act*, que hasta la fecha no ha desplegado efecto jurídico alguno, haya sido decisiva para dicha reducción, pues ni siquiera ha llegado a conseguir que la interpretación que esta norma realiza del dictamen del Tribunal Supremo sea aceptada por la Asamblea Nacional de Quebec.

¹³³ Una encuesta realizada por CROP para La Presse en 2014 entre jóvenes comprendidos entre los 18 y 24 mostraba que el apoyo a la independencia era del 31%. Entre las principales razones para dicho rechazo se encontraban las ventajas que comporta el federalismo canadiense así como los valores comunes con el resto de Canadá. En una encuesta realizada durante la campaña de las elecciones de 2018, este apoyo se reducía al 19%, siendo la opción preferida el statu-quo.

¹³⁴ DUMBERRY (2015): 375-376.

¹³⁵ GAUDREAU-DESBIENS (2014): 775-756.

4. DE CHRÉTIEN A TRUDEAU: UNA DISMINUCIÓN PAULATINA DE LOS CONFLICTOS POLÍTICOS EN POS DE UN MAYOR RECONOCIMIENTO

4.1. El periodo de distensión: Chrétien y Martin

Los desencuentros entre el gobierno liberal de CHRÉTIEN y el pequista de BOUCHARD no se limitaban al campo referendario. En 1999, Quebec fue la única provincia que se quedó fuera del *Social Union Framework Agreement* (SUFA), un acuerdo intergubernamental que sentaba las bases de la unión social canadiense en contraposición con los intentos unilaterales previos¹³⁶. Para el gobierno del PQ, SUFA no era más que un nuevo episodio del proceso de centralización patrocinado por el gobierno federal en pos de la unidad canadiense¹³⁷. Los efectos prácticos del acuerdo fueron muy limitados, siendo visto por algunos como una herramienta para que CHRÉTIEN se asegurara el apoyo de las provincias anglófonas en su contencioso con el gobierno de BOUCHARD¹³⁸. De nuevo, dos visiones diametralmente opuestas del modelo federal chocaban, resultando en una nueva situación de aislamiento por parte de Quebec.

Esta política de desencuentros tocó a su fin con la dimisión de BOUCHARD en enero de 2001, siendo sustituido por Bernard LANDRY al frente del ejecutivo quebequés. El líder pequista basó su decisión en la incapacidad de revitalizar el movimiento soberanista en busca de las condiciones ganadoras para convocar otro referéndum. BOUCHARD se convertía en una víctima de la fatiga referendaria. La focalización de la labor de gobierno en la causa soberanista provoca que se descuiden otras áreas, generando malestar en la sociedad. Ello se une a un sentimiento de frustración y hartazgo entre los sectores más proclives a la secesión, los cuales se sienten defraudados por la imposibilidad de que la misma se materialice.

La relación entre el gobierno de Quebec y el ejecutivo federal se enturbiará en los últimos meses del gobierno de CHRÉTIEN a raíz de unas revelaciones sobre el dispendio de fondos federales destinados a promover la imagen de Canadá durante la campaña del referéndum de 1995. Este asunto también tendrá un impacto todavía mayor sobre el posterior gobierno de MARTIN, quien se vería forzado a convocar elecciones anticipadas tras solo dos años de mandato después de verse obligado a prestar testimonio ante la justicia.

¹³⁶ BASHEVKIN (2000): 26-33.

¹³⁷ BÉLAND y LECOURES (2005): 688. ALLEN (2012): 220-225.

¹³⁸ BROOKE (2010): 316.

El mandato de MARTIN se caracterizó por la ausencia de una visión clara sobre el modelo federal canadiense. Pese a que la llegada al poder del PLQ de CHAREST en 2003 contribuyó enormemente a rebajar las tensiones existentes, la popularidad de MARTIN en Quebec era muy reducida. Su pasado como Ministro de Economía había estado caracterizado por la búsqueda de un déficit cero, que había supuesto la retirada federal de numerosos programas compartidos con las provincias, dejando a estas con la obligación de soportar toda la carga financiera¹³⁹. Una vez nombrado líder del ejecutivo federal, pareció estar dispuesto a inaugurar una nueva etapa marcada por un federalismo asimétrico. Ello hubiera supuesto escuchar las demandas de Quebec sobre un acuerdo diferenciado en materia sanitaria, en el que la recepción de fondos federales no estuviera sometida a condicionalidad federal¹⁴⁰. Sin embargo, la disponibilidad inicial no se materializó en acuerdos de importancia. El único campo donde el gobierno federal concluyó acuerdos individualizados con las provincias fue el del cuidado infantil, materia en la cual Quebec llevaba décadas con su propio programa y, por tanto, no obtenía beneficios significativos.

Pese a haber reiterado su negativa a emprender cualquier proceso de reforma de la Constitución, durante la campaña electoral previa a su derrota MARTIN propuso restringir el alcance de la cláusula *notwithstanding* en medio del debate de la posible legalización del matrimonio homosexual por parte del Tribunal Supremo¹⁴¹. Esta fue la única propuesta de calado realizada por el Primer Ministro en asuntos constitucionales, lo cual evidencia su poco interés por la materia.

Tras los años del Plan B, los últimos años del gobierno de CHRÉTIEN y el subsiguiente mandato de MARTIN se caracterizaron por una distensión en las relaciones con Quebec, al no abordarse asuntos de gran relevancia para el modelo federal en dicho periodo. La derrota del PQ en las elecciones provinciales contribuyó a esta relajación, eliminando la posibilidad de un nuevo referéndum en un futuro inmediato. Al igual que en 1984, tras un periodo de enfrentamiento entre liberales y pequistas, será un gobierno conservador el encargado de recomponer las relaciones y avanzar en la integración de Quebec en la federación.

¹³⁹ NOËL (2009) : 285-286

¹⁴⁰ KENT (2004): 29-34.

¹⁴¹ AXWORTHY (2007): 58.

4.2. Harper y el federalismo abierto: historia de un romance sin final feliz. El reconocimiento de la nación québécoise

La llegada al poder del conservador Stephen HARPER en 2006 deparó un importante cambio en el panorama político canadiense. Tras numerosas disputas internas, con escisiones incluidas, un partido conservador volvía al poder trece años después. HARPER, electo por Alberta, se convertía en el primer líder del ejecutivo en no provenir de una circunscripción de Quebec en más de 30 años, situándose como el referente de la basculación del país hacia el Oeste¹⁴².

Si bien el granero electoral de los conservadores se situaba en las provincias de las Praderas, el partido era consciente de la necesidad de conseguir buenos resultados en Ontario y Quebec para asegurar la victoria electoral. En las elecciones de 2006 HARPER obtuvo 10 representantes por Quebec, el mejor resultado para un partido conservador desde MULRONEY. Pese a ser un territorio tradicionalmente hostil para sus intereses, el líder conservador había invertido esfuerzo en mejorar su imagen en Quebec, mejorando su francés y llevando la convención fundacional del partido a Montreal.

HARPER había hecho campaña abogando por un nuevo modelo de federalismo, el cual denominaba *Open Federalism* (federalismo abierto), prometiendo incluso la elaboración de una Carta donde se recogieran los principios del mismo, aspecto que nunca llegó a materializarse. Su visión constituía un retorno a los orígenes de la Confederación resaltando el respeto por el modelo de división de poderes entre la federación y las provincias¹⁴³. Para el líder conservador, el gobierno federal debía centrarse en las verdaderas prioridades nacionales como la defensa o la unión económica, respetando las competencias exclusivas de las provincias¹⁴⁴. Esta apuesta por una mayor descentralización que asegurara el respeto a la autonomía provincial era del agrado de las provincias del oeste, las cuales recelaban de los programas sociales implantados por los anteriores gobiernos liberales. Este planteamiento también fue bien recibido en Quebec, pues vislumbraba el fin del recurso al poder de gasto federal en áreas de competencia provincial, que sería sustituido por rebajas fiscales. La limitación del poder de gasto federal estuvo cerca de materializarse en un acuerdo

¹⁴² No se tiene en cuenta a Kim CABELL (Columbia Británica), quien asumió el cargo durante pocos meses tras la dimisión de MULRONEY en 1993, ni a John TURNER, el cual no era diputado y comandó el gobierno durante dos meses tras la renuncia en 1984 de P.E. TRUDEAU.

¹⁴³ HARPER (2004): A19.

¹⁴⁴ Aunque sin mencionarlo de manera explícita, los conservadores estimaban que abstenerse de intervenir en materias bajo control provincial reforzaría la unidad nacional al evitar que surgieran nuevas tensiones con Quebec.

intergubernamental por el que ambos niveles fijaban las reglas bajo las que se ejercería el mismo, limitando el campo de acción del gobierno federal en Quebec¹⁴⁵. Un acuerdo de tal magnitud hubiera supuesto el mayor avance en la materia desde las rondas constitucionales de Meech y Charlottetown, materializándose una de las grandes reivindicaciones de Quebec al ponerse fin a la injerencia federal en competencias provinciales. La limitación del poder federal de gasto habría permitido a Quebec ejercer sus competencias en áreas críticas como la sanidad y la educación de manera plena, sin tener que supeditar sus políticas a criterios federales para poder obtener los fondos necesarios para financiarlas.

La renuncia al poder de gasto fue acompañada de una nueva forma de afrontar las relaciones con las provincias privilegiando un enfoque bilateral con las mismas. Este aspecto también era bien recibido en Quebec, pues le permitía sentarse vis a vis con el gobierno federal a la hora de negociar sobre materias tan relevantes como la sanidad o la educación. Las expectativas creadas en Quebec por este nuevo federalismo abierto eran altas, dado que el mismo podía suponer la consecución de algunas de las reivindicaciones históricas de la provincia.

En un primer momento, las relaciones entre el nuevo ejecutivo federal y el gobierno liberal provincial de CHAREST fueron fluidas, aspecto al que contribuyó el pasado de este último como miembro del gobierno federal en la época de MULRONEY. Durante el primer mandato de HARPER se produjeron dos avances en pos de un mejor acomodo de Quebec en la federación. El primero de ellos fue la conclusión de un acuerdo entre la provincia y el gobierno federal por el que se reservaba a Quebec un puesto en la delegación canadiense ante la UNESCO¹⁴⁶. Este acuerdo reconocía la peculiaridad de Quebec dentro de la federación dadas sus características lingüísticas y culturales, asegurando a la provincia un representante permanente en la delegación canadiense. Este representante, aunque debe someterse a la dirección del jefe de la delegación, es libre de participar en las sesiones y debates expresando en las mismas la posición del Gobierno de Quebec. En el caso de que haya discrepancias a la hora de votar, prevalecerá la posición del Gobierno de Canadá, si bien este emitirá una nota dejando constancia de la posición de Quebec y los argumentos que fundamentan la misma.

¹⁴⁵ BELLAVANCE (2016)

¹⁴⁶ *Agreement between the Government of Canada and the Government of Québec concerning the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO).*

Mediante este acuerdo se incrementaba la presencia internacional de Quebec en un organismo de Naciones Unidas a cotas inéditas hasta la fecha. Esta cooperación entre los dos gobiernos permitía reforzar la defensa de la cultura e identidad quebequesas, así como posibilitaba la participación de Quebec en el concierto internacional. Dicha cooperación tenía vocación de permanencia, estableciéndose en el artículo 4.1 del acuerdo la imposibilidad de modificar o revocar el mismo sin el consentimiento de ambas partes, lo cual garantizaba a Quebec la salvaguarda de este ante eventuales cambios políticos en Ottawa.

El reconocimiento de la identidad quebequesa cobró mayor relevancia todavía en noviembre de 2006 cuando el BQ presentó una moción en los Comunes con el objetivo de que se reconociera a Quebec como nación. La oportunidad fue aprovechada por el gobierno conservador para, un día antes, someter a votación su propia moción, que realizaba algunas modificaciones a la originalmente presentada por el BQ. La moción presentada por el BQ, en su versión en inglés, afirmaba “*that Quebeckers form a nation*”, texto que fue corregido en la moción conservadora sustituyendo el término *Quebeckers* por *Québécois* a la vez que añadía una referencia a la unidad de Canadá. De esta manera el texto final de la moción era el siguiente:

*That this House recognize that the Québécois form a nation within a united Canada // Que cette Chambre reconnait que les Québécoises et les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni.*¹⁴⁷

La redacción final de la moción presenta dos características de gran importancia. La primera de ellas es la caracterización del pueblo que integra la nación como *Québécois*, término que es usado tanto en la redacción en inglés como en francés. Ello supone dejar atrás *Quebecker* como término que hace referencia a las personas que residen en Quebec, en pos de una noción con mayor carácter identitario. Como ya se ha resaltado, la noción de identidad *québécoise* surge tras la Revolución Tranquila agrupando a aquellos habitantes de Quebec que comparten la cultura y lengua francesa. En consecuencia, este reconocimiento se predicaba únicamente de la nación *québécoise*, y no de la provincia de Quebec como tal, excluyendo a los angloquebequeses, aspecto que causó cierto malestar entre las filas conservadoras, precipitando la dimisión del Ministro de Relaciones Intergubernamentales¹⁴⁸. Por otro lado, la referencia a la unidad de Canadá dejaba patente que la aprobación de la moción no suponía reconocimiento

¹⁴⁷ *House of Commons Debates*. Volume 141, Number 87, *1st Session, 39th Parliament*. 27 de noviembre de 2006, p. 5351.

¹⁴⁸ Michael CHONG dimitió el mismo día de la votación al considerar el texto suponía aceptar el nacionalismo étnico como parte de Canadá, lo cual no casaba con sus ideales.

alguno de un estatus privilegiado para Quebec así como tampoco implicaba la existencia de un derecho de autodeterminación.

La moción fue aprobada por una mayoría abrumadora de 265 votos a favor y 16 en contra, la mayoría de estos últimos de miembros del Partido Liberal. El Parlamento de Quebec reaccionó a esta votación con una resolución en la que reconocía el carácter positivo de la misma, aunque reiteraba que ello no suponía ninguna disminución de los derechos inalienables, poderes y privilegios de la Asamblea Nacional¹⁴⁹.

La aprobación de un reconocimiento simbólico de la peculiaridad de Quebec no era una idea nueva, puesto que la misma ya fue incluida en 1997 en la Declaración de Calgary firmada por todos los líderes provinciales a excepción de Quebec¹⁵⁰. A diferencia de la cláusula de sociedad distinta discutida en las rondas constitucionales del Lago Meech y Charlottetown, la misma carece de efecto legal alguno, limitando su campo de acción al plano simbólico¹⁵¹. Pese a su menor entidad, este reconocimiento supuso un paso importante en la integración de Quebec en Canadá, pues es la primera vez que un organismo federal reconoce las características especiales de la sociedad quebequesa. No será hasta ocho años más tarde cuando el Tribunal Supremo reiterare este reconocimiento, proclamando la existencia de una cultura legal y unos valores sociales distintivos de Quebec¹⁵².

La participación en la UNESCO y el reconocimiento de la realidad nacional de Quebec parecían vislumbrar una época de cordialidad y entendimiento entre el ejecutivo federal y la provincia francófona en pos de una mejor integración de la misma en Canadá. En pocos meses de mandato conservador Quebec había conseguido dos de sus aspiraciones históricas. Sin embargo, el idilio entre Quebec y el gobierno conservador fue decayendo a cuenta de conflictos derivados del programa de nivelación interterritorial. El gobierno federal cambió la fórmula de cálculo con el objetivo de excluir del cómputo parte de los ingresos derivados de recursos naturales como el gas o el petróleo. Estas modificaciones conllevaban importantes beneficios para provincias donde el apoyo conservador era mayoritario como Alberta, Saskatchewan o Terranova, mientras que los fondos a recibir por Quebec se verían reducidos. La intención del gobierno federal de crear un regulador único de valores mobiliarios, aspecto bajo

¹⁴⁹ *Résolution de l'Assemblée nationale du 30 novembre 2006. 37e législature, 2e session - Vol. 39 N° 65, pp. 3636-3645.*

¹⁵⁰ BENZ (2016): 182. El punto 5 de la Declaración reconocía el carácter único de Quebec debido a su lengua, cultura y sistema de derecho civil. *Premier's Meeting, Calgary* 14 de septiembre de 1997.

¹⁵¹ BRUN, TREMBLAY y BROUILLET (2014): 90.

¹⁵² *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21, par. 49.*

competencia provincial, así como la negativa a transferir al gobierno de Quebec los datos del registro de armas largas que el gobierno federal pensaba eliminar, supuso la constatación de que el federalismo abierto, si es que alguna vez existió, había tocado a su fin.

La noción amable del federalismo abierto parecía esconder la intención de implementar a toda costa la agenda neoliberal del gobierno¹⁵³, donde la eficiencia económica y las políticas conservadoras primaban sobre cualquier consideración relativa al respeto de la autonomía provincial o a una concepción más amplia del modelo federal¹⁵⁴.

A pesar de todo, el balance de los gobiernos conservadores de HARPER no parece del todo desfavorable para los intereses de la provincia francófona. Algunas de las cuestiones que quedaron sin resolver tras el fracaso del Lago Meech iban materializándose. Si bien no tenía rango constitucional, Quebec conseguía el reconocimiento de sus características distintivas por parte del resto de Canadá. Además, por primera vez, contaba con voz propia en un organismo de Naciones Unidas, aspecto que potenciaría enormemente la imagen internacional de Quebec. Dada la falta de voluntad federal, no se habían iniciado nuevos programas sociales en áreas de competencia provincial, lo cual unido, a la promesa de un futuro acuerdo sanitario individualizado, reafirmaba la autonomía de Quebec sobre su esfera competencial. Como resalta la comentarista política Chantal HÉBERT, aquellos que fervorosamente se opusieron al Acuerdo del Lago Meech son los que más han hecho por los intereses provinciales; ganaron la batalla, pero perdieron la guerra¹⁵⁵.

4.3. Trudeau y el federalismo moderno

Las elecciones del año 2015 pusieron fin a casi una década de gobierno conservador devolviendo a los liberales al poder, ahora comandados por Justin TRUDEAU –hijo de P.E. TRUDEAU–, quienes se recuperaban de la humillante derrota sufrida en 2011 donde fueron relegados al tercer puesto. El Partido Liberal volvía a

¹⁵³ CASTRO-REA (2016): 261-266 muestra las enormes contradicciones entre la teoría y la práctica del “federalismo abierto”, constatando como la finalidad real del mismo parecía ser el desmantelamiento del estado del bienestar, siguiendo los postulados ideológicos conservadores.

¹⁵⁴ DUNN (2008): 44-45. Una muestra de ello será el contencioso entre Quebec y el gobierno federal relativo al registro de armas largas, donde el gobierno federal impondrá su postura rechazando cualquier posibilidad de cooperación con el gobierno provincial por razones puramente ideológicas.

¹⁵⁵ HÉBERT (2011).

ganar las elecciones en Quebec tras la sorprendente victoria del NDP en 2011¹⁵⁶. Por su parte, el BQ continuaba su particular travesía en el desierto, incapaz de movilizar el voto soberanista en ausencia de un conflicto constitucional y con el voto progresista acaparado por liberales y neo-demócratas.

Desde antes de comenzar su mandato, TRUDEAU mostró disposición a entablar una nueva relación con las provincias, comprometiéndose a gobernar de acuerdo al principio federal¹⁵⁷. Esta voluntad tuvo una primera manifestación con su auto-nombramiento como Ministro de Relaciones Intergubernamentales. Había signos que invitaban al optimismo en cuanto a una nueva forma de gestionar la federación y las relaciones provinciales basada en la cooperación y el diálogo. Esta forma de actuar fue denominada por el propio TRUDEAU como “federalismo de reconciliación” dado su especial énfasis en mejorar la situación de los pueblos indígenas reconociendo los abusos que han sufrido en el pasado y mejorando su acomodo dentro de Canadá¹⁵⁸.

En lo concerniente a las relaciones con los ejecutivos provinciales, la legislatura comenzó con una decidida apuesta por la cooperación multilateral convocando a los líderes provinciales a varias reuniones e invitándolos a participar en la Cumbre del Clima de París con el objetivo de alcanzar un acuerdo sobre el límite de emisiones contaminantes. Esta primacía de la multilateralidad se extendió también a las negociaciones tendentes a renovar el acuerdo sanitario. Sin embargo, las mismas no fructificaron al demandar las provincias más recursos económicos, limitándose el acuerdo a unos principios comunes que debían guiar el sistema. Ante el fracaso de las negociaciones el gobierno federal optó por regresar a la bilateralidad característica del gobierno anterior firmando acuerdos separados con las provincias, los cuales vinieron a consolidar la asimetría de Quebec en materia sanitaria iniciada en 2004. Aunque no ha transcurrido suficiente tiempo para poder realizar un análisis más conclusivo, esta variación en la forma de entender la cooperación con las provincias parece evidenciar que, en lo relativo a las relaciones entre federación y provincias, el “federalismo de reconciliación” de TRUDEAU se asemeja más a un “federalismo pragmático” en el que el gobierno federal prima la materialización de aquellas políticas que considera más

¹⁵⁶ ROCHER (2014b): 65-82 analiza las causas de la victoria electoral del NDP en Quebec en las elecciones federales de 2011, así como sus posibles implicaciones de cara al futuro. Sin embargo, sus presagios no se han materializado pues el NDP experimentó un acusado retroceso en Quebec sin que el BQ fuera capaz de atraer el voto anti-conservador, resultando en una amplia victoria liberal en la provincia.

¹⁵⁷ TRUDEAU (2015).

¹⁵⁸ LAFOREST y KEATING (2018): 181-182

ventajosas para la federación. De esta forma el gobierno liberal ha combinado la firma de acuerdos diferenciados en materia sanitaria, integrando las diferentes sensibilidades y necesidades provinciales, con una política de *one size fits all* en la que la acción federal se caracteriza por ser homogénea¹⁵⁹, rechazando dar soluciones individualizadas y prescindiendo de los intereses provinciales como ha sido el caso de la legalización del cannabis, donde el gobierno federal se ha negado en reiteradas ocasiones a aceptar las demandas provinciales de Manitoba y Quebec.

En relación con el acomodo de esta última provincia, la implantación de un nuevo sistema de designación de los miembros del Tribunal Supremo, que se tratará en profundidad más adelante, constituye un tímido avance en uno de los pocos asuntos pendientes de los cinco puntos del Lago Meech. Además, a finales de 2016, el gobierno federal anunció un acuerdo con Quebec que supondrá una inversión federal de más de 400 millones de dólares con el objetivo de mejorar las deterioradas infraestructuras educativas de la provincia. Este acuerdo, cuyo contenido afecta a una competencia exclusiva de Quebec como es la educación, constituye un ejemplo de cooperación entre gobiernos. En lugar de actuar unilateralmente, el gobierno federal pone a disposición de la provincia unos fondos con un carácter finalista para la mejora de instalaciones educativas, siendo esta la encargada de determinar la adscripción particular de los mismos. A pesar de estos avances, también se han producido algunos choques entre los dos ejecutivos en otros frentes. El proyecto de Ley C-29, un texto regulador del mercado bancario, también ha provocado tensiones entre los dos niveles¹⁶⁰. El mismo incluía disposiciones relativas a la protección de los consumidores, aspecto de competencia provincial. Finalmente, y tras la amenaza por parte de los senadores de Quebec de bloquear la aprobación del mismo, el gobierno decidió dar marcha atrás y retirar del proyecto las disposiciones objeto de la controversia.

La elección del gobierno de la CAQ, liderado por François LEAGULT, a finales de 2018 está llamada a abrir un nuevo capítulo en las relaciones entre la provincia y el gobierno federal. El líder *caquiste* ha anunciado su intención de demandar a Ottawa mayores poderes en materia de inmigración, ampliando las competencias de Quebec a la

¹⁵⁹ El término *one size fits all* hace referencia a aquellas políticas que optan por un enfoque estándar en las que se trata a todos los destinatarios, en este caso las provincias, por igual, sin adaptarlas a las necesidades individuales de estas. Dicho enfoque no tiene en consideración alguna las características propias distintivas de cada provincia, optando por una regulación homogénea con base en unos criterios establecidos unilateralmente por el gobierno federal.

¹⁶⁰ *A second Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 22, 2016 and other measure – 42nd Parliament 1st Session.*

reunificación familiar, y la transferencia de algunos impuestos. Sin embargo, no parece que el Primer Ministro vaya a ser receptivo a estas demandas, especialmente en el tramo final de la legislatura.

En resumen, el mandato de TRUDEAU es continuista en lo relativo al acomodo de Quebec sin que puedan apreciarse avances significativos, más allá de un lenguaje amable y conciliador hacia la provincia de origen del líder liberal. La creciente afinidad política entre la CAQ y el Partido Conservador en campos como la fiscalidad o la inmigración puede favorecer una etapa de entendimiento en el caso de que esta formación se alzara con la victoria en las elecciones federales de 2019. Por ello, surge la incógnita de si volverá a ser un gobierno conservador, en este caso liderado por Andrew SCHEER, quien podría reeditar los esfuerzos de MULRONEY y, en menor medida, de HARPER, por acomodar a Quebec y conseguir la integración definitiva de la provincia en el marco constitucional post 1982.

4.4. La herencia de 1982: la *notwithstanding* en la actualidad

Pese a ser una norma constitucional válida y tener su origen en las discrepancias entre el gobierno federal y las provincias a la hora de *patriar* la Constitución, el artículo 33 de la Constitución de 1982 goza de mala imagen en la sociedad canadiense contemporánea. Canadá se caracteriza por ser uno de los pioneros en la protección de los Derechos Humanos –no en vano es el país impulsor de los Pactos sobre Derechos de la ONU y uno de los mayores contribuyentes a su presupuesto–, por lo que la existencia de un mecanismo para invalidar derechos no parece muy consecuente con la defensa de estos valores. Este hecho ha provocado que hayan surgido algunas propuestas tendentes a restringir su uso, sin que ninguna haya tenido mayor recorrido¹⁶¹. La imagen negativa de la cláusula *notwithstanding* ha autogenerado una obligación a los legisladores de anticipar el resultado de una posible decisión judicial sobre la compatibilidad de la norma en cuestión con la Carta, resultando en un control de constitucionalidad a priori que eleva la protección de los derechos fundamentales en el sistema constitucional canadiense¹⁶².

¹⁶¹ En los trabajos previos a la conferencia de Charlottetown el gobierno federal propuso requerir un apoyo parlamentario del 60% para poder activar la cláusula *notwithstanding*. En 2003 el Primer Ministro Paul MARTIN abogó por aprobar una norma mediante la cual el Parlamento federal se comprometiera a no utilizar el mecanismo del artículo 33. La derrota electoral del Partido Liberal hizo decaer este planteamiento, sobre el que se suscitaban dudas relativas a su constitucionalidad.

¹⁶² BELLAMY (2007): 47-48. KAHANA (2002): 237-242.

El recelo que despierta la cláusula, así como la voluntad de evitar paralelismos con Quebec, han sido determinantes en su prácticamente nulo uso fuera de la *belle province*. Sin contar a Quebec, la cláusula *notwithstanding* ha sido utilizada en tres ocasiones en el resto de la federación. La primera de ellas se produjo en 1982 en el territorio del Yukón en una ley que nunca llegó a entrar en vigor¹⁶³. El gobierno de Saskatchewan la incluyó en una ley en materia de empleo¹⁶⁴ para protegerla de una sentencia de la Corte de Apelación¹⁶⁵ que consideró que violaba el derecho de asociación. Esta inclusión tampoco tuvo un impacto relevante pues el Tribunal Supremo admitió el recurso del gobierno de Saskatchewan negando que dicha ley violara la Carta, por lo que no era necesario el uso del artículo 33 para protegerla¹⁶⁶. La provincia de Alberta es la única que sí la ha utilizado de forma efectiva. En el año 2000, el parlamento provincial aprobó la *Marriage Amendment Act, 2000*¹⁶⁷ por la que se incluía la cláusula *notwithstanding* para blindar la definición de matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer de la aplicación de la Carta de Derechos y Libertades, así como de la *Alberta Bill of Rights*¹⁶⁸. Una vez expirado el plazo de 5 años, el ejecutivo provincial decidió no renovar la declaración de exclusión. El recurso a la cláusula *notwithstanding* fue la respuesta del gobierno provincial de Alberta a la aprobación por parte del Parlamento federal de la *Civil Marriage Act*¹⁶⁹, por la que se legalizaba el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta norma suponía la plasmación legal de lo dispuesto por el Tribunal Supremo en el *Reference re Same-Sex Marriage*, donde se confirmaba que el título federal sobre matrimonio le facultaba para definir los sujetos susceptibles de contraerlo, avalando la posibilidad de que lo contraigan dos personas del mismo sexo. La decisión de consultar al Tribunal Supremo antes de modificar la ley supuso la renuncia federal del gobierno de CHRÉTIEN a utilizar la cláusula *notwithstanding* para proteger el matrimonio entre personas del mismo sexo de una decisión judicial desfavorable. Esta decisión podía haberse visto truncada caso de que hubieran triunfado las propuestas de oposición conservadora de definir el matrimonio exclusivamente como la unión de un hombre y una mujer¹⁷⁰, aspecto que

¹⁶³ *Yukon's Land Planning and Development Act - Statutes of Yukon* 1982, c. 22.

¹⁶⁴ *Saskatchewan Government Employees Union Dispute Settlement Act*, S.S. 1984-85-86, c. 111, s. 9

¹⁶⁵ *RWDSU v. Government of Saskatchewan*, [1985] 5 W.W.R. 97.

¹⁶⁶ *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460.

¹⁶⁷ 2000 Bill 202 Fourth Session, 24th Legislature, 49 Elizabeth II, The Legislative Assembly Of Alberta.

¹⁶⁸ HIEBERT (2002): 197-198.

¹⁶⁹ *Civil Marriage Act*, S.C. 2005, C. 33.

¹⁷⁰ Dos propuestas en este sentido fueron derrotadas por un margen estrecho, la primera por el voto de calidad del *Speaker* tras el primer empate en 40 años, y la segunda por un exiguo 137 a 132. Vid. *House*

hubiera forzado al gobierno liberal a tener que utilizar, por primera vez en la historia, la cláusula *notwithstanding* a nivel federal.

La poca utilización de este mecanismo constitucional por las provincias –y territorios– anglófonos pone en evidencia el alto coste político y social que tiene su puesta en práctica. La inclusión de la cláusula tiene un efecto señalador, mostrando las dudas del gobierno de turno sobre la compatibilidad de la norma con la Carta y movilizándolo a los críticos con el proyecto¹⁷¹.

A pesar de todo ello, y en contra de la opinión de quienes la consideraban en caída en desuso¹⁷², en septiembre de 2018, el Premier conservador de Ontario, Doug FORD, anunció en una rueda de prensa la convocatoria de un pleno extraordinario para activar la cláusula *notwithstanding*. Esta urgencia respondía a una sentencia conocida esa misma mañana en la que un juez de instancia anulaba una norma que reducía el número de concejales del ayuntamiento de Toronto al estimar que ello constituía una violación del derecho a la libertad de expresión¹⁷³. Más allá del hecho de que este mecanismo fuera a ser utilizado por primera vez en Ontario, lo novedoso de esta situación reside en la justificación esgrimida por el líder conservador, quien cuestionaba la legitimidad del juez para anular una norma aprobada por el parlamento provincial. FORD contraponía su legitimidad democrática directa al haber sido elegido en las urnas con la condición de designado del juez, aspecto que, a su juicio, justificaba usar todas las herramientas a su alcance para evitar que un juez contraviniera la voluntad popular.

of Commons Debates, 37th Parliament, Volume 138, Number 120, 2nd Session, 16 de septiembre de 2003, pp. 7436-7439.

¹⁷¹ HOGG (2007): 39-9. Este efecto señalador llevó en 1998 al gobierno de Alberta a dar marcha atrás en sus planes de invocar la cláusula *notwithstanding* para limitar la cuantía de unas indemnizaciones a víctimas de un plan de esterilización eugenésico. Vid. *Alberta Hansard, Issue 24, Second Session* – 9 de marzo de 1998. De forma similar, el gobierno de Saskatchewan no consumó su voluntad de utilizar la cláusula *notwithstanding* para proteger el sistema educativo de la provincia en lo relativo a la financiación de las escuelas confesionales católicas. La Constitución, a través del artículo 17 de la *Saskatchewan Act, 1905*, obliga al gobierno de Saskatchewan a financiar las escuelas confesionales, ya sean católicas o protestantes, cuando estas comunidades constituyan una minoría en un distrito escolar. Sin embargo, los tribunales han considerado inconstitucional esta financiación cuando la misma va destinada a alumnos que no profesan la religión en cuestión dado que no pertenecen a la minoría protegida constitucionalmente (*Good Spirit School Division No. 204 v Christ the Teacher Roman Catholic Separate School Division No. 212*, 2017 SKQB 109). Con el fin de evitar una modificación del sistema de financiación de la educación religiosa, el Premier Brad WALL se comprometió durante el Discurso del Trono a llevar al Parlamento una norma que invoque la cláusula *notwithstanding* mientras se resuelve la apelación de la decisión judicial, extremo que nunca cumplió.

¹⁷² GOLDSWORTHY (2010): 217-222 la considera en desuso. En cambio, ALBERT (2018): 146-165 cree que dicha situación está próxima únicamente en lo concerniente a su posible invocación por el Parlamento federal, manteniéndose totalmente vigente en el caso de las provincias.

¹⁷³ El juez consideraba que la actuación del gobierno provincial, la cual estimaba como arbitraria, constituía una violación del derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 2.b de la Carta al lesionar injustificadamente los derechos de candidatos y electores dado que la reducción se producía con el proceso electoral en marcha (*City of Toronto et al. v. Ontario (Attorney General)*, 2018 ONSC 5151).

Esta concepción de la cláusula *notwithstanding* como un instrumento más, y no como una herramienta de último recurso, constituye un cambio de paradigma en la forma de entender la cláusula *notwithstanding*¹⁷⁴. Esta reacción furibunda, unida a la amenaza de volver a invocar el artículo 33 cada vez que haya una sentencia desfavorable al gobierno, no puede ser entendida sino desde un enfoque populista en el que el principio democrático debe primar sobre cualquier otra consideración. En el fondo, FORD no estaba objetando el artículo 2 de la Carta, sino valores intrínsecos al sistema democrático como el estado derecho y la separación de poderes, rechazando que el poder judicial pueda anular una norma válidamente aprobada por el legislativo al considerarla contraria a la Carta de Derechos y Libertades. Prueba de ello es que la nueva norma no exceptuaba la aplicación del artículo 2, sino que contenía una referencia ómnibus a todos los preceptos constitucionales susceptibles de exclusión¹⁷⁵.

Como era de esperar, el efecto señalador de esta decisión movilizó rápidamente a los críticos con la decisión pues la oposición mostró su rechazo unánime hasta el punto de forzar su expulsión de la sesión donde se debatía la aprobación de la inclusión del artículo 33. Además, varios de los implicados en su diseño durante la *patriación*, incluido Jean CHRÉTIEN, emitieron un comunicado conjunto en el que rechazaban su uso por parte del gobierno de Ontario al considerar que este contravenía su esencia, pues fue diseñada para ser aplicada en situaciones excepcionales.

En un sorprendente giro de los acontecimientos, durante el debate de segunda lectura relativo a la introducción de la *notwithstanding*, la Corte de Apelación de Ontario suspendió la ejecución de la sentencia hasta analizar el recurso gubernamental al entender que existían indicios que apuntaban a que el juez de instancia podía haber errado en su análisis¹⁷⁶. De facto, la decisión de la Corte de Apelación validaba la norma inicial materializándose la reducción de concejales buscada por el ejecutivo provincial pues la resolución del contencioso se producirá después de celebrarse el proceso electoral. Subsiguientemente, el gobierno anunció que paralizaba la aprobación de la cláusula *notwithstanding*, la cual retomaría si la sentencia en apelación le era desfavorable.

¹⁷⁴ Esta actuación constituye un ejemplo de que lo que KAHANA (2006) denomina un “mal uso” de la cláusula *notwithstanding* al no basarse en la creencia en la constitucionalidad de la norma en cuestión, sino en una cuestión de legitimidad del poder legislativo frente al judicial.

¹⁷⁵ Bill 31 - *An Act to amend the City of Toronto Act, 2006, the Municipal Act, 2001, the Municipal Elections Act, 1996 and the Education Act and to revoke two regulations, 1st Session, 42nd Legislature, Ontario 67 Elizabeth II, 2018.*

¹⁷⁶ *Toronto (City) v. Ontario (Attorney General)*, 2018 ONCA 761.

La eventual consolidación de este nuevo paradigma supondría romper con la condición de la cláusula *notwithstanding* como mecanismo extraordinario de integración con el que evitar el estallido de una crisis constitucional que reduzca la autonomía provincial, buscando alcanzar un equilibrio entre la soberanía parlamentaria y la independencia judicial. Este enfoque no solo desnaturalizaría el significado de esta disposición, sino que la convertiría en una herramienta con la que sustraer al poder legislativo de la revisión de la constitucionalidad de sus decisiones por parte de los tribunales iniciando una deriva autoritaria que no solo no reduciría la tensión constitucional, sino que contribuiría a aumentarla de forma exponencial.

El efecto señalador y movilizador de la cláusula *notwithstanding* ha ido extendiéndose progresivamente también a la provincia de Quebec. En 2013, se introdujo en la Asamblea Nacional el polémico proyecto de la Carta de Valores¹⁷⁷. Dicho texto consistía en una carta de laicidad que, entre otras medidas, prohibía portar símbolos religiosos a los funcionarios públicos¹⁷⁸. Durante la tramitación del proyecto –el cual nunca llegó a aprobarse al convocarse elecciones anticipadas en la primavera de 2014–, surgieron numerosas voces contrarias al mismo al considerarlo contrario a los derechos fundamentales recogidos en la Carta quebequesa de derechos y en la Carta de Derechos y Libertades¹⁷⁹. El ministro que patrocinaba la iniciativa, B. DRAINVILLE, reiteró en numerosas ocasiones el respeto de los derechos de la Carta por parte del proyecto, así como descartó la necesidad de recurrir a la cláusula *notwithstanding* –o al respectivo mecanismo de la Carta quebequesa– para evitar un más que posible conflicto judicial. Conforme se acercaba la fecha de la elección provincial –la cual el PQ pretendía que girara en torno a la Carta pues gozaba de gran aceptación entre el electorado francófono–, la líder provincial, P. MAROIS, anunció que en caso de ganar las elecciones aprobaría el proyecto exceptuando al mismo del alcance de la Carta para evitar que fuera tumbado judicialmente¹⁸⁰. El argumento de MAROIS recordaba mucho a los del caso *Ford*. La Premier consideraba legítimo recurrir a una medida de tal calado al ser un mecanismo con el que defender “las leyes, la cultura, la orientación política y lengua” de Quebec¹⁸¹. De nuevo, la cláusula *notwithstanding* surgía como una herramienta que

¹⁷⁷ Formalmente denominada Loi 60: *Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*.

¹⁷⁸ *Ibidem* artículo 5.

¹⁷⁹ Entre los críticos con la medida se encontraban los antiguos líderes de la provincia PARIZEAU y BOUCHARD.

¹⁸⁰ CHOUINARD (2014).

¹⁸¹ *Ibidem*.

permitía que se respetara la voluntad de la Asamblea Nacional de Quebec ante agresiones “externas”¹⁸².

La polémica suscitada por la Carta de Valores resurgió a finales de 2017 cuando la Asamblea Nacional aprobó la Ley 62¹⁸³. Esta iniciativa, patrocinada por el gobierno del PLQ y rechazada unánimemente por la oposición¹⁸⁴, pretende asegurar la neutralidad religiosa del estado, para lo que obliga tanto a los prestadores de servicios públicos –funcionarios y empleados públicos– como a los receptores de los mismos a realizar dichas funciones a cara descubierta, lo cual entraña una prohibición del velo integral. La norma contempla la posibilidad de que se realicen excepciones caso por caso a dicha prohibición, sin detallar las circunstancias o supuestos donde las mismas podrían aplicarse. Ante el rechazo suscitado a esta norma por parte del gobierno federal y el anuncio de su impugnación ante los tribunales por parte de varias organizaciones defensoras de los derechos civiles¹⁸⁵, la Ministra responsable de la misma no descartó la protección de la ley mediante el uso de la cláusula *notwithstanding*¹⁸⁶. En el mismo sentido, la oposición, encabezada por el PQ, retó al gobierno a usar la *notwithstanding* para proteger la neutralidad religiosa¹⁸⁷.

Paradójicamente, el PQ –que sigue rechazando firmemente la Carta y la Constitución de 1982– es quien mayor uso ha dado a dicho mecanismo y quien se resiste a darlo por superado como evidencia su emplazamiento al gobierno liberal a utilizarlo. La norma que mayor división política trajo a Quebec, es la que contiene uno

¹⁸² Al igual que en el caso *Ford*, los perjudicados por dicha medida eran las comunidades minoritarias en Quebec. En el primer caso los anglófonos ante la mayoría francófona y en el segundo las comunidades musulmana y judía en un Quebec predominantemente católico.

¹⁸³ *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes.* (2017, chapitre 19).

¹⁸⁴ El PQ y la CAQ rechazaron la ley 62 al considerarla descafeinada, compartiendo estas dos formaciones la voluntad de aprobar una Carta de Laicidad, inspirada en el proyecto de Carta de Valores, que prohibiera que los funcionarios públicos portaran símbolos religiosos, un aspecto no contemplado por la ley de neutralidad religiosa. Por su parte *Quebec Solidaire* rechazaba el proyecto por considerarlo lesivo a los derechos de las mujeres.

¹⁸⁵ Estas impugnaciones han conseguido la suspensión cautelar de la aplicación de la norma hasta que se resuelva sobre la constitucionalidad de la misma.

¹⁸⁶ Esta posibilidad fue, sin embargo, descartada por el Premier COUILLARD, quien afirmó que defendería la compatibilidad de la norma con la Carta hasta llegar al Tribunal Supremo.

¹⁸⁷ Tanto el PQ como la CAQ se ha comprometido públicamente a sustituir la Ley 62 por un nuevo proyecto de Carta de Valores que garantice la secularización de los servidores públicos, estando ambas formaciones dispuestas a aplicar la cláusula *notwithstanding* en caso de que un tribunal estimara la misma incompatible con la Carta de Derechos y Libertades. Este compromiso se materializó en marzo de 2019 con la presentación por parte del gobierno de la CAQ del anteproyecto de Ley de laicidad (*Projet de loi no 21 - Loi sur la laïcité de l'État*), cuyo artículo 30 invocaba la cláusula *notwithstanding* para evitar que pueda ser suspendido o anulado por los tribunales en caso de convertirse en ley.

de los mecanismos que mejor permite el acomodo de la sociedad quebequesa en la federación.

5. LA INTEGRACIÓN PROGRESIVA DE LA DIFERENCIA QUEBEQUESA

Una vez pasado el periodo de turbulencias creado en torno al referéndum de 1995, se inició un proceso progresivo de acomodo de la diferencia quebequesa en Canadá. Uno de los principales cambios ha sido la adopción de enfoques más pragmáticos a la hora de resolver los conflictos buscando soluciones negociadas en lugar de recurrir a la cláusula *notwithstanding*. Este aspecto se ha dejado sentir en dos campos de especial interés para Quebec, la lengua y la educación, los cuales generaron importantes controversias en el pasado.

5.1. A vueltas con el *visage linguistique*: reexaminando el caso Ford

5.1.1. *Lyon & Wallrus y Canada Inc: la predominancia neta del francés*

Trece años más tarde, la *Cour d'Appel* volvió a examinar la doctrina del caso *Ford* en el contencioso *Lyon & Wallrus*¹⁸⁸. Los dueños de un establecimiento recreativo en Quebec recurrieron a los tribunales una sanción impuesta por la Oficina de la Lengua Francesa (OQLF) afirmando que se violaban sus derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la igualdad cuestionando la reforma de la *Loi 101* de 1993. Los recurrentes rotulaban su establecimiento con dos carteles del mismo tamaño. Uno de ellos se encontraba en francés (con una palabra en inglés) y el otro estaba en inglés (con una palabra –la misma que en el otro– en francés). La sanción de la OQLF se fundamentaba en una violación del artículo 58 de la *Loi 101* debido a que no se cumplía con la predominancia neta del francés al darse la misma relevancia a ambas lenguas. Al examinar el caso los magistrados analizan lo dispuesto por el Tribunal Supremo en el caso *Ford* y su vigencia. Para la *Cour*, la exigencia de predominancia neta del francés fue declarada como legítima por parte del Tribunal Supremo en *obiter dicta*, proponiendo dicha fórmula como alternativa a la declarada inconstitucional¹⁸⁹. La reforma de 1993 reprodujo esta consideración jurisprudencial poniendo fin al conflicto. La *Cour d'Appel* constata que es habitual que, cuando el Tribunal Supremo invalida una

¹⁸⁸ *Les Entreprises W.F.H. Ltée c. La Procureure Générale du Québec* [2001] RJQ 2557 (QC CA).

¹⁸⁹ A sensu contrario, SCOTT (2006): 500, el cual afirma que debe entenderse que dicha consideración forma parte del *ratio decidendi* del caso *Ford*.

norma, sugiera modificaciones que sí serían compatibles con la Constitución¹⁹⁰. La *Cour* entiende que si la preponderancia del francés en los rótulos comerciales era una medida justificada para asegurar el *visage linguistique* a la luz del artículo 9.1 de la Carta de Derechos y Libertades en 1988 no hay motivos para entender que por el mero paso del tiempo no lo sea¹⁹¹. Por tanto, no existen razones para dudar de la constitucionalidad de la norma, pues la misma refleja la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.

En *Ford* el Tribunal Supremo no hizo mención al derecho a la igualdad del artículo 15 de la Carta de Derechos y Libertades y el 10 de la Carta quebequesa. El tratamiento de dicho conflicto se produjo en la sentencia del caso *Devine* emitida el mismo día¹⁹². En ella, el TS no entraba en el fondo del asunto, limitándose a afirmar que una posible violación de los mismos estaría cubierta por el artículo 1 de la Carta de Derechos y por el 9.1 de la Carta quebequesa, estando, por tanto, justificada en el caso de la preponderancia neta del francés¹⁹³. Por lo tanto, la *Cour d'appel* se remitió a lo expuesto por el TS en *Devine* para rechazar posible violación del derecho a la igualdad. Los magistrados tampoco consideraron que la predominancia neta del francés sea contraria a los principios constitucionales enunciados en el dictamen sobre la Secesión de Quebec. La *Cour* entiende que estos principios han sido tenidos en cuenta por el legislador y que la norma resultante los respeta plenamente¹⁹⁴. Tras la desestimación del caso por parte de la *Cour d'Appel* los recurrentes intentaron proseguir judicialmente con el asunto, pero su pretensión fue inadmitida tanto por el Tribunal Supremo como por el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

La vigencia de la doctrina de *Ford* fue nuevamente reafirmada a finales de 2017 en el caso *Canada inc.*¹⁹⁵, en el que una serie de empresas reclamaban poner fin a la preponderancia del francés en pos de una libertad para rotular en la lengua de su elección, el inglés. Estas empresas, situadas en la isla de Montreal, habían sido multadas por la OQLF por diversas conductas como rotular sus comercios solo en inglés o de manera bilingüe o presentar embalajes y páginas web únicamente en inglés obviando la preponderancia neta del francés prescrita por la Ley 101.

¹⁹⁰ *Les Entreprises W.F.H. Ltée c. La Procureure Générale du Québec*, párrafos 51-58.

¹⁹¹ *Ibidem*, párrafos 73 y 74.

¹⁹² *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 814. En cambio, la exclusividad del francés sí que sería contraria a estas garantías, al no resultar proporcionada para el fin perseguido.

¹⁹⁴ *Les Entreprises W.F.H. Ltée c. La Procureure Générale du Québec*, párrafos 104-116.

¹⁹⁵ *Canada inc. c. Attorney General of Quebec* 2017 QCCA 2055.

Los demandantes argumentaban que los precedentes de *Ford* y *Devine*, así como su confirmación en el caso *Lyon & Wallrus*, no debían continuar aplicándose, pues se había producido “un cambio en las circunstancias que debía variar los parámetros del debate”¹⁹⁶ dado que, a su juicio, la lengua francesa ya no se encontraba en peligro en Quebec pues, a excepción de lo relativo a las marcas comerciales, el *visage linguistique* de Quebec era predominantemente francés¹⁹⁷. Sin embargo, esta pretensión fue rechazada por la *Cour d’Appel du Quebec* al entender, siguiendo al juez de instancia, que la Ley 101 no puede ser víctima de su propio éxito¹⁹⁸, así como que los recurrentes habían sido incapaces de probar suficientemente que el riesgo de retroceso del francés en Quebec había desaparecido, por lo que su argumento carecía de base.

Por lo tanto, los avances que la doctrina del caso *Ford* ha tenido de cara a garantizar el *visage linguistique* francófono de Quebec no pueden ser utilizados para poner fin a la política de preponderancia del francés puesta en marcha tras la expiración de la vigencia de la cláusula *notwithstanding*, pues se desnaturalizaría la voluntad del legislador quebequés, precipitándose el regreso a la situación anterior y la reversión de lo conseguido.

En ambos casos la conclusión alcanzada por la *Cour d’appel* es clara: *Ford* y *Devine* siguen vigentes y no hay ningún motivo para dudar de la constitucionalidad de la preponderancia del francés propuesta por el Tribunal Supremo en dicho caso. En consecuencia, la modificación de la *Loi* 101 llevada a cabo en 1993 debe entenderse acorde a la Carta quebequesa, y por extensión, a la canadiense, al ser una medida restrictiva de derechos justificada en el artículo 9.1.

5.1.2. *El afrancesamiento de las marcas en la rotulación comercial*

En 2014, la regulación de la rotulación comercial volvió a ser contestada ante los tribunales en lo relativo a las marcas comerciales. El gobierno de Quebec, a través de la Oficina de la Lengua Francesa, recurrió a la justicia con el objetivo de obligar a determinadas empresas –entre ellas *Wall Mart*, *Costco* o *BestBuy*– que rotulaban exclusivamente en inglés a hacerlo también en francés variando ligeramente su marca comercial mediante la incorporación de palabras en la lengua oficial de Quebec.

¹⁹⁶ Esta expresión fue utilizada por el Tribunal Supremo en *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, par 46 para justificar un cambio en su doctrina en torno a la prohibición de la prostitución.

¹⁹⁷ *Canada inc. c. Attorney General of Quebec* 2017 QCCA 2055, par 24.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

Tras la ya citada modificación al expirar la vigencia de la cláusula *notwithstanding*, se pasó de la exclusividad a la predominancia neta del francés. Ahora bien, el párrafo tercero del artículo 58 de la *Loi 101* recoge una excepción a la regla general, de manera que se permite prescindir de la preponderancia del francés o incluso rotular en otra lengua en los casos que se autoricen mediante la correspondiente disposición reglamentaria¹⁹⁹. El artículo 25 del reglamento contiene una excepción en materia de marcas comerciales, permitiendo rotular en una lengua distinta del francés con una marca comercial en el caso de que no exista una versión en francés de la misma. El gobierno provincial alegaba que dicha excepción debía entenderse de manera restringida pues era necesario relacionarla con los artículos 63 y 67 de la *Loi 101*. Estos artículos prescriben que las denominaciones empresariales (marcas) deben estar en francés –artículo 63– si bien se admiten expresiones traídas de otras lenguas –artículo 67–, según se establezca de manera reglamentaria²⁰⁰. La disposición reglamentaria aplicable es el artículo 27 del citado reglamento que exige que se acompañe dicha expresión de un término genérico en francés. El objetivo pretendido por esta disposición es afrancesar la denominación comercial de las compañías que carecen de nombre en francés, fundamentalmente multinacionales estadounidenses, añadiendo un término que identifique el sector al que se dedican²⁰¹.

Con base en esta argumentación, la Oficina Quebequesa de la Lengua Francesa requirió a numerosas compañías a que cambiaran su manera de rotular o se arriesgarían a ser sancionadas. Estas empresas no acataron el requerimiento de la OQLF y recurrieron a los tribunales. Obtuvieron una sentencia favorable en primera instancia, la cual el ejecutivo quebequés recurrió ante la *Cour supérieure*. Esta instancia judicial se alineó con la posición del juez de primera instancia denegando la apelación efectuada por el gobierno provincial. Si bien los magistrados reconocen que la *Loi 101* y su reglamento debe ser interpretados de manera amplia y generosa con el fin de permitir que consiga los objetivos para los que fue aprobada, ello no implica que haya dar un menor valor a las excepciones que la misma recoge que a las reglas generales. Las excepciones contenidas en la ley son tan queridas por el legislador como las reglas generales, es decir, no son meros accidentes que deban entenderse con un valor menor;

¹⁹⁹ En este caso, el *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*, chapitre C-11, r. 9.

²⁰⁰ Junto a las expresiones en otras lenguas, también se admiten topónimos, apellidos y acrónimos en lengua distinta del francés.

²⁰¹ Un ejemplo de dicha práctica es la decisión de la multinacional estadounidense “*Starbucks Coffee*” de denominarse en Quebec “*Café Starbucks Coffee*”.

si el legislador no las hubiera deseado no las hubiera incluido. Para la *Cour supérieure* la interpretación defendida por el gobierno conlleva, en la práctica, la esterilización del inciso tercero del artículo 58, así como de su desarrollo en el artículo 25(4) del reglamento²⁰². La interpretación que sostiene el gobierno de Quebec supone negar el contenido del artículo 58 cuando este faculta la rotulación en un idioma diferente si concurre alguna de las excepciones contenidas en el reglamento. Si se exigiera, como pretende la OQLF, añadir un término en francés ya no estaríamos ante una rotulación exclusivamente en un idioma diferente al francés por lo que el inciso tercero del artículo 58 dejaría de desplegar función alguna.

De dichos argumentos la *Cour supérieure* concluye que hay dos posibles caminos para resolver la cuestión, si bien ambos llegan al mismo lugar. Es posible rotular solo en un idioma distinto al francés –en inglés en este caso– debido a la excepción del artículo 58 desarrollada por el reglamento. Además, en los casos en que la marca comercial hace también de nombre los artículos 63 y 67 también excepcionan el uso del francés en favor de otra lengua.

Por tanto, el Tribunal deja claro que la lectura pretendida por el gobierno provincial supone desnaturalizar el tenor de la *Loi 101* y la voluntad del legislador. La cuestión detrás de esta problemática reside en que la redacción de estos artículos permitiendo utilizar lenguas distintas al francés estuvo condicionada por la sentencia del caso *Ford* y la opinión del caso *Ballantyne*. La introducción de excepciones tuvo como efecto adecuar la ley a la Carta y evitar condenas por vulneración de la libertad de expresión. La postura adoptada por la OQLF no es más un intento de aplicar una determinada política lingüística sorteando el derecho a la libertad de expresión de la Carta de Derechos y Libertades. La OQLF intentó poner en práctica esta política de afrancesamiento de los nombres comerciales mediante una labor interpretativa, sin base en un nuevo precepto legal o reglamentario. La idea que subyace a esta interpretación es la intención gubernamental de evitar que mediante el registro del nombre empresarial como marca comercial se pudiera eludir la necesidad de rotular en francés. Esta posibilidad quedó confirmada tras la decisión de la *Cour d'appel*, pues la misma legitimaba la forma de proceder de las multinacionales afectadas por la decisión de la OQLF²⁰³.

²⁰² *Magasins Best Buy Itée c. Québec (Procureur général)* 2014 QCCS 1427, párrafos 230 y ss.

²⁰³ *Québec (Procureure générale) c. Magasins Best Buy Itée* 2015 QCCA 747, párrafos 21-24.

La decisión de las empresas recurrentes de negarse a acatar la instrucción de la OQLF en relación con la necesidad de añadir un descriptivo a su marca comercial tuvo una gran repercusión mediática y política en la provincia²⁰⁴. Esta situación es frecuente cuando se abordan temas sensibles para la identidad quebequesa como la lengua y/o la cultura. Si bien su impacto era limitado –solo unas pocas empresas recurrieron a los tribunales la decisión de la OQLF–, la reacción política, tanto por parte del gobierno como de la oposición, fue presentar la cuestión ante la opinión pública en términos de la supervivencia del francés en la provincia, lo cual requería de una reacción inmediata. Así, la oportunidad de una eventual modificación fue objeto de un intenso debate en la Asamblea Nacional. Cabe recordar que el impacto electoral de cuestiones relativas a estos temas es elevado, por ello, las formaciones políticas de la provincia se suelen apresurar a promover cambios legislativos con el objetivo de evitar que su postura pueda ser considerada poco favorable a la defensa del francés. Dado el carácter electoralista de estas medidas, los partidos tienden a sobrereactuar en su respuesta al asunto con el objetivo de ganar aceptación entre el electorado francófono, el cual constituye amplia mayoría en la provincia²⁰⁵. En numerosas ocasiones, esta forma de proceder contribuye a la polarización del debate, lo cual dificulta el entendimiento con el Canadá anglófono y aumenta los recelos hacia un hipotético reconocimiento expreso de la cláusula de sociedad distinta. Desde las filas del *Parti québécois*, se exigía al gobierno una respuesta rápida y eficaz que permitiera poner fin a la posibilidad de utilizar la marca comercial para rotular exclusivamente en una lengua distinta del francés. La formación soberanista se mostraba favorable a utilizar todos los medios que fueran necesarios a tal efecto. Por lo tanto, el PQ no cerraba la puerta al uso de la cláusula *notwithstanding* para asegurar tal fin. Por su parte, la CAQ pidió prudencia y evitar legislar en caliente tras la decisión de la *Cour d'appel*. Para esta formación exigir a las empresas que cambien su nombre comercial para poder operar en Quebec supone extralimitarse, por lo que se les debe permitir conservar su nombre original.

Pretender que la rotulación comercial contenga elementos en francés es una aspiración legítima. Con ello se pretende que las multinacionales extranjeras se adapten

²⁰⁴ Esta elevada repercusión mediática llevó a algunas empresas a cumplir voluntariamente con el requerimiento de la OQLF. Este fue el caso de la multinacional estadounidense *Second Cup*, la cual pasó a denominarse en Quebec *Les Cafés Second Cup* añadiendo el descriptivo *Les Cafés* relativo a su actividad comercial.

²⁰⁵ A título de ejemplo, se puede citar la aprobación, por unanimidad, de una moción instando a los comerciantes a usar *Bonjour* como saludo por defecto en lugar de la fórmula *Bonjour/Hi* comúnmente usada en Montreal (*Journal des débats de l'Assemblée nationale*. Vol. 44 N° 300. 41e législature, 1e session 30 novembre 2017).

al mercado local y contribuyan a mantener el *visage linguistique* de la provincia. Sin embargo, la solución a esta problemática no puede ser la interpretación de las disposiciones vigentes en la *Loi 101*, sino que es necesario realizar modificaciones normativas tal como dejaba entrever la *Cour d'appel*²⁰⁶. Siguiendo esta línea, poco antes de que expirara el plazo para recurrir la sentencia de la *Cour d'appel* ante el Tribunal Supremo, el ejecutivo quebequés anunció que no continuaría por la vía judicial –ante la más que presumible derrota– y optaría por modificar la Carta de la Lengua Francesa. Esta decisión era la esperada puesto que la OQLF había contado en todo momento con el respaldo gubernamental para llevar a cabo el cambio de interpretación que llevaba a requerir a las empresas recurrentes un cambio en sus denominaciones en Quebec. El método empleado sí causó cierta sorpresa, puesto que se optó por modificar el reglamento y no la *Loi 101*²⁰⁷. Con esta medida el gobierno de la provincia francófona evitaba presentar un proyecto de ley ante la Asamblea Nacional y el consiguiente debate que podía generarse en torno a una cuestión sensible.

Por lo tanto, el ejecutivo quebequés ha optado por resolver el conflicto de la manera más discreta posible intentando rehuir el enfrentamiento directo. Esta manera de proceder contrasta con lo sucedido tras la sentencia del caso *Ford*, en la que se produjo un enfrentamiento directo con el Tribunal Supremo mediante el uso de la cláusula *notwithstanding* y generó un importante rechazo a la provincia francófona en el resto de Canadá. Veintisiete años después el ejecutivo no solo no ha protegido la ley ante eventuales sentencias de los tribunales, sino que ha acatado las decisiones de los mismos y ha procedido a modificar la normativa al respecto. La modificación reglamentaria aprobada supone imponer a las empresas que operen en Quebec con su marca original en lengua distinta del francés –bajo la excepción del artículo 58 de la *Loi 101* y del artículo 25 (4) del reglamento– el deber de ajuntar una palabra o eslogan relativo a los productos o servicios que prestan²⁰⁸. Es decir, se permite continuar utilizando un nombre comercial en un idioma que no sea el francés siempre que se añada alguna expresión en francés que complemente dicha denominación. De esta

²⁰⁶ *Québec (Procureure générale) c. Magasins Best Buy ltée*, par 29.

²⁰⁷ Esta modificación se llevó a cabo a través del *Décret 887-2016*, por el que se aprobaba el *Règlement modifiant le Règlement sur la langue du commerce et des affaires Charte de la langue française (chapitre C-11, a. 58 et 93)*, *Gazette Officielle du Québec*, 9 novembre 2016, 148e année, no. 45, pp. 5800-5801, el cual, en un claro gesto en pos de la integración, daba un plazo de 3 años a aquellas empresas ya asentadas en la provincia para implementar los cambios con el objetivo de evitar repercusiones negativas en la actividad económica. En cambio, aquellas empresas que se establezcan en la provincia con posterioridad a la entrada en vigor del reglamento debían cumplir con sus prescripciones de forma inmediata.

²⁰⁸ Artículos 25.1 a 25.4 del *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*, chapitre C-11, r. 9.

manera se mejora la visibilidad del francés, protegiendo el *visage linguistique*, sin alterar la marca comercial original.

5.1.3. La ampliación del *visage linguistique* en el campo laboral

El elenco de medidas designado para proteger el *visage linguistique* parece estar destinado a ampliarse próximamente. La provincia de Quebec ha anunciado su intención de intervenir en el campo de las relaciones laborales con el objetivo de regular a las empresas que desarrollan un proyecto temporal en Quebec, sin estar establecidas de forma permanente en la provincia. La *Loi 101* estipula que la lengua de trabajo es el francés –artículo 41–; además, las empresas que tengan 50 empleados o más deben constituir un comité encargado de supervisar el afrancesamiento de la empresa – artículos 135 y ss. –²⁰⁹. Este comité es el encargado de analizar la situación lingüística de la empresa y, en su caso, diseñar un plan para el afrancesamiento de la misma. La OQLF emitirá un certificado de afrancesamiento si estima que el uso del francés es generalizado en la empresa. En caso contrario, podrá requerir la implantación de un plan de afrancesamiento e incluso imponer sanciones si estima que no está dando cumplimiento al mismo. El reiterado incumplimiento de los requerimientos de la OQLF puede llevar a la suspensión de la posibilidad de operar en Quebec.

Las empresas foráneas que desarrollan proyectos en la provincia de forma temporal se encuentran exceptuadas de la normativa anteriormente reseñada. Esto se debe fundamentalmente a que la obtención del certificado es un proceso largo y laborioso, el cual es probable que sea de mayor duración a la ejecución del proyecto para el que han sido contratadas. Esto provoca que a numerosas empresas –en su mayoría constructoras– no se les apliquen los citados preceptos de la *Loi 101* durante su actividad en Quebec y, por tanto, operen íntegramente en inglés obviando la obligatoriedad de que la lengua del trabajo sea el francés. Ante esta situación, la Ministra de Cultura Héliane Gauthier anunció que propondría una reforma legal con el objetivo de agilizar el proceso de obtención del certificado así como de que sea de obtención obligatoria para estas empresas. Desde el punto de vista constitucional, una modificación en tal sentido no parece presentar muchos problemas. La extensión de la aplicación de la misma se hace gracias a la competencia provincial sobre relaciones

²⁰⁹ Recientemente, se ha barajado la posibilidad de rebajar esta excepción en torno a los veinte trabajadores con el objetivo de potenciar al francés como lengua de trabajo en las pequeñas y medianas empresas.

laborales inserta dentro del título competencial de propiedad y derecho civil en la provincia (artículo 92.13 de la Constitución de 1867), por lo que no se plantea conflicto alguno. Únicamente podrían derivarse conflictos en relación con los tratados de libre comercio de los que Canadá es parte, pues podría entenderse que se está estableciendo una barrera no arancelaria a la prestación de servicios por firmas extranjeras. La resolución de este tipo de conflictos requiere de cooperación entre el gobierno federal y los ejecutivos provinciales pues entran en juego dos competencias diferentes: la federal de celebración de tratados y la provincial relativa a propiedad y derecho civil. Sin embargo, este proyecto parece haber decaído sin que se llegara a aprobar ninguna modificación normativa al respecto.

Más problemática desde la óptica constitucional es la propuesta electoral de la CAQ y el PQ de extender las disposiciones de la Ley 101 a aquellas empresas de competencia federal como es el caso de los bancos, pues ello supondría una actuación *ultra vires* de los poderes provinciales. Como se verá en el bloque relativo al sistema de distribución de competencias, la competencia provincial en materia de relaciones laborales no es de aplicación a aquellos sectores que se encuentran sometidos a regulación federal, por lo que el gobierno de Quebec carece de título competencial para extender el *visage linguistique* a las empresas que operan en los mismos. La única alternativa posible, dentro del marco constitucional actual, sería que el gobierno federal modificara su propia legislación incluyendo disposiciones relativas a asegurar el *visage linguistique* de Quebec, un aspecto que parece totalmente improbable dado el firme rechazo que dicha política suscita entre los principales partidos federales, en la medida en que la consideran una intrusión en la libertad empresarial²¹⁰.

5.2. El francés como lengua de instrucción

5.2.1. *Los derechos lingüísticos en la educación*

La instrucción en francés es una de las señas de identidad del Quebec moderno que surge tras la Revolución Tranquila. Este aspecto es de tal relevancia que el propio Tribunal Supremo ha reconocido que la lengua educativa se configura como un instrumento a través del cual se garantiza y protege la identidad y la cultura de sus hablantes²¹¹.

²¹⁰ Esta interpretación es consecuente con el enfoque *laissez-faire* que CARDINAL (2016): 187 señala que los diferentes gobiernos federales ha venido aplicando en el campo lingüístico.

²¹¹ *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62, par. 26.

Con el objetivo de preservar la mayoría francófona en Quebec, el legislador provincial ha restringido el acceso a la escuela pública anglófona a casos muy limitados, siendo el francés la lengua de instrucción por defecto en virtud del artículo 72 de la Carta de Derechos de la Lengua Francesa, también denominada Ley 101. La libertad de elección de la lengua de instrucción en Quebec fue un valor rechazado en la *patriación* constitucional de 1982, modulándose la aplicación de los derechos lingüísticos contenidos en el artículo 23.1.a de la Constitución 1982 en la provincia francófona²¹². Dicho artículo garantiza la educación en la lengua de la minoría de los hijos de aquellos ciudadanos de Canadá cuya lengua materna es minoritaria en su provincia de residencia, aspecto que permitiría que los inmigrantes anglófonos que adquirieran la ciudadanía canadiense educaran a sus hijos en inglés, comprometiendo la mayoría francófona de la provincia. La aplicabilidad a Quebec de los derechos contenidos en el artículo 23.1.a se encuentra condicionada por el artículo 59 al visto bueno de la Asamblea Nacional, aspecto que no se ha producido hasta la fecha ni tiene visos de producirse en el futuro. Por lo tanto, el mecanismo del artículo 59 de la Constitución de 1982 constituye una asimetría a la hora de aplicar los derechos lingüísticos en materia educativa a Quebec con el objetivo de preservar la mayoría francófona existente en dicha provincia.

Dada la inaplicabilidad del artículo 23.1.a de la Carta de Derechos y Libertades, la educación pública inglés en Quebec se limita fundamentalmente a dos colectivos: por un lado, aquellos alumnos de los cuales al menos un progenitor fuera canadiense y hubiera recibido la mayor parte de la educación primaria en inglés en Canadá²¹³. El otro gran grupo de beneficiarios son aquellos alumnos, con al menos un progenitor canadiense, que hayan cursado la mayor parte de su educación primaria y/o secundaria

²¹² Desde 1969 Quebec siguió una política de libre acceso con primacía del francés, siendo elección de los padres la lengua en la que debían estudiar sus hijos. Esta política fue revisada en 1974 requiriéndose que el alumno demostrara un conocimiento suficiente de la lengua inglesa para poder recibir educación el dicho idioma. En la actualidad únicamente existe libertad de elección en la enseñanza colegial –esta etapa educativa se sitúa entre la educación secundaria, la cual es obligatoria, y la universitaria–, si bien como resaltan POIRIER y ROUSSEAU (2015): 361-402 la continuidad de este sistema ha sido puesta en duda.

²¹³ La determinación de los colectivos que tienen derecho a recibir educación pública en inglés no ha sido un asunto pacífico en Quebec. La Ley 101 aprobada en 1997 restringía el campo de aplicación de los mismos a que los padres o el alumno, según el caso, hubiera recibido la educación en inglés en Quebec no siendo de aplicación la educación recibida en otra provincia. Con la entrada en vigor del artículo 23 de la Constitución de 1982 dicha restricción suponía menoscabar el contenido del mismo al limitarlo territorialmente. Consecuentemente, esa regulación fue anulada por el Tribunal Supremo en el caso *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards et al.*, [1984] 2 S.C.R. 66, no siendo sustituida por el esquema mencionado hasta 1993. Durante estos nueve años la regulación se rigió directamente por el artículo 23 de la Constitución de 1982, puesto que los preceptos de la Ley 101 se encontraban anulados.

en inglés en Canadá²¹⁴. También son elegibles para la enseñanza pública en inglés los hermanos de alumnos que ya tenga acceso a la misma, así como los beneficiarios de una autorización especial del Ministerio de Educación. En base a ello, se observa que la noción cuantitativa de “la mayor parte” de los estudios cursada en inglés es el criterio decisivo para tener derecho a una educación pública en dicha lengua.

5.2.2. *Las escuelas pasarelas*

5.2.2.2.A La autogeneración del derecho: *Solski y Gosselin*

La regulación anteriormente expuesta fue aprovechada por algunas familias para autogenerarse el derecho de educar a sus hijos en inglés en la escuela pública. El proceso consistía en matricular al alumno en una escuela privada anglófona – denominada escuela pasarela– al inicio de sus estudios primarios. Transcurridos unos meses se solicitaba el derecho a la enseñanza en inglés en una escuela pública argumentando que la mayor parte de la escolarización del alumno se había desarrollado en dicha lengua. Dado que esos meses suponían la totalidad de la enseñanza recibida por el alumno en cuestión, se satisfacían los requisitos del artículo 73 de la Carta de la Lengua Francesa viéndose el gobierno de Quebec obligado a autorizar la escolarización pública en inglés.

El cómputo del periodo cursado en inglés para determinar si este constituye la mayor parte de la enseñanza recibida por el alumno ha sido objeto de controversia judicial, dado su posible conflicto con el derecho a la escolarización en la lengua de la minoría garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución de 1982²¹⁵. Este artículo tiene como objetivo garantizar la continuidad educativa en la lengua de la minoría para preservar la unidad y la movilidad familiar de los ciudadanos canadienses. La lengua de escolarización del hijo mayor –el primero en ser escolarizado– tiene poder de atracción, permitiendo que el resto de sus hermanos sean educados en la misma con independencia de si esta es minoritaria en su provincia de residencia. El Ministerio de Educación de Quebec realizaba un cómputo estrictamente matemático del expediente escolar del

²¹⁴ El artículo 73 de la Ley 101 también otorgaba el derecho a recibir enseñanza en inglés los hijos de padres extranjeros, siempre que uno de los padres hubiera recibido la mayor parte de su educación primaria en inglés en Canadá. Asimismo conservaba el derecho a la enseñanza pública en inglés a situaciones de hecho establecidas con anterioridad al 26 de agosto de 1977, las cuales dado su límite temporal eran de muy difícil materialización.

²¹⁵ Dicho artículo garantiza que todos los hijos de la unidad familiar serán escolarizados en el mismo idioma en el que se haya educado a uno de sus hijos en Canadá. Al igual que todos los derechos lingüísticos contenidos en la Constitución de 1982 estamos ante un derecho de ciudadanía, que únicamente se ostenta si alguno de los progenitores es nacional canadiense.

alumno, tomando la educación primaria y la secundaria como categorías separadas. Es decir, únicamente eran sumables los periodos cursados en el mismo nivel educativo siendo los mismos incompatibles entre sí. Este criterio fue rechazado por el Tribunal Supremo en el caso *Solski*, donde varios grupos de padres reclamaron el derecho de sus hijos a cursar sus estudios en inglés en la escuela pública, al entender que el mismo no era compatible con el artículo 23.2 de la Constitución de 1982²¹⁶.

Para el Tribunal Supremo, un enfoque estrictamente cuantitativo como el adoptado por el gobierno de Quebec debe ser rechazado al ser insuficiente – *underinclusive*–, pues no asegura que aquellos estudiantes que son titulares del derecho del artículo 23.2 sean admitidos en las escuelas de la lengua minoritaria²¹⁷. El Tribunal considera que un criterio estrictamente matemático carece de flexibilidad suficiente para responder a la situación particular de cada alumno, siendo necesario tener en cuenta factores cualitativos como el tiempo y etapas cursados en cada programa lingüístico así como la naturaleza de los mismos, la disponibilidad de programas educativos en la lengua minoritaria o la concurrencia de discapacidades o circunstancias personales especiales en el alumno²¹⁸. Estos factores permiten determinar la verdadera trayectoria escolar –*parcours scolaire authentique*– es decir, determinar las verdaderas razones que motivan la lengua educativa en cuestión²¹⁹.

En consecuencia, el Tribunal Supremo corrigió la interpretación dada por el Ministerio de Educación de Quebec al artículo 73 de la Ley 101 afirmando su constitucionalidad siempre que el concepto “mayor parte” sea entendido de forma cualitativa²²⁰. Esta interpretación conforme permite la salvaguarda del modelo de educación francófona en Quebec en conjunción con el respeto a los derechos de las minorías lingüísticas garantizados por la Constitución de Canadá. La constitucionalidad del artículo 73 fue confirmada en *Gosselin*, rechazándose las pretensiones de padres francófonos de escolarizar a sus hijos en inglés con base en el derecho a la igualdad²²¹. Para el TS, no es posible invocar el derecho a la igualdad en relación con la protección lingüística de las minorías contenida en el artículo 23.2 puesto que este derecho supone

²¹⁶ *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 201, 2005 SCC 14; en adelante *Solski*.

²¹⁷ *Ibidem*, par. 35.

²¹⁸ *Ibidem*, párrafos 39-50.

²¹⁹ *Ibidem*, párrafos 32 y 33. El Tribunal recalca que el espíritu del art. 23 de la Constitución de 1982 es servir como derecho reparador que permita la reintegración de los alumnos que han sido separados de la comunidad que la escuela minoritaria tiene intención de proteger.

²²⁰ *Ibidem*, par. 56.

²²¹ *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84.

por sí mismo una excepción a la regla general, no pudiéndose predicarse el mismo privilegio para la comunidad lingüística mayoritaria²²².

Con el objetivo de poner fin al uso de escuelas pasarelas para obtener educación pública en inglés, la Asamblea Nacional aprobó por unanimidad en el año 2002 una modificación de la Ley 101 que restringía, aún más, el acceso a la escuela anglófona pública²²³. Esta intención quedó clara durante el debate parlamentario del proyecto presentado por el PQ. La ministra de cultura Diane LEMIUX expresó la intención gubernamental de impedir que se “comprara” el derecho a estudiar en una escuela anglófona con cargo a fondos públicos a través de una escuela pasarela, objetivo que era compartido también por la oposición liberal²²⁴. Para conseguir dicho fin, se añadía un inciso al artículo 73 por el que se establecía que no se tendrían en cuenta, a efectos de determinar el derecho a ser escolarizado en inglés, los periodos de enseñanza recibidos en escuelas privadas no subvencionadas, así como tampoco aquellos cuyo origen fuera una autorización especial para alumnos con dificultades graves de aprendizaje o migrantes temporales²²⁵. Con esta modificación legal, el gobierno de Quebec intentaba poner fin a la polémica relativa a las escuelas pasarelas. Sin embargo, la cuestión estaba lejos de ser cerrada, pues, como se verá seguidamente, estas modificaciones también serían objeto de impugnación ante los tribunales.

5.2.2.B El acomodo de la diferencia sin necesidad de mecanismos extraordinarios: el caso *Nguyen*

Siete años después de ser adoptadas, las modificaciones relativas a las escuelas pasarelas incluidas en la Ley 101 fueron examinadas por el Tribunal Supremo en el caso *Nguyen*²²⁶. El origen de este litigio estaba en dos casos diferentes. Por un lado, los agrupados en el caso *Nguyen* eran ciudadanos canadienses que no habían cursado educación alguna en Canadá y habían matriculado a sus hijos en escuelas privadas

²²² *Ibidem*, párrafos 21-22. Esta doctrina fue reiterada en *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board; Casimir v. Quebec (Attorney General); Zorrilla v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 257, 2005 SCC 16, reafirmando la competencia de los tribunales administrativos de Quebec para revisar los recursos contra la decisión gubernamental de denegar el derecho a recibir educación pública en inglés.

²²³ *Loi 104 2e session 36e législature*, 2002, chapitre 28. *Loi modifiant la Charte de la langue française*.

²²⁴ El diputado liberal B. PELLETIER defendió el apoyo de su grupo a la modificación con el objetivo de mantener la paz lingüística en Quebec y garantizar los objetivos de la Carta de la Lengua Francesa. *Journal des débats de l'Assemblée nationale*. Vol. 37 N° 114. *36e législature, 2e session 12 juin 2002*.

²²⁵ Las autorizaciones para migrantes temporales, concedidas al amparo del artículo 85 de la Carta de la Lengua Francesa, permiten la escolarización en inglés de aquellos estudiantes que se encuentran de forma temporal en Quebec y no pretenden asentarse en la provincia.

²²⁶ *Nguyen v. Quebec (Education, Recreation and Sports)*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208. En adelante, *Nguyen*.

anglófonas durante breves periodos de tiempo. Tras pocas semanas y/o meses en estos centros, habían solicitado, al amparo del artículo 73 de la Ley 101, el certificado de elegibilidad para poder estudiar en inglés en el sistema público. La sentencia también abordaba la situación de la familia Bindra, la cual reclamaba que su hijo menor fuera escolarizado en inglés, dado que su hermana gozaba de una autorización especial para ello concedida por el Ministerio de Educación de Quebec.

Las pretensiones de los recurrentes habían sido rechazadas por el Ministerio de Educación de Quebec basándose en la modificación legislativa del artículo 73 llevada a cabo en el año 2002. Dado que ni los periodos cursados en escuelas privadas ni aquellos cursados como consecuencia de una autorización especial debían computarse, ninguno de los alumnos en cuestión había cursado la mayor parte de su trayectoria escolar en inglés y, por tanto, no podían ser beneficiarios del derecho a estudiar en inglés en la escuela pública. Todos los afectados recurrieron a las sucesivas instancias judiciales de Quebec viendo sus pretensiones estimadas parcialmente ante la Corte de Apelación²²⁷. Este tribunal declaró la inconstitucionalidad de los dos párrafos del artículo 73 introducidos en 2002 al considerarlos contrarios a los derechos lingüísticos contenidos en el artículo 23 de la Carta de Derechos y Libertades, así como ordenó que fuera reevaluada la elegibilidad de dichos alumnos recibir educación en inglés en la escuela pública a la luz de tal decisión.

El gobierno de Quebec recurrió ante el Tribunal Supremo buscando mantener la redacción del artículo 73 y, de esa manera, salvaguardar su política en relación con las escuelas pasarelas. En su análisis, el Tribunal Supremo continúa desarrollando la teoría del *parcours scolaire authentique* esbozada en el caso *Solski*. Según dicho razonamiento, se debe tener en cuenta la totalidad de la trayectoria académica del alumno para poder realizar un análisis completo de la misma y determinar si cumple con los requisitos del artículo 23.2 de la Constitución de 1982²²⁸. La exclusión del cómputo de los periodos cursados en una escuela privada supone la imposibilidad de determinar de forma completa el *parcours scolaire authentique*, menoscabando los derechos contenidos en el artículo 23²²⁹. Para el Tribunal, esta limitación de derechos no se encuentra justificada en una sociedad democrática por ser excesiva. Si bien el TS entiende que el fin perseguido –limitar la acción de las escuelas pasarelas– es legítimo,

²²⁷ *Quebec Court of Appeal, 2007 QCCA 1111, [2007] R.J.Q. 2097 (Nguyen) y Quebec Court of Appeal, 2007 QCCA 1112, [2007] Q.J. No. 9482 (QL) (Bindra).*

²²⁸ Nguyen, par. 33.

²²⁹ *Ibidem*, par. 34.

considera que una prohibición total y absoluta no es una medida proporcionada dado el reducido número de alumnos que hacen uso de estas escuelas²³⁰.

En consecuencia, los magistrados decidieron de forma unánime anular los preceptos del artículo 73 de la Ley 101 introducidos en 2002 al considerar que menoscaban los derechos lingüísticos atribuidos por el artículo 23 de la Constitución de 1982. Pese a que dicha anulación supuso un varapalo a la política lingüística de Quebec en materia educativa, en la sentencia pueden observarse un decidido intento por parte del Tribunal Supremo de acomodar la diferencia quebequesa dentro de Canadá.

El Tribunal es consciente de la importancia de las disposiciones declaradas inconstitucionales, así como de la relevancia de las mismas para la sociedad quebequesa y la política lingüística de la provincia. Por ello, suspende la declaración de nulidad durante un año para que Quebec pueda superar las dificultades que entraña la articulación de un sistema alternativo que restrinja el uso de las escuelas pasarelas²³¹. Con esta decisión, el Tribunal muestra deferencia hacia la política lingüística de Quebec, concediendo a la provincia una suspensión que evite que el problema de las escuelas pasarelas aumente durante el tiempo que tarde en poner en marcha un nuevo esquema normativo. Los magistrados se muestran comprensivos con el temor de Quebec de que las escuelas pasarelas sean usadas para eludir los fines de la Ley 101, generando artificialmente el derecho a ser educado en la lengua de la minoría²³². De hecho, en *Nguyen* el Tribunal Supremo reitera las consideraciones efectuadas en *Solski* relativas a la determinación del *parcours scolaire authentique*. Para el Tribunal, el hecho de haber cursado unas semanas o unos meses en un programa en inglés no es suficiente para solicitar el certificado de elegibilidad para la escuela anglófona, debiendo prestarse especial atención a aquellas situaciones donde se intenta crear un *parcours scolaire* artificial con el objetivo de aparentar ser titular de los derechos del artículo 23 de la Constitución de 1982.

La decisión del Tribunal Supremo fue duramente recibida en Quebec, especialmente entre los sectores soberanistas. Estos entendían que la decisión del Tribunal suponía que las familias con recursos podían comprarse el derecho a ser educados en inglés con cargo a fondos públicos gracias a una escuela pasarela. De

²³⁰ El TS fija, a la vista de los datos aportados por Quebec, el número de alumnos que intentan conseguir un certificado de admisión en la escuela inglesa a través de las escuelas pasarelas en torno al 1.5% de los que tienen derecho a ser educados en inglés, si bien reconoce que se duplicaron entre los cursos escolares 2001-2002 y el 2007-2008. (Nguyen, par. 42).

²³¹ Nguyen, par. 46.

²³² Nguyen, par. 38.

nuevo, la Carta de Derechos y Libertades era objeto de todas las iras al ser considerada como impedimento para el desarrollo de la lengua francesa en Quebec. La constitucionalista Eugénie BROUILLET auguró graves consecuencias para el modelo educativo quebequés, al igual que el líder del BQ Gilles DUCEPPE, quien consideró que la sentencia socavaba las políticas de protección de la lengua francesa de Quebec²³³.

Sin embargo, a diferencia de en ocasiones anteriores, el gobierno de Quebec no recurrió a la cláusula *notwithstanding* para proteger la Ley 101, sino que aprovechó el periodo de suspensión otorgado por el TS para articular un nuevo esquema normativo. En junio de 2010 la Asamblea Nacional votó a favor de la Ley 103, la cual derogaba los preceptos anulados por el Tribunal Supremo²³⁴. Además, esta norma creaba un artículo 73.1 en la Ley 101 que autorizaba al gobierno a determinar de forma reglamentaria un mecanismo con el objetivo de evaluar si un alumno cumplía con el requisito, tanto en sentido cuantitativo como cualitativo, de haber cursado la mayor parte de la trayectoria escolar en inglés. Este mecanismo respondía a las directrices expresadas por el Tribunal Supremo en los casos *Nguyen* y *Solski*, permitiendo conjugar la limitación del papel de las escuelas pasarelas con el respeto a los derechos lingüísticos del 23 de la Constitución de 1982.

En virtud de su potestad reglamentaria el gobierno de Quebec estableció un sistema de puntuación para determinar si un alumno cumplía los requisitos para obtener el certificado de admisibilidad en la escuela anglófona. El sistema quedó diseñado de manera que se necesitaran 15 puntos para poder obtener el derecho, aspecto que solo era posible tras cursar un mínimo de tres años en una escuela privada. De esta manera el gobierno endurecía las condiciones de acceso dado el elevado coste de acudir a uno de estos centros. Con esta medida, se impedía el acceso a aquellos alumnos que se matriculaban durante periodos breves con el único objetivo de bordear la aplicación de la ley.

A pesar de los malos augurios para la lengua francesa antes citados que siguieron a la sentencia del Tribunal Supremo, ninguno de ellos se ha materializado. Los cambios introducidos en 2010 para adecuar la norma a la sentencia del Tribunal Supremo han tenido el efecto de reducir de forma considerable el número de alumnos que optan por esta vía para intentar acceder a la escuela anglófona pública. Entre mediados de 2010 y 2015 únicamente se presentaron 519 solicitudes de elegibilidad, de

²³³ RADIO CANADA (2009).

²³⁴ *Loi modifiant la Charte de la langue française et d'autres dispositions législatives* 2010, chapitre 23.

las cuales 429 fueron aceptadas, lo que supone una reducción anual del número de solicitudes en prácticamente el 50%.

Si bien la sentencia del Tribunal Supremo pudo parecer traumática en un primer momento, el tiempo ha demostrado que el gobierno de Quebec actuó de forma inteligente al optar por la prudencia y evitar la confrontación, no invocando la cláusula *notwithstanding*. Recurrir a dicho mecanismo hubiera enconado una situación que, en números absolutos, no era tan trascendente para el futuro de la lengua francesa como se presentaba. Por ello, parece sensato afirmar que la suspensión de un año concedida por el Tribunal Supremo contribuyó a rebajar las tensiones creadas por la sentencia permitiendo la elaboración de un nuevo esquema legislativo que compatibilizara los derechos contenidos en la Carta con la voluntad política de la Asamblea Nacional. Paradójicamente, la conjunción de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en *Solski* y *Nguyen* son los que han posibilitado a Quebec reducir el impacto de las escuelas pasarelas en su modelo educativo, sin tener que recurrir a prohibiciones absolutas que menoscaben gravemente los derechos lingüísticos recogidos en la Constitución.

La deferencia mostrada por el Tribunal Supremo en un campo tan sensible para Quebec como es la política lingüística en la educación supone un paso hacia una mejor integración de Quebec dentro de Canadá. Este tipo de decisiones ilustran una nueva forma de afrontar los conflictos por parte del gobierno de Quebec. La flexibilidad que posibilita el modelo federal permite llegar a soluciones satisfactorias que ahonden en el proceso de reconocimiento de la diferencia de Quebec, así como en su acomodo constitucional dentro de la federación canadiense.

5.3 Hacia el fin de la crisis: la afirmación nacional de Quebec dentro del marco federal canadiense

Aunque las tensiones constitucionales se han reducido enormemente, la crisis constitucional canadiense aún perdura. Treinta y seis años después de la *patriación*, Quebec continúa fuera del consenso constitucional, perpetuando una anomalía que impide poner fin al periodo de crisis constitucional. Dejar atrás esta situación de enfrentamiento requiere de compromisos por parte de los dos niveles de gobierno. Este proceso de integración debería culminar finalmente en la ratificación de la Constitución de 1982, o de una versión reformada de la misma, por parte de la Asamblea Nacional. Si bien es cierto que sería naïf pensar que la Asamblea Nacional podría dar su aprobación

a dicha norma en sus términos actuales, pues ello supondría renunciar a las reivindicaciones históricas de la provincia con el consiguiente riesgo de que ello fuera entendido como una rendición que podría generar nuevas tensiones, la modificación constitucional no parece cercana y, en todo caso, debería ser el punto final a un proceso de integración de la diferencia nacional quebequesa a través de otras facetas del modelo federal.

La cuestión es, tras la integración progresiva anteriormente descrita, ¿en qué estado se encuentran actualmente las demandas de Quebec?

5.3.1 *Las cuestiones pendientes: del Lago Meech a la Declaración de afirmación*

Las cinco condiciones exigidas por BOURASSA durante las negociaciones previas al Acuerdo del Lago Meech han sido tradicionalmente el marco de referencia a la hora de abordar la integración de Quebec en el consenso constitucional. Desde que fueron enunciadas en 1985 el progreso hacia la consecución de las mismas ha sido innegable. Así, se ha materializado el derecho de veto ante futuras reformas constitucionales, se han incrementado las competencias en relación con la inmigración y se ha avanzado en el reconocimiento de las características distintivas de Quebec mediante las resoluciones aprobadas en 1995 –sociedad distinta– y 2006 –nación–. También se han experimentado algunos avances en lo relativo a la participación provincial en la selección de los tres magistrados civilistas del Tribunal Supremo como se verá oportunamente, mientras que en lo concerniente a la limitación del poder de gasto las novedades han sido escasas.

En 2017, el Gobierno de Quebec decidió renovar su compromiso con la integración de Quebec en la federación canadiense, elaborando un documento titulado *Québécois, notre façon d'être Canadiens* en el que se presentaba lo que podemos entender como una visión actualizada de las demandas del Lago Meech. En este documento el Gobierno de Quebec emite una “Declaración de Afirmación” en la que declara su capacidad para decir su futuro, su destino y su desarrollo (*Le Québec est libre de ses choix et capable d'assumer son destin et son développement*)²³⁵. Mediante la misma, insta al resto de Canadá a reconocer el carácter nacional distintivo de Quebec, el cual se fundamenta en su condición de sociedad francófona, su sistema de derecho

²³⁵ SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES (2017) : 132. La parte final de esta frase evoca las, antes mencionadas, palabras de BOURASSA tras el fracaso del Acuerdo de Lago Meech estableciendo un paralelismo entre dichas demandas y las actuales como continuación de las mismas.

civil y sus instituciones propias en los campos político, económico, educativo, cultural y social²³⁶.

En el plano puramente constitucional, Quebec reivindica el federalismo como forma de gobierno basada en los principios de igualdad entre gobiernos y de respeto del sistema de competencias. En relación con este último, la provincia reclama un federalismo asimétrico que actúe como mecanismo integrador, dotando a Quebec de competencias para desarrollar sus características distintivas sin que ello suponga desbordar el orden constitucional existente, así como afirma su voluntad de aumentar su participación en el campo de las relaciones internacionales²³⁷. A nivel institucional, la provincia reitera su voluntad de reformar el Senado y el Tribunal Supremo para que estas instituciones reflejen su realidad nacional. Por último, Quebec pide el fin del recurso federal al poder de gasto, el cual entiende debe ser sustituido por una compensación financiera sin condiciones o una transferencia de espacio fiscal.

Como se observa, esta declaración es heredera de los cinco puntos del Lago Meech, siendo posible identificar paralelismos en relación con el reconocimiento de las características propias de Quebec, el poder de gasto y la reforma del Tribunal Supremo, aspecto que ahora se extiende también al Senado. Los contenciosos relativos a la inmigración y el derecho de veto continúan presentes, si bien dados los avances conseguidos en dichas materias se demanda la constitucionalización de los instrumentos normativos que los regulan con el objetivo de evitar la reversibilidad de los mismos²³⁸. Además, vislumbramos cómo emerge una nueva reivindicación, la demanda de una mayor participación en las relaciones internacionales, siguiendo la estela iniciada con la participación de la provincia en la UNESCO.

La importancia de estos aspectos para la integración de la diferencia quebequesa en la federación canadiense hace necesario describir y analizar los elementos del sistema federal a través de los cuales se podría dar acomodo a estas demandas, materia de la que será objeto el contenido de los siguientes bloques temáticos.

5.3.2. El movimiento soberanista en la actualidad, *¿quo vadis?*

Tras el referéndum de 1995 los partidarios de la secesión pensaban que estaba a la vuelta de la esquina y, por tanto, caería como fruta madura. Con el objetivo de evitar

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*. p. 133

²³⁸ *Ibidem*. p. 55.

repetir una situación de frustración entre sus filas, BOUCHARD, tras su elección como Premier en 1996, se comprometió a no convocar un nuevo referéndum hasta que se dieran las “condiciones ganadoras” –*conditions gagnantes*–, en otras palabras, hasta que el apoyo a la secesión fuera lo suficientemente amplio para asegurar la victoria²³⁹. Sin embargo, no solo no se ha materializado el tan temido tercer referéndum²⁴⁰, sino que parece más lejos que nunca como ilustra la renuncia por parte del PQ a convocarlo en caso de volver al poder, aspecto que quedaría postergado a un segundo mandato²⁴¹.

Determinar las causas del retroceso del movimiento soberanista es difícil dado que la secesión es un fenómeno complejo con múltiples ángulos. Históricamente, el movimiento soberanista ha precisado de una situación de agravio que sirviera de catalizador a sus demandas de manera que fuera posible ampliar la base del movimiento más allá de la generación de los *baby-boomers*²⁴². El referéndum de 1995 no puede ser entendido sin factores como el aislamiento constitucional durante la *patriación*, la sentencia del caso *Ford* o el fracaso del Acuerdo del Lago Meech, los cuales jugaron un papel decisivo a la hora de construir la narrativa secesionista. Hitos como la Ley de Claridad avivaron temporalmente la llama secesionista, pero dentro una tendencia general al declive en el apoyo a la causa soberanista. La ausencia de conflictos constitucionales de envergadura ha sido un factor determinante a la hora de disminuir la tensión secesionista en Quebec. La falta de voluntad política para reabrir la cuestión constitucional parece alejar, por el momento, cualquier situación que pueda ser presentada como un agravio para Quebec derivando en una nueva crisis constitucional.

Los factores económicos, muy presentes durante la Revolución Tranquila donde el salario medio de un francófono era de apenas la mitad del de un anglófono, han pasado a un segundo plano dada la convergencia económica entre las dos comunidades²⁴³. De hecho, estudios recientes muestran que la proporción de personas bajo el umbral de la pobreza es mayor entre los anglófonos y alófonos de Quebec que

²³⁹ SÉGUIN (1999).

²⁴⁰ YOUNG (1999): 137-140 y WOEHLING (1999): 430-436 analizan las posibles consecuencias de una hipotética victoria de la opción secesionista, la cual podría desembocar en una secesión desordenada de consecuencias imprevisibles.

²⁴¹ El entonces líder del PQ Jean-François LISÉE se comprometió públicamente a esta idea de cara a las elecciones de 2018 (RADIO CANADA, 2016), aspecto que quedó finalmente plasmado en el primer punto de su programa electoral (PARTI QUÉBÉCOIS, 2018: 7)

²⁴² GUAY (2017): 15-16. Esta generación, integrada por los nacidos entre 1945 y 1962, es la que tradicionalmente ha sido más favorable a la causa soberanista, integrando, desde sus inicios, las filas del PQ.

²⁴³ FORTIN (2010): 2-3.

entre aquellos cuya lengua materna es el francés²⁴⁴. Estos datos constatan el enorme progreso económico experimentado por los *québécois* desde la Revolución Tranquila, hasta situarse en cotas de riqueza iguales o superiores a los de la minoría anglófona de Quebec. Dicho progreso queda evidenciado en el avance del francés como lengua de trabajo, siendo el idioma laboral del 79% de los habitantes de Quebec²⁴⁵, en claro contraste con los años 60 donde la práctica totalidad de los puestos de alta dirección eran ocupados por anglófonos.

El rol predominante de la lengua francesa, elemento central de la identidad *québécoise*, se mantiene, si bien la proporción de francófonos ha decrecido ligeramente²⁴⁶. Los acuerdos en materia migratoria han permitido frenar la despoblación en Quebec, abriendo la puerta a la inmigración francófona, aunque la comunidad que más ha crecido en los últimos años es la alófona, aquella cuya lengua materna no es ninguna de las dos oficiales en Canadá. La tensión lingüística, con epicentro en el caso *Ford*, que caracterizó el periodo previo al referéndum de 1995 ha disminuido considerablemente. La misma fue un elemento central en la estrategia política del PQ previa al referéndum, siendo uno de los vectores integradores del movimiento soberanista. En cierto sentido, el movimiento soberanista ha sido víctima de su propio éxito en lo concerniente a lengua. La política lingüística puesta en práctica en Quebec tras la Revolución Tranquila ha cumplido su objetivo de asegurar el *visage linguistique*, permitiendo desempeñar una vida plena en francés dentro de Quebec. Esta garantía de un entorno francófono ha disminuido la sensación de amenaza a la lengua propia de Quebec existente en gran parte del siglo XX. Aun así, todavía se producen conflictos esporádicos como ilustran los contenciosos relativos a las marcas comerciales, las escuelas pasarelas o la controversia sobre la libertad de elección lingüística en la enseñanza colegial²⁴⁷.

Esta suma de factores ha tenido su impacto en el cambio político, donde la condición de partido dominante del PQ adquirida desde mediados de los años 70 está en

²⁴⁴ ACS (2017).

²⁴⁵ STATISTICS CANADA (2017). Esta proporción ha disminuido en los últimos años a favor del uso igualitario de las dos lenguas oficiales de Canadá.

²⁴⁶ Según STATISTICS CANADA (2018), en 2016 el 77,1% de los habitantes de Quebec tenía como lengua materna el francés, por el 78,1 de 2011. La población alófona se incrementó del 12,3 al 13,2%, mientras que la anglófona decreció del 7,7 al 7,5%.

²⁴⁷ En relación con este último aspecto, el PARTI QUÉBÉCOIS (2018): 64 se comprometió en su programa electoral a eliminar la libertad de elección lingüística en la enseñanza colegial y aplicar las mismas políticas ya puestas en marcha para la educación primaria y secundaria. POIRIER y ROUSSEAU (2015): 361-402 analizan la compatibilidad de dicha propuesta con los derechos lingüísticos contenidos tanto en la Carta de Derechos y Libertades como en la Carta quebequesa.

entredicho. Salvo el breve mandato en minoría de MAROIS entre 2012 y 2014, el PQ lleva más de quince años lejos del gobierno de la provincia. Las elecciones de 2018 supusieron un nuevo revés para esta formación, al obtener únicamente diez diputados con apenas el 17% del voto. Esta cita electoral supuso un triunfo de los nuevos partidos, la CAQ, un partido autonomista de centro-derecha y *Québec Solidaire*, una formación soberanista anticapitalista; frente a las formaciones tradicionales, las cuales se han alternado de forma pendular al frente de la provincia sacando enorme partido a la dicotomía entre federación o independencia.

El declive del PQ no puede solo achacarse a la postergación de un hipotético tercer referéndum a un segundo mandato, renunciando a su *raison d' être*, sino que también se explica, en parte, debido a otros factores como la pérdida del voto joven, para el que la *question nationale* no es una prioridad, y la competición por el electorado de izquierdas con QS. La postergación de la soberanía a un segundo plano no solo ha restado apoyos al PQ, sino que también ha tenido consecuencias para los liberales, quienes tradicionalmente habían aprovechado la polarización en torno a la independencia como factor de atracción del electorado contrario a la misma. El declive electoral del PQ también podría afectar a las relaciones entre Quebec y el gobierno federal, pues la reducción del riesgo de secesión desincentiva a este a realizar concesiones políticas ante futuras demandas de mayor autonomía o un mejor acomodo por parte de la provincia.

La conjunción de estos factores parece haber alejado la posibilidad de la secesión. Sin embargo, sería un error dar por derrotado al movimiento soberanista, pues el apoyo al mismo se mantiene estable en torno a un 35% aunque ahora repartido entre dos formaciones²⁴⁸. Este parece encontrarse durmiente a la espera de un futuro acontecimiento que le permite ponerse de nuevo en marcha y unir sus fuerzas en pos de una causa común: la independencia de Quebec. El resultado electoral abre la puerta a una nueva dinámica en la que la competición electoral deje de girar en torno al eje soberanía-federalismo que ha dividido a la sociedad quebequesa durante 50 años, regresando al tradicional izquierda-derecha. Este cambio supondría poner fin a una

²⁴⁸ CASTRO-REA y WELLER (2019): 105-110 apoyan esta tesis, detallando como el apoyo a los partidos soberanistas se mantiene estable con el tiempo, si bien el número de diputados fluctúa enormemente debido a los efectos del sistema electoral mayoritario. De igual modo, el apoyo a la soberanía de Quebec se mantiene estable entre el 35 y el 45% tras el referéndum de 1995. A la vista de estos datos, los autores concluyen que no es posible juzgar el estado del movimiento soberanista en función del apoyo electoral. A su juicio, esta evidencia un hartazgo con los actuales líderes políticos soberanistas, no con la soberanía en sí misma, opción que sigue todavía viva, no pudiendo ser descartada la posibilidad de un tercer referéndum en el futuro.

época de alternancia entre el PQ y el PLQ en torno a la *question nationale*, consolidando un tetrapartidismo en el que la mayoría parece concebir la soberanía como algo del pasado, apostando por construir un Quebec más fuerte dentro de Canadá.

CAPÍTULO III

EL MODELO DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS COMO EJE VERTEBRADOR DEL SISTEMA FEDERAL: DE LA RIGIDEZ APARENTE A LA FLEXIBILIDAD PRÁCTICA

En el sistema constitucional canadiense el modelo competencial se articula mediante un sistema de listas cerradas. Este sistema es expresión de un federalismo clásico o dual, en el que se atribuyen una serie de competencias a cada nivel de gobierno, las cuales son definidas como exclusivas. En su estructura formal, la Constitución de 1867 presenta un modelo de compartimentos estancos (*watertight compartments*) en el que los solapamientos en las competencias son una *rara avis*. De hecho, el diseño original era tan reacio al solapamiento que únicamente las dos materias contempladas en el artículo 95 son concebidas como concurrentes: agricultura e inmigración.

El modelo competencial contenido en los artículos 91 –competencias de la federación– y 92 –competencias de las provincias– de la Constitución de 1867 tiene su origen en la división en torno a la forma de estado existente en las colonias británicas que dieron origen al Dominio. Inicialmente, los defensores del modelo federal eran reducidos, siendo numerosos los partidarios del modelo de unión legislativa patrocinado por MACDONALD a semejanza modelo tradicional británico¹. Las objeciones de francófonos y anglófonos variaron con el tiempo –inicialmente los francófonos eran más reacios que los anglófonos– según cómo les afectara la relación mayoría-minoría. Finalmente, se optó por un modelo federal bajo el principio monárquico británico al ser una fórmula que solucionaba los principales temores de los fundadores: evitar caer en el republicanismo uniformador estadounidense y construir un país grande y fuerte económicamente en contraste con la debilidad consustancial a las colonias pequeñas². Pese al compromiso federal que caracteriza la Confederación, la voluntad uniformadora de los fundadores quedó patente en el diseño constitucional original, siendo numerosos los intentos por modular el mismo mediante la inclusión de instrumentos centralizadores³. Los más importantes surgieron tras la Conferencia de Londres de

¹ Junto a GALT, BROWN fue el más ferviente defensor del modelo federal en sus inicios como demuestran sus discursos y editoriales. Vid. AJZENSTAT et al. (1999): 285-290.

² *Ibidem* pp.133-137.

³ BAIER (2013): 303.

1866⁴, dónde se concretaron las resoluciones que, un año después, darían lugar a la Confederación⁵. En dicha conferencia, MACDONALD presionó para dotar de mayor poder al gobierno federal, si bien finalmente se mantuvo la división de poderes acordada dos años antes en la Conferencia de Quebec⁶. El problema surgió al entrar en juego el Parlamento Imperial de Westminster, quien debía ratificar dichas resoluciones convirtiéndolas en ley. Hubo hasta cuatro borradores de la futura *British North America Act*, si bien la controversia giraba en torno a un solo aspecto: las cláusulas residuales de la federación –actual artículo 91.1 de la Constitución de 1867– y las provincias – artículo 92.16–. En la primera versión, se eliminó la cláusula de poder residual provincial en relación con las materias meramente locales y se encabezó el artículo 91 con el poder residual federal de hacer leyes en todo lo no atribuido a las provincias gracias a la fórmula *peace, order and good government of Canada* (en adelante POGG), lo cual constituye una de las características distintivas del modelo federal canadiense. Esta versión inicial contenía otro elemento aún más centralizador, pues transformaba a los *lieutenant governors* en superintendentes en un gesto claro de municipalización del poder provincial siguiendo los deseos de MACDONALD⁷. Este giro centralizador es atribuido por algunos historiadores –fundamentalmente CREIGHTON y sus seguidores– al gobernador general Lord MONCK y a los ministros de la Oficina Colonial que compartían la visión centralizadora de MACDONALD⁸. Probablemente, estos veían el modelo federal como algo propio del republicanismo estadounidense que ponía en peligro la tutela británica sobre sus dominios imperiales. Este primer borrador de la BNA rompía varios de los compromisos alcanzados en las Conferencias de Quebec y Londres, menoscabando la naturaleza federal del Dominio y acercando la fórmula de gobierno a la unión legislativa. En las versiones posteriores, se recuperó la figura del

⁴ En esta Conferencia se aprobó el texto final de la *British North America Act* que sería sometido a la aprobación del Parlamento Imperial para su posterior sanción por la Reina. Sobre la misma vid. CREIGHTON (1964/2012): 377-439.

⁵ ROMNEY (1999): 100-103 explica con detalle las vicisitudes de las negociaciones llevadas a cabo en Londres entre los representantes de las colonias y los del gobierno británico, poniendo de manifiesto las tensiones existentes entre ambos.

⁶ Meses después de la Conferencia de Charlottetown, la Conferencia de Quebec (1864) dio origen al germen de lo que posteriormente se convertiría en la Constitución de Canadá. En ella se reunieron representantes de las colonias británicas en América del Norte con el objetivo de llegar a un acuerdo de unión entre las mismas. Uno de los principales puntos de fricción fue el modelo de estado entre los partidarios de un sistema unitario de unión legislativa y los impulsores del modelo federal. Vid. CREIGHTON (1964/2012): 104-186.

⁷ El *Privy Council* dejó clara la naturaleza de esta figura en *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. New Brunswick (Receiver-General)*, [1892] A.C. 437, afirmando que actúan como representantes de la Corona, por lo que las provincias ejercen un poder soberano derivado de la Reina quedando rechazado el carácter municipal de estas.

⁸ CREIGHTON (1964/2012): 418-419.

lieutenant governor y se restauró la cláusula residual del poder local, aunque dicha figura ha sido tradicionalmente negada por historiadores como CREIGHTON⁹.

Las listas de los artículos 91 y 92 contienen, con alguna salvedad que posteriormente se detallará, títulos competenciales amplios. Sin embargo, el texto constitucional no otorga competencia para legislar en base a estos títulos, sino a las materias que se contienen en los mismos¹⁰. Estos títulos (*classes of subjects*) son formulaciones generales, mucho más abstractas que en otros estados federales como EE. UU., dentro de los cuales se encuadran multitud de materias (*matters*) que no son precisadas en el texto constitucional, siendo de vital importancia la interpretación de los mismos que ha ido haciendo caso a caso tanto el *Privy Council* como el Tribunal Supremo¹¹. La diferencia entre materia y título reside en el grado de concreción, pues las primeras son formulaciones concretas y particulares¹², mientras que los segundos son conceptos abstractos y generales¹³. El grado de concreción permite distinguir con precisión entre diferentes materias, posibilitando la descomposición de estructuras complejas en materias concretas, las cuales pueden ser atribuidas a uno o varios títulos competenciales, del mismo o de diferentes niveles de gobierno.

Por lo tanto, a la hora de atribuir una competencia a un nivel de gobierno se recurre a una definición por referencia, es decir, se identifica la materia en cuestión y se atribuye a uno de los dos niveles de gobierno refiriéndola a un título competencial de los enumerados en las listas federal o provincial. Estos títulos son de naturaleza amplia y flexible, características que permiten que una Constitución de carácter antiguo como la canadiense pueda ir evolucionando y adaptándose a la realidad de los nuevos tiempos. La atribución de las materias es un proceso complejo, pues pueden existir puntos de conexión con diferentes títulos, siendo necesario identificar el predominante, o no encontrarse conexión con los mismos debiendo recurrirse a las cláusulas residuales bien

⁹ CREIGHTON (1964): 418-419 únicamente hace referencia al poder residual de la federación, cuyo contenido caracteriza como casi ilimitado al entender que los títulos enumerados en el artículo 91 son meros ejemplos del contenido del mismo, ignorando por completo la cláusula residual a favor de las provincias. Esta negación ha sido especialmente criticada por ROMNEY (1999): 101. Sobre la figura de CREIGHTON y su visión de la Confederación y del rol de MACDONALD en la creación de esta vid. WRIGHT (2015): 173-203 y 266-291.

¹⁰ ABEL (1969): 489-497.

¹¹ FIELD (1992): 108-109.

¹² Así fue puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo en *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, p. 333, resaltando la necesidad de claridad y especificidad de las materias para que estas puedan ser identificadas por los tribunales y atribuidas a un nivel de gobierno.

¹³ Como resalta HOGG (2007): 15-6, estos títulos competenciales (*classes of subjects*) son interpretados con el único objetivo de averiguar las materias que se encuadran dentro de los mismos, no teniendo un significado propio por sí mismos.

de la federación o de las provincias¹⁴. La evolución de este proceso durante el transcurso de los años ha posibilitado la definición del sistema de distribución de competencias en Canadá, siendo la misma decisiva en el mantenimiento del equilibrio competencial entre federación y provincias. La sustitución del Privy Council por el Tribunal Supremo como intérprete último de la Constitución en Canadá en 1949 conllevará un cambio en la forma de interpretar el modelo competencial. Mientras que la jurisprudencia del Privy Council primaba la teoría de los compartimentos estancos (*watertight compartments*) evitando los solapamientos competenciales, el Tribunal Supremo tendió, especialmente en sus primeros años, a expandir el ámbito de la competencia federal en consonancia con la pretensión de los Padres de la Confederación de asegurar un gobierno central fuerte favoreciendo un mayor grado de concurrencia entre el nivel provincial y el federal.

1. LA LISTA FEDERAL DE COMPETENCIAS

1.1. El sistema formal de competencias

Los títulos competenciales asignados al gobierno federal en Canadá no son diferentes, en términos generales, de aquellos asignados al mismo nivel de gobierno en otros estados federales. En su análisis comparado, WATTS muestra la gran coincidencia existente en la división constitucional entre estados tan diversos como Austria, Alemania, Canadá, Estados Unidos o incluso España¹⁵.

En la actualidad, la lista federal de competencias se encuentra integrada por treinta títulos competenciales, los cuales están recogidos en los diferentes apartados del artículo 91 de la Constitución de 1867¹⁶. Atendiendo a su naturaleza, estos títulos pueden ser clasificados en seis grandes bloques. Además de las mencionadas a continuación, el artículo 91.29 también atribuye al Parlamento federal aquellas competencias que se encuentran expresamente exceptuadas en la enumeración de las competencias provinciales, aspecto de especial relevancia en el campo del transporte y las comunicaciones.

¹⁴ LEDERMAN (1973): 44.

¹⁵ Para WATTS (2008): 41, si bien España no es nominalmente un estado federal, su estructura sí que presenta rasgos federales y, por tanto, es objeto de su estudio comparado. Como resultado de lo anterior, el mismo autor (2009: 55) caracteriza el caso español como “*a federation in disguise*”.

¹⁶ El número de títulos, así como la numeración de los mismos, ha ido variando desde los veintinueve originales tras las modificaciones constitucionales de 1940, 1949 y 1982.

1.1.1. Competencias de índole económica

En primer lugar, y siguiendo el canon clásico, encontramos un bloque que otorga al nivel federal amplias competencias sobre asuntos de índole económica y financiera. El mismo está integrado fundamentalmente por títulos amplios y abstractos como son la deuda (art. 91.1A C. 1867) y crédito públicos (art. 91.4), el comercio y abasto (art. 91.2) y la recaudación de impuestos¹⁷ (art. 91.3). Estos títulos eran de gran importancia para los Padres de la Confederación, pues los mismos debían permitir al gobierno federal financiar la expansión de la Confederación hacia el oeste creando una economía transcontinental.

Junto a estos títulos amplios, encontramos otros más acotados y específicos como es el caso de aquellos relacionados con la actividad financiera y crediticia, gracias a los que la federación puede asegurar la estabilidad y solvencia de la economía nacional. Estos son: las letras de cambio y pagarés (art. 91.18), la actividad bancaria (art. 91.15)¹⁸, incluida la de ahorro (art. 91.16), el interés (art. 91.19), la acuñación de moneda (art. 91.14) y la determinación del curso legal (art. 91.20). La regulación de la bancarrota y la insolvencia también están dentro de la esfera federal de competencias en virtud del artículo 91.21.

En el campo económico también han sido atribuidas al nivel federal competencias auxiliares como la de pesos y medidas (art. 91.17), costas y pesca interior (art. 92.12) o las patentes (art. 91.22) y los derechos de autor (art. 91.23), que sirven de apoyo a los títulos amplios anteriormente mencionados. La razón de ser de estos títulos específicos, cuyo detalle hace que tengan una naturaleza más cercana a la materia que al título, reside en clarificar la competencia federal sobre los mismos evitando su inclusión dentro del título provincial de propiedad y derechos civiles. El reducido campo de aplicación de estos títulos se puede observar en el caso de la pesca, donde el título federal únicamente abarca la regulación general de la actividad, comprendiendo materias como las modalidades y temporadas de pesca, los periodos de regeneración de la especie o la prohibición de métodos de pesca especialmente agresivos, quedando la explotación de los caladeros, y la consiguiente concesión de licencias para ello, excluida

¹⁷ El poder tributario se encuentra compartido con las provincias, aspecto que se analizará en profundidad en el capítulo correspondiente.

¹⁸ Queda fuera de la misma el régimen de las cooperativas de crédito y las sociedades fiduciarias, que forman parte del título provincial sobre propiedad y derechos civiles.

del mismo¹⁹. Además, este título incluye una precisión relativa a la pesca interior – aquella que se realiza en lagos y ríos– con el objetivo de asegurar la competencia federal sobre la misma con independencia de que esta pueda estar localizada íntegramente en el territorio de una provincia²⁰.

1.1.2. La acción exterior del estado

Un segundo bloque dentro de la esfera federal es el conformado por las competencias relativas a la acción exterior del estado como es el caso de la defensa nacional (art. 91.7), incluyendo la milicia, el servicio naval y el ejército terrestre. El artículo 91.25 asigna al nivel federal las competencias concernientes a la ciudadanía, entre las que se encuentra el régimen de los extranjeros y la nacionalización. Es importante resaltar que este título no incluye las competencias en materia de inmigración, las cuales son reputadas como concurrentes por el artículo 95 de la Constitución de 1867.

La Constitución de 1867 no recoge en la lista federal, ni tampoco en la provincial, disposición alguna relativa a las relaciones internacionales y/o firma de tratados. En 1867, Canadá formaba parte del Imperio Británico, siendo el Parlamento Imperial de Londres el responsable de estas materias, careciendo el Dominio de personalidad jurídica internacional al no ser un estado independiente. La Declaración de Balfour de 1926 concedió a Canadá cierto grado de autonomía en el campo de las relaciones con otros estados, si bien dentro del marco del Imperio Británico. A pesar de que Canadá se emancipó del Reino Unido en 1931 gracias al Estatuto de Westminster²¹, por el que se otorgó independencia legislativa al Parlamento federal, no fue hasta 1947 cuando el Rey Jorge VI delegó en el Gobernador General de Canadá el poder en materia de relaciones internacionales. Dicha delegación no fue expresa, sino que se hizo de

¹⁹ Esta distinción entre regulación y explotación fue trazada por el *Privy Council* en *A.G. Canada. v. A.G. Ontario, Quebec and Nova Scotia.*, [1898] A.C. 700, siguiendo la regla general, tanto en el *common law* como en el derecho civil de raíz francesa, de que el derecho a pescar corresponde al dueño de las aguas, el cual es libre de transmitirlo a un tercero. Los derechos de propiedad no se aplican a las aguas abiertas (*tidal waters*) donde existe un derecho público de pesca, el cual prevalece sobre el del dueño de las aguas, quedando las mismas bajo regulación federal tal como quedó establecido en *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for Canada (British Columbia Fisheries Reference)* [1914] A.C. 153, 15 D.L.R. 308 (P.C. 1913), pp. 317-318.

²⁰ También se encuentran bajo jurisdicción federal el mar territorial y la zona económica exclusiva, 12 y 200 millas náuticas desde la costa, respectivamente, así como aquellas aguas localizadas en enclaves de jurisdicción federal como instalaciones militares o aquellas que hayan sido declaradas de interés federal. Para más detalle sobre la competencia pesquera, y su interrelación entre los dos niveles de gobierno, vid. FAIRLEY (1980): 257-318 y SCOTT, A. (1982): 780-805.

²¹ *Statute of Westminster, 1931* 22 & 23 *Geo. 5 c. 4*.

manera genérica. El artículo segundo de las *Letters Patent* autorizaba al Gobernador General a ejercer todas aquellas prerrogativas referentes a Canadá que hasta la fecha pertenecían al monarca entre las que, indudablemente, se encontraba la competencia de relaciones internacionales y la firma de tratados²².

La controversia sobre la competencia para la implementación de tratados internacionales fue resuelta en 1937 por el *Privy Council* en el caso *Labour Conventions*²³. Canadá había firmado varios convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la regulación laboral, los cuales fueron ratificados y traspuestos a la legislación canadiense mediante normas aprobadas por el Parlamento federal. Sin embargo, los gobiernos provinciales objetaron a esta decisión sobre la base de que la competencia en materia laboral les pertenecía. Dicha pretensión fue rechazada por el Tribunal Supremo, pero sí fue atendida por el *Privy Council*. En dicho pronunciamiento, el Juez Lord ATKIN enunció dos cuestiones de especial relevancia para el constitucionalismo canadiense. En primer lugar, rechazó la aplicabilidad del precepto relativo a la implementación de tratados contenido en el artículo 132 de la Constitución de 1867, el cual restringió a la implementación en Canadá de tratados firmados por el Imperio²⁴, un precepto que entendía sin valor dado que Canadá ya gozaba de personalidad internacional propia²⁵. Por lo tanto, había que recurrir a los artículos 91 y 92 –las listas federal y provincial de competencias– para determinar el nivel de gobierno competente en la materia sobre la que versa el tratado, siendo este el responsable de su implementación. La razón de ser de esta cuestión se fundamenta en la inexistencia en el texto constitucional de una competencia expresa relativa a los tratados, distribuyéndose la misma según las materias a los que estos conciernan²⁶. La atribución de estas materias a un nivel de gobierno es la que determinará el competente a la hora de implementar un determinado tratado internacional. En la resolución de este conflicto se observa la tensión entre la interpretación constitucional más centralizadora del Tribunal

²² *Letters Patent Constituting the Office of Governor General and Commander-in-Chief of Canada* - The Canada Gazette, 1 de octubre de 1947.

²³ *Canada (AG) v Ontario (AG)* [1937] UKPC 6, [1937] A.C. 326. Para un análisis del mismo se puede consultar el trabajo de CYR (2009): 61-100. En esta obra el autor discrepa sobre el hecho de que de dicho caso se deduzca la exclusividad del Parlamento federal a la hora de celebrar tratados internacionales, siendo de la opinión que las provincias también gozan de dicha facultad dentro de sus propias competencias.

²⁴ Este precepto confería al Parlamento federal todos aquellos poderes que fueran necesarios para asegurar que tanto la federación como las provincias cumplieran con las obligaciones que se derivaran de los tratados internacionales entre el Imperio Británico y terceros estados.

²⁵ *Canada (AG) v Ontario (AG)* [1937] UKPC 6, [1937] A.C. 326, p. 349.

²⁶ *Ibíd*, pp. 351-352.

Supremo, partidaria de atribuir al nivel federal la implementación de cualquier tratado internacional, y la del *Privy Council*, más fiel a la distribución original de poderes, salvaguardando las competencias exclusivas de las provincias²⁷.

Dada la falta de anclaje constitucional expreso de la competencia de relaciones internacionales no es posible interpretar que esta sea de titularidad exclusiva del gobierno federal. Este hecho, unido a una interpretación amplia de la doctrina de *Labour Conventions*, ha posibilitado la intervención provincial en el plano internacional dentro de sus propias competencias continuando una tradición que se remonta a 1886, cuando Quebec envió su primer representante a Francia. Desde los años 60, Quebec ha intensificado su agenda internacional con la puesta en marcha de la doctrina *Gérin-Lajoie*, por la que la provincia reafirmó su voluntad de intervenir en el plano de las relaciones internacionales dentro de las áreas de su competencia²⁸. Para Quebec la participación internacional es una faceta más de sus competencias exclusivas, “una prolongación de sus competencias internas”, en cuyo ejercicio puede actuar tanto a nivel interno como externo, por lo que es competente para concluir e implementar acuerdos en las áreas dentro de su esfera competencial²⁹. Además, la proyección internacional de Quebec forma parte de la afirmación de su carácter nacional en lo relativo a materias como la lengua, la educación o la cultura, las cuales proyecta al exterior a través de su red de delegaciones en el extranjero. A este respecto, Quebec –al igual que Nuevo Brunswick y el gobierno federal– forma parte de la Organización Internacional de la Francofonía³⁰, así como cuenta con una representación permanente ante la UNESCO dentro de la delegación de Canadá³¹. Además, debido a su historia común, Quebec mantiene relaciones diplomáticas con Francia al más alto nivel, una relación que ha sido caracterizada por J. TRUDEAU como “única, directa y privilegiada”³².

La doctrina de *Labour Conventions* ha sido cuestionada en términos de eficiencia, debido a la imposibilidad de que el gobierno federal garantice el correcto

²⁷ Parte de la doctrina canadiense es reacia a aceptar el federalismo de compartimentos estancos que el *Privy Council* utilizó en *Labour Conventions*. En este sentido HOGG (2010): 11-4-11-8 y MONAHAN y SHAW (2013): 312-313.

²⁸ Para conocer la génesis de la misma es de interés la obra dirigida por PAQUIN (2006): 23-111.

²⁹ CHAREST (2009): 25.

³⁰ Ambas provincias tienen el estatus de “gobiernos participantes”. Mientras que Ontario forma parte a título de observador.

³¹ Además, Quebec, al igual que provincias como Alberta o la Columbia Británica, ha establecido misiones en el exterior, tanto a título particular, como dentro de las representaciones permanentes de Canadá, siendo la mayoría oficinas económicas.

³² TURENNE (2016). Con estas palabras el Primer Ministro resaltaba la singularidad de las relaciones entre Quebec y Francia, las cuales no tienen réplica por parte de ninguna otra provincia o estado, constituyendo una anomalía histórica debido a las características comunes que comparten ambos territorios.

cumplimiento de los acuerdos internacionales que firme, dado que ello puede corresponder a las provincias, aspecto que menoscabaría la capacidad de Canadá para celebrar tratados internacionales³³. En este sentido, HOWSE pone de manifiesto la posibilidad de encontrar anclaje constitucional a un poder federal para celebrar tratados, el cual no ha llegado a materializarse³⁴. A pesar de estas críticas, la vigencia de la misma no ha dificultado la celebración por parte de Canadá de numerosos acuerdos intencionales, incluidos complejos acuerdos de libre comercio como NAFTA, y su sucesor USMCA³⁵, y, recientemente, el CETA³⁶ con la Unión Europea.

1.1.3. Derecho penal

El nivel federal también ostenta competencias en derecho penal (art. 91.27 C. 1867), incluido el procedimiento judicial penal y el establecimiento, gestión y mantenimiento de las penitenciarías (art. 91.28)³⁷. Sin embargo, queda fuera del alcance de este título la creación de tribunales penales al ser una materia expresamente atribuida a las provincias en el artículo 92.14 de la Constitución de 1867.

La atribución de la materia penal al nivel federal es un rasgo específico del federalismo canadiense, puesto que dicha competencia pertenece al nivel estatal en modelos coetáneos de este como el estadounidense o el australiano³⁸. En consecuencia, en Canadá existe un único código penal federal, aunque gran parte de su cumplimiento depende de las provincias dado que éstas desempeñan las labores de policía³⁹. La idea de unicidad del código penal responde a la voluntad de los Padres de la Confederación de evitar la disparidad de tipos penales entre territorios, aspecto que consideraban como uno de los defectos del sistema federal estadounidense⁴⁰. La regulación penal federal abarca aquellas materias bajo su competencia –como por ejemplo, la tenencia de armas

³³ LA FOREST (1975): 137-152.

³⁴ HOWSE (1990): 171-182.

³⁵ Los líderes de los tres países participantes alcanzaron un principio de acuerdo sobre el *United States-Mexico-Canada Agreement* a finales de septiembre de 2018, continuando el NAFTA vigente hasta la ratificación definitiva del mismo.

³⁶ *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA).

³⁷ En Canadá se diferencia entre penitenciarias, para adultos condenados por delitos graves a más de dos años de reclusión, y prisiones, las cuales son de titularidad provincial para menores y adultos con condenas de menos de dos años.

³⁸ El federalismo canadiense puede considerarse como el precursor de esta idea, puesto que modelos posteriores como el alemán, el austriaco o el suizo, atribuyen la competencia penal a la federación.

³⁹ Todas las provincias a excepción de Ontario y Quebec han llegado a acuerdos con el gobierno federal para contratar los servicios de la Real Policía Montada del Canadá (RCMP).

⁴⁰ En dicho sentido se pronunció MACDONALD en los debates previos a la Confederación tal como se recoge en WAITE (1963): 45.

de fuego— exceptuándose estas materias del título provincial de propiedad y derechos civiles⁴¹.

1.1.4. *Pueblos indígenas*

Otra competencia federal singular es aquella que concierne a los pueblos indígenas, generalmente denominados Primeras Naciones (*First Nations*). El artículo 91.24 atribuye al Parlamento federal la materia de *Indians and Lands reserved for the Indians*, aunque dicho término ha ido siendo sustituido paulatinamente. Este artículo contiene dos competencias diferenciadas, una relativa a aquellas personas que entran dentro de la calificación federal de *Indian* en virtud de la *Indian Act*⁴²; y otra relativa a aquellos territorios que pertenecen a estas comunidades. La competencia federal sobre estos territorios no significa que los mismos sean enclaves de jurisdicción federal, pues el Tribunal Supremo confirmó en *Francis* la aplicabilidad de las normas provinciales a los mismos en aquellas materias cuya competencia ostentan constitucionalmente⁴³.

El alcance del término *Indians* ha sido objeto de controversia, existiendo dudas sobre si las comunidades Métis y los indígenas no sujetos a estatuto⁴⁴, estaban sujetas a jurisdicción federal pese a no estar contempladas como tales en la *Indian Act*. Tras años de indefinición y conflicto⁴⁵, el Tribunal Supremo fijó definitivamente la cuestión en *Daniels*⁴⁶, poniendo fin al limbo legal en el que se encontraban⁴⁷, al estimar que el término *Indian* debe entenderse de forma amplia dando cabida tanto a los Métis, cuyo carácter distintivo como producto de uniones entre Primeras Naciones y Europeos es innegable⁴⁸, así como aquellas comunidades indígenas no sujetas a estatuto⁴⁹.

⁴¹ Esta división entre materias constituye un ejemplo del sistema de reparto de poderes en forma de queso gruyere, pues la regulación de la propiedad de las armas de fuego deja un agujero en el título provincial de propiedad y derecho civil, al pasar dicha materia a encuadrarse en el título federal sobre derecho penal.

⁴² *Indian Act* (R.S.C., 1985, c. I-5)

⁴³ *R. v. Francis* [1988] 1 SCR 1025.

⁴⁴ Estas comunidades, denominadas en inglés *Non-Status Indians*, están integradas por individuos que, si bien pertenecen a las Primeras Naciones, no entran dentro de la definición de *Indian* recogida en el artículo 6 de la *Indian Act* que limita esta calificación a los miembros de comunidades y/o tribus reconocidas oficialmente en el registro de tribus.

⁴⁵ LAMBERT (2016): 55-59 se refiere a esta indefinición sobre la condición de estas comunidades como “*political football*”, expresión que podría traducirse al castellano como “pasarse la pelota de un tejado a otro por parte de los políticos” pues su falta de entendimiento provocaba que estas comunidades no pudieran gozar de los beneficios que supone tener reconocida la condición de comunidad aborigen.

⁴⁶ *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99.

⁴⁷ Incluso el Tribunal Supremo (*Daniels*, par. 13) reconoció esta situación, al constatar que el nivel federal negaba la competencia sobre estas comunidades con base en la *Indian Act*, mientras las provincias rechazaban ostentarla al entender que correspondía a la federación en virtud del artículo 91.24 de la Constitución de 1867.

⁴⁸ *Daniels v. Canada*, par. 42.

1.1.5. Transporte y comunicaciones

La federación también ostenta, en virtud de diversos títulos, competencias en el campo del transporte. Dicho campo era de gran relevancia para los fundadores de la Confederación puesto que es pieza clave para la construcción de una economía intercontinental⁵⁰.

Aunque la Constitución de 1867 no recoge ningún título específico relativo al transporte, sí que atribuye al gobierno federal algunas competencias ligadas a este campo como es el caso de la navegación (art. 91.10) y otros elementos conexos con esta como las balizas, boyas, faros y la Isla de Sable⁵¹ (art. 91.9). También se encuentran bajo jurisdicción federal las conexiones marítimas –denominadas *ferries* en el texto constitucional– entre provincias o entre estas y un tercer estado (art. 91.13). Además, el artículo 92.10 atribuye a la federación competencia sobre algunas obras e instalaciones que quedan exceptuadas del poder general provincial sobre las mismas.

La competencia federal en materia de transporte se ve reforzada por la atribución de propiedad sobre los elementos enumerados en el tercer anexo de la Constitución que realiza el artículo 108. Esta disposición transfiere al gobierno federal instalaciones como canales, puertos, muelles, faros, aduanas, instalaciones militares o dragados e implementaciones en ríos y lagos que pertenecían a las colonias o al gobierno británico.

También son de titularidad federal otras materias que forman parte de este campo que, dada la época de su redacción, la Constitución de Canadá no contempla, como es el caso de invenciones modernas como el transporte aeronáutico⁵², la televisión⁵³ o la radio⁵⁴, las cuales han sido atribuidas al nivel federal por el Tribunal

⁴⁹ *Ibid.*, par. 6. Pese a ello, el Tribunal recalca que esta consideración debe entenderse en términos generales, siendo necesario decidir caso por caso si un individuo reúne los requisitos para ser considerado como integrante de una de estas comunidades y, por tanto, estar sujeto a jurisdicción federal (par. 47). Además, la sujeción de estas comunidades a jurisdicción federal no implica que la legislación provincial al respecto sea *ultra vires*, debiendo salvaguardarse en lo posible su aplicación junto con la federal, siempre que no sea incompatible con la misma (par. 51).

⁵⁰ Muestra de ello es la previsión que se incluyó en el artículo 145 de la Constitución de 1867 –derogada en la *Statute Law Revision Act, 1893, 56-57 Vict., c. 14*, (U.K.) al haber perdido su vigencia–, por la que el gobierno federal se comprometía a iniciar en el plazo de seis meses la construcción de un ferrocarril entre las colonias que habían dado origen la Confederación. De igual forma, los acuerdos de unión de nuevas provincias a la Confederación solían llevar aparejados obligaciones similares caso de la obligación federal de garantizar el transporte entre la Isla del Príncipe Eduardo y el continente.

⁵¹ Esta isla, situada frente al puerto de Halifax (Nueva Escocia), es de competencia federal dada su importancia estratégica en los tiempos de la Confederación.

⁵² *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292.

⁵³ *Capital Cities Comm. v. C.R.T.C.*, [1978] 2 S.C.R. 141.

⁵⁴ La competencia federal sobre la radiocomunicación ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en *Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, par. 42. La misma se extiende no solo a la emisión de frecuencias, sino también a otros aspectos como la instalación y emplazamiento de las

Supremo en aplicación de la cláusula residual de competencias a favor del Parlamento federal.

1.1.6. *Competencias administrativas*

Junto a las anteriormente mencionadas, la lista federal de competencias también incluye otro tipo de materias que pueden denominarse de carácter administrativo. Entre otras, se encuentran el servicio postal (art. 91.5), el censo y las estadísticas (art. 91.6), los salarios de los funcionarios federales (art. 91.8) o la regulación del régimen legal del matrimonio y el divorcio (art. 91.26), quedando la forma o rito de celebración reservada a las provincias. Esta distinción era importante para los fundadores, pues permitía respetar la tradición católica de Quebec, un aspecto tremendamente sensible en aquellos tiempos.

En este grupo también puede incluirse el título concerniente a la cuarentena y los hospitales marinos (art. 92.11). Ambos elementos suponen una excepción a la competencia provincial en materia sanitaria del artículo 92.7. La cuarentena es una situación administrativa de prevención sanitaria cercana a la naturaleza del derecho penal. La competencia sobre hospitales marinos se justifica en que los mismos suelen ser itinerantes al estar localizados en barcos, de manera que no pueden formar parte de la esfera competencial provincial puesto que sería una actuación extraterritorial, la cual está vedada a la acción de las mismas⁵⁵.

Además, tras las sucesivas reformas constitucionales llevadas a cabo en 1940 y 1951, la federación ostenta competencias sobre el seguro de desempleo (art. 91.2A), así como en materia de pensiones de vejez, viudedad y supervivencia (art. 94A). Este último título competencial se encuentra supeditado a que las provincias no lo ejerzan dado que, como se verá posteriormente, su regulación prevalece sobre la federal.

1.2. La unidad y eficiencia económica como vectores transformadores del sistema: la cláusula *trade and commerce*

Como se ha visto anteriormente, la Constitución de 1867 atribuye al Parlamento federal el poder para legislar en materia de comercio y abasto (*trade and commerce*). Esta cláusula está redactada en términos más amplios que su homóloga estadounidense,

antenas de telefonía, que no pueden ser frustrados por la acción o inacción de la administración provincial y/o local.

⁵⁵ EDINGER (1982): 63-69.

la denominada *commerce clause*, pues esta se encuentra limitada al comercio internacional, interestatal o con las tribus indias⁵⁶.

Pese a tener un lenguaje más restrictivo, la *commerce clause* estadounidense ha ampliado su radio de acción, constituyendo el anclaje constitucional de multitud de competencias cuya pertenencia al gobierno federal ha sido refrendada por el Tribunal Supremo. Esta *vis* expansiva, especialmente acrecentada con la legislación de *New Deal*, se ha fundamentado en una concepción amplia del término *commerce*, cuyo significado ha ido más allá del mero intercambio comercial⁵⁷. A pesar de ello, la jurisprudencia reciente del TS estadounidense ha intentado acotar el alcance del mismo rechazando la competencia federal con base en dicha cláusula de determinadas materias que poco o nada tienen que ver con el comercio⁵⁸.

A diferencia de lo ocurrido en EE. UU., la doctrina judicial canadiense ha optado por una concepción más restrictiva de su precepto constitucional de *trade and commerce*, no gozando dicha cláusula del mismo alcance y relevancia que su homóloga en los Estados Unidos⁵⁹. El origen de esta interpretación restrictiva está en la interrelación que se produce entre el título federal de comercio y abasto y el provincial de propiedad y derechos civiles. La necesidad de articular una separación entre ambas esferas –propia del sistema de compartimentos estancos concebido por el *Privy Council*– ha jugado en contra de una interpretación expansiva y centralizadora como la del caso estadounidense. En *Citizens Insurance v. Parsons*, el *Privy Council* delimitó el

⁵⁶ Artículo 1, sección 8, cláusula tercera de la Constitución de los Estados Unidos. Sobre la génesis y significado de la misma vid. GAVIT (1932), quien recopila toda la casuística jurisprudencial hasta dicha fecha, ABEL (1941), BARNETT (2001) o BORK y TROY (2001). En castellano, son interesantes los trabajos de BORRAJO INIESTA (1986): 35, MONREAL (1988): 21-46 y LÓPEZ ARANGUREN (1987): capítulos 1 a 3.

⁵⁷ Desde sus inicios, el TS de los EE.UU. ha atribuido competencias al Congreso con base en este artículo, como fue el caso de la navegación marítima interestatal en *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824). En *Swift and Company v. United States*, 196 U.S. 375 (1905) el TS aceptó la competencia federal en materia anti-trust a la luz de la *Sherman Act*, mientras que en *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1 (1937) hizo lo propio con respecto a la competencia federal en materia laboral, validando parte de la legislación de *New Deal*, cuya ratificación por parte del TS ahondó en la ampliación del alcance de la *commerce clause* (BORK y TROY (2001): 879-883). La ley de Derechos Civiles de 1964 también fue aprobada al amparo de este precepto constitucional, con el objetivo de poner fin a la discriminación racial, siendo confirmada su validez por el Tribunal Supremo en *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964) y *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964). Sobre los mismos, vid. CORTNER (2001).

⁵⁸ En *Lopez v. United States* 514 U.S. 549 (1995) y *Morrison v. United States* 529 U.S. 598 (2000) el TS ha virado hacia una concepción más restrictiva del término *commerce* rechazando, respectivamente, que bajo el mismo se regule la prohibición de portar armas en las escuelas o medidas para paliar la violencia contra las mujeres. Vid. MALONEY (1996): 1876-1939 y SKARKIN (2009): 187-221. Esta nueva concepción de la *commerce clause* restringe su radio de acción a la actividad económica propiamente dicha rechazando que las meras afecciones indirectas de la misma sean base para legislar sobre otros asuntos. En este sentido vid. GOLDSCHIED (2000): 122-129 y VIRELLI y LEIBOWITZ (2001): 926-976.

⁵⁹ Para un análisis comparado entre los dos modelos se puede consultar la obra de SMITH (1963).

contenido de la competencia, excluyendo del título de *trade and commerce* la regulación contractual de un negocio en particular, concretamente, las pólizas de seguro⁶⁰. Los magistrados resaltaron que la amplitud del término *trade and commerce* podía llevar a incluir en el mismo cualquier materia relativa al comercio, siendo necesaria una lectura de dicho precepto respetuosa con el título provincial de propiedad y derechos civiles. Además, limitaron el alcance del artículo 91.2, restringiendo el poder del Parlamento federal a la regulación del comercio internacional, interprovincial, así como a aquella regulación comercial general que concerniera a todo el Dominio⁶¹.

La limitación del poder de comercio y abasto a transacciones interprovinciales realizada por el *Privy Council* no fue pretendida por los Padres de la Confederación, quienes optaron deliberadamente por un modelo en el que el gobierno federal tuviera los poderes más amplios posibles en este campo. En los debates previos a la Confederación, BROWN expresó este parecer al afirmar que “*all matters of trade and commerce [...] have vested fully and unrestrictedly in the General Government*”⁶², afirmación que deja clara la intención original de otorgar al gobierno federal un poder completo e ilimitado en el campo del comercio.

Un aspecto determinante, y que no fue clarificado por el *Privy Council* en *Citizens Insurance v. Parsons*, era el grado de interprovincialidad necesario para reputar una materia como de competencia federal en virtud del poder de *trade and commerce*. Un nivel de exigencia bajo generaría una importante fuerza centralizadora y, al igual que en el caso estadounidense, supondría la atracción federal de multitud de competencias que, de no ser por dicha amplia interpretación, quedarían en manos de las provincias. En el *Insurance Reference*⁶³ el *Privy Council* comenzó una línea argumental en la que delimitaba la afectación necesaria, rechazando esquemas legislativos que regularan transacciones meramente locales o intraprovinciales –lo que podríamos denominar comercio local–. Esta línea continuó hasta el último caso que dicha institución resolvió sobre este campo: el *Margarine Reference*⁶⁴. En esta decisión los magistrados anularon una norma federal que pretendía proteger a la industria láctea

⁶⁰ *The Citizens Insurance Company of Canada and The Queen Insurance Company v Parsons* [1881] UKPC 49, [1881] 7 A.C. 96, P.C.

⁶¹ *Ibid.* pp. 112-113.

⁶² WAITE (1963): 74.

⁶³ *Attorney-General for Canada v. the Attorney-General for Alberta* (1916) A.C. 588.

⁶⁴ *The Canadian Federation of Agriculture v The Attorney-General of Quebec and others* [1950] UKPC 31, [1951] AC 179. Aunque la competencia del *Privy Council* como órgano último de apelación fue abolida en 1949, este continuó resolviendo los casos que tenía pendientes, los cuales se habían sustanciado antes de dicha fecha.

articulando una prohibición sobre la producción y venta de margarina, al entender que la misma afectaba a transacciones locales o intraprovinciales, que eran competencia provincial en virtud del título de propiedad y derecho civil en la provincia del artículo 92.13 de la Constitución de 1867.

Aunque el Tribunal Supremo ha continuado con la limitación del título de comercio y abasto a aquellas transacciones de carácter interprovincial o internacional, como se puso de manifiesto en *Labatt Breweries*⁶⁵, progresivamente ha ido abriendo la puerta a regulaciones del comercio local bajo el título de *trade and commerce*. Esta expansión del poder federal tuvo uno de sus principales exponentes en el *Agricultural Products Marketing Reference* de 1978⁶⁶, en el que el TS validó una norma que creaba una agencia federal para control del mercado del huevo. Dicha agencia tenía la misión de imponer cuotas de producción, tanto por provincias como por productores, así como de decidir el fin de los excedentes resultado del incumplimiento de las mismas. Como se observa claramente, esta decisión supone una clara regulación de transacciones meramente locales e intraprovinciales puesto que, dada la naturaleza de producto perecedero y frágil como es el huevo, su consumo se produce generalmente en la misma provincia de producción. Esta decisión judicial supuso romper con la doctrina del *Privy Council*, expandiendo el alcance del título competencial de *trade and commerce* a situaciones en las que se regulen aspectos de naturaleza local. Pese a ello, HOGG sostiene que, si bien se ha producido una ampliación del alcance de esta competencia por parte del Tribunal Supremo con respecto a los tiempos del *Privy Council*, dicho expansionismo se produjo en un contexto cooperativo, pues todas las provincias consintieron expresamente la aprobación del marco normativo federal, por lo que no puede entenderse como una regla general⁶⁷. Este esquema cooperativo fue extendido con posterioridad al mercado del pollo siendo también validada la constitucionalidad del mismo por parte del Tribunal Supremo en *Pelland*⁶⁸.

En ambas decisiones, el elemento cooperativo resulta decisivo para aceptar que el título de comercio y abasto expanda su radio de acción al mercado local, aspecto que, a priori, queda fuera de la esfera competencial federal. La aceptación por parte de las provincias, así como la colaboración de las mismas para la puesta en marcha de estos

⁶⁵ *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914. En el mismo, el TS anuló preceptos de una norma federal que afectaban a la producción y venta de cerveza light dentro de una provincia al considerar que se estaba produciendo una regulación del comercio local.

⁶⁶ *Reference re Agricultural Products Marketing*, [1978] 2 S.C.R. 1198 (*Egg Reference*).

⁶⁷ HOGG (2011): 283. Esta tesis es compartida por MONAHAN y SHAW (2013): 294.

⁶⁸ *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, [2005] 1 S.C.R. 292, 2005 SCC 20.

mecanismos, supone un elemento decisivo para dar por buena esta intrusión federal, cuyo fin último es alcanzar una producción eficiente en términos económicos⁶⁹.

El Tribunal Supremo también ha admitido otro tipo de regulaciones federales que afectan al comercio local como es el caso de las restricciones voluntarias o de aquellas meramente accesorias o tangenciales que son necesarias para regular efectivamente al comercio interprovincial e internacional. Las restricciones voluntarias son regulaciones comerciales que afectan de manera imperativa al comercio interprovincial e internacional, pero que son opcionales para el comercio local. Si bien la regulación federal, en teoría, no afecta al comercio local, en la práctica sí que lo hace pues los operadores económicos deciden cumplir la normativa federal por razones de eficiencia económica y operatividad en el mercado⁷⁰. En consecuencia, la regulación federal opcional se convierte *de facto* en obligatoria, de manera que el comercio local en esos ámbitos queda regulado efectivamente por el nivel federal. Algo similar sucede cuando la regulación federal sobre comercio y abasto afecta de manera tangencial al comercio local como parte de la regulación del comercio interprovincial e internacional, generalmente en la comercialización local de productos importados. A pesar de que se produce una intervención federal en un campo de jurisdicción provincial, esta no supone una ampliación sustancial del poder federal sobre comercio y abasto, siendo la misma necesaria para el correcto funcionamiento de una economía compleja e integrada.

La posibilidad de que el comercio interprovincial se vea restringido por parte de las provincias fue abordada por el Tribunal Supremo en *Comeau*⁷¹, al enjuiciar la validez de una ley de Nuevo Brunswick que prohibía la posesión de bebidas alcohólicas compradas fuera de la provincia⁷². La creación de un mercado común transcontinental libre de aranceles y aduanas que paliara la no renovación del Tratado de Reciprocidad

⁶⁹ La creación de la agencia federal que regía el comercio del huevo se produjo a través de la aprobación de un paquete de medidas legislativas acordadas entre el nivel federal y las provincias. La acción coordinada de ambos niveles a la hora de regular normativamente la producción fue un factor decisivo en la reputación del mismo como constitucional por parte del TS en el *Egg Reference*. p. 1296.

⁷⁰ Este es el caso de la normativa recogida en la *Energy Efficiency Act* o la *Vehicle Safety Act*. Ambas normas contienen estándares de obligado cumplimiento para el comercio internacional e interprovincial de productos eléctricos y automóviles, siendo las mismas opcionales para el comercio local de estos productos. Sin embargo, por razones de escala y eficiencia, los fabricantes deciden que todos sus productos cumplan con la normativa federal, con independencia del lugar donde vayan a comercializarse.

⁷¹ *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15.

⁷² El artículo 134.b de la *Liquor Control Act* (R.S.N.B. 1973, c. L-10) castiga la posesión de alcohol no comprado al distribuidor de la provincia. Además, este precepto se completa con el artículo 43.c de la misma norma que limita la posesión, para uso personal, del alcohol comprado fuera de la provincia a doce unidades de cerveza o una botella de licor o vino.

con los Estados Unidos fue una de las razones de ser de la Confederación⁷³, voluntad que desembocó en la adopción del artículo 121 de la Constitución de 1867, precepto que permite la libre admisión de cualquier cultivo, producto o manufactura procedente de cualquier provincia de la Confederación. Este artículo ha sido tradicionalmente interpretado por la jurisprudencia como una prohibición de las barreras arancelarias internas (*custom duties*)⁷⁴, sin que su posible aplicación a las barreras no arancelarias haya tenido mucho recorrido⁷⁵. En *Comeau*, el demandante alegaba que la prohibición de poseer bebidas alcohólicas compradas fuera de la provincia constituía una violación de la libre circulación de mercancías consagrada en el artículo 121, erigiendo una barrera comercial interna. Sin embargo, dicha pretensión fue rechazada por el Tribunal Supremo al considerar este que el artículo 121 no implica un libre comercio absoluto en Canadá, sino que su radio de acción queda limitado a prohibir la imposición de aranceles o medidas de naturaleza análoga⁷⁶. El Tribunal Supremo parece relacionar el contenido de la prohibición que entraña el artículo 121 con una subida directa del precio del bien afectado, de manera que solo quedarían prohibidas aquellas medidas, ya sean arancelarias o no arancelarias, que tengan un impacto directo sobre el precio⁷⁷. En este caso, la restricción contenida en la legislación de Nuevo Brunswick no suponía alteración alguna del precio de las bebidas alcohólicas importadas, sino que consistía en una restricción de volumen a la importación. El Tribunal Supremo validó esta medida en base al principio de federalismo del que extrae la necesidad de salvaguardar el

⁷³ Este tratado otorgaba a las colonias británicas en América del Norte un acceso preferencial al mercado estadounidense (ANKLI, 1971: 2). El mismo era vital para la supervivencia comercial de las colonias, pues años antes el Reino Unido había adoptado una política de libre comercio, terminando con el acceso preferencial al mercado imperial del que gozaban estas. La no renovación del Tratado de Reciprocidad se debió, fundamentalmente, a dos factores, el apoyo de las colonias británicas a los Estados Confederados en la Guerra Civil y el alza en los aranceles a aquellos productos no cubiertos por el Tratado por parte de la Provincia de Canadá.

⁷⁴ En *Gold Seal v Alberta*, [1921] 62 SCR 424, p. 456 se afirma que el objetivo real del artículo 121 es “to prohibit the establishment of customs duties affecting interprovincial trade in the products of any province of the Union.” Esta interpretación fue confirmada en *Atlantic Smoke Shop Ltd v Conlon*, [1943] 4 DLR 8, p. 91, resaltando la importancia de abolir los aranceles internos como parte del acuerdo federal.

⁷⁵ Una interpretación en esta línea fue adoptada, en una opinión concurrente, por el Juez RAND en *Murphy v. C.P.R.*, [1958] S.C.R. 626, p. 642 entendiendo el artículo 121 de la Constitución de 1867 como una prohibición de cualquier tipo de limitación al comercio interprovincial “as if provincial boundaries did not exist”. Esta concepción amplia del contenido del artículo 121 fue seguida por LASKIN en el *Reference re Agricultural Products Marketing*, [1978] 2 S.C.R. 1198, p. 1268. Sin embargo, en ninguno de los dos casos se estimaron las medidas, la negativa a transportar grano de Manitoba a la Columbia Británica y el establecimiento de cuotas a la importación de huevos de otras provincias, como restrictivas del comercio intraprovincial, afirmando su compatibilidad con el artículo 121.

⁷⁶ *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, par. 53. Esta interpretación parece diferir de la que tenían en mente los Padres de la Confederación, los cuales veían el libre comercio como un factor que no solo potenciaría la unidad económica, sino también la política (LAVOIE, 2017: 207-208).

⁷⁷ *Ibidem*, par. 73.

equilibrio del sistema de distribución de competencias⁷⁸, reputando válida las restricciones a la posesión de alcohol comprado fuera de la provincia al considerar que la afectación al comercio interprovincial era meramente incidental, dado que la finalidad principal de la norma provincial era la de controlar la producción y distribución de alcohol en la provincia⁷⁹. Esta argumentación está íntimamente ligada a la consideración sobre el precio antes mencionada, al afirmar el Tribunal que el artículo 121 comprende normas cuyo resultado fuera incrementar el precio del bien importado, pero no los meros efectos incidentales sobre la demanda de bienes procedentes de otras provincias⁸⁰.

La concepción adoptada por el Tribunal Supremo en *Comeau* supone reducir la aplicación del artículo 121 a aquellos casos en los que una norma tenga la finalidad directa y esencial de restringir el comercio interprovincial⁸¹. En cambio, sí deben aceptarse como válidas aquellas medidas que, aun suponiendo una restricción efectiva del comercio interprovincial, forman parte de esquemas legislativos más amplios, teniendo una conexión racional con los mismos, cuya finalidad no sea restringir el comercio sino la de proteger otros bienes jurídicos⁸². Esta decisión, ampliamente criticada en Canadá⁸³, supone adoptar un estándar mucho más restringido que el de *Gold Seal*, aspecto que nos podría llevar a considerar como válidas medidas que, sin tener como finalidad restringir el comercio interprovincial, supongan incidentalmente la creación de una barrera arancelaria. Dicha interpretación supondría, tal como afirma LAVOIE, vaciar de contenido el artículo 121, dejándolo sin efecto⁸⁴.

Esta decisión consagra un tipo de unidad de mercado acorde a los planteamientos de los fundadores y las necesidades del S. XIX, cuyo alcance se reduce a la supresión de las barreras arancelarias entre provincias, sin que ello conlleve una limitación de los poderes regulatorios provinciales en materia comercial. En la decisión del Tribunal Supremo, adoptada por unanimidad, parecen haber pesado los temores ante

⁷⁸ *Ibidem*, párrafos 77-88. De forma ciertamente contradictoria, el TS considera que una interpretación amplia del artículo 121 supondría la creación de un “hiato constitucional” (par. 99), menoscabando el equilibrio federal entre los dos niveles de gobierno, por lo que prima la aplicación de un principio sobre el propio texto constitucional.

⁷⁹ *Ibidem*, párrafos 122-125.

⁸⁰ *Ibidem*, par. 71.

⁸¹ *Ibidem*, párrafos 106 y 114.

⁸² *Ibidem*, párrafos 112-113.

⁸³ A este respecto se pueden consultar las opiniones de MATHEN (PROUDFOOT, 2018), MACFARLANE (2018) o SIROTA (2018), quienes evidencian las contradicciones en las que, a su juicio, incurre el Tribunal Supremo.

⁸⁴ LAVOIE (2018).

las repercusiones políticas que una lectura amplia del artículo 121 hubiera podido tener. Ello hubiera puesto en riesgo las numerosas medidas proteccionistas que existen en Canadá, caso de los esquemas legislativos que imponen cuotas a la comercialización interprovincial de productos agrícolas, así como otras regulaciones que afectan al libre comercio. Una decisión en tal sentido hubiera abierto la puerta a una desregulación del comercio interprovincial que conllevaría graves consecuencias para las finanzas públicas de algunas provincias, puesto que podría haber desembocado en un desvío del comercio (*trade deflection*), dadas las importantes diferencias provinciales en los precios de algunos bienes como el alcohol, la ropa o los productos agrícolas. A pesar de estos riesgos, una interpretación amplia del artículo 121, que rompiera con el paradigma clásico, hubiera sentado la primera piedra para actualizar la Constitución en pos de alcanzar una unión económica verdadera que responda a la realidad económica del S. XXI, en lugar de perpetuar un modelo arcaico caracterizado por el proteccionismo provincial.

La existencia de barreras comerciales internas es una problemática común a todos los sistemas federales⁸⁵, aspecto que en Canadá se ha convertido en un problema crónico como consecuencia de la limitación del alcance del artículo 121 a las barreras arancelarias. Las barreras comerciales internas de carácter no arancelario han sido utilizadas por las provincias como medidas proteccionistas, con la finalidad de restringir la competencia exterior y beneficiar a los productores locales, como fue el caso de la célebre prohibición de la venta de margarina de color amarillo en Quebec⁸⁶. Sin embargo, sería injusto achacar toda la responsabilidad a los ejecutivos provinciales, pues el gobierno federal ha sido cómplice de estas prácticas proteccionistas,

⁸⁵ El trabajo editado por ANDERSON (2012) presenta un análisis de los mercados internos de estados federales como Australia, Canadá, Suiza y los Estados Unidos evaluando su grado de integración y detallando las barreras comerciales internas existentes, así como discutiendo posibles alternativas para corregirlas.

⁸⁶ Durante años, la provincia de Quebec prohibió la venta de margarina de color amarillo en un intento de proteger a los productores de mantequilla de la provincia, quienes se veían amenazados por el bajo precio de la margarina con respecto a la mantequilla. En 1997 la multinacional estadounidense Unilever importó margarina amarilla, siendo esta intervenida por las autoridades provinciales, comenzándose una batalla jurídica sobre la legalidad de la prohibición, que fue declarada constitucional por la Corte de Apelación de Quebec al entender que se encontraba dentro de los poderes provinciales al ser una materia de comercio local. Dos años después, en *UL Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 143, 2005 SCC 10 el Tribunal Supremo confirmó dicha decisión. A finales de 2008, la prohibición fue derogada por el gobierno de Quebec al entender que la misma carecía de sentido debido al reducido consumo de margarina.

posibilitando esquemas regulatorios que imposibilitan el comercio interprovincial de productos lácteos y avícolas⁸⁷.

Si bien las barreras internas se han ido reduciendo progresivamente en los últimos años gracias a la cooperación intergubernamental, hoy en día continúan existiendo en forma de restricciones de carácter técnico en ámbitos como el transporte, la construcción, el etiquetado de productos alimentarios, el mercado eléctrico o los servicios profesionales⁸⁸. Una posible vía hacia la eliminación de estas podría residir en aprovechar el “potencial dormido” de la cláusula *trade and commerce*, cuya redacción en términos amplios permitiría que, a través de la interpretación judicial, se eliminaran los obstáculos al mercado interior⁸⁹. Sin embargo, los tribunales parecen haber interiorizado la necesidad de limitar el alcance de esta cláusula, siguiendo la herencia del *Margarine Reference*, adoptando una interpretación flexible del sistema de distribución de competencias que permita otorgar cierto margen a los gobiernos provinciales para regular sus mercados interiores, salvaguardando la producción local y con ello los ingresos tributarios provinciales, aunque ello suponga limitar parcialmente el libre comercio en el interior de la federación⁹⁰.

La decisión del Tribunal Supremo en *Comeau* puede tener importantes consecuencias para el recién creado mercado del cannabis dado la intención de algunas provincias, como es el caso de Quebec, de homologar la comercialización de cannabis a la de alcohol, estableciendo monopolios provinciales para su venta. Siguiendo la misma lógica, nada impediría que las provincias pudieran establecer medidas que restrinjan la importación de cannabis, siempre que lo hagan a través de esquemas legislativos cuya finalidad principal no sea la de imponer una traba comercial, sino que esta sea un efecto incidental de medidas destinadas a otros fines como, por ejemplo, proteger la salud pública.

Aunque el artículo 121 es un precepto limitativo de los poderes legislativos y no atribuye competencias como sucede con los títulos competenciales de las listas federal y provincial, la validación de las restricciones incidentales del comercio interprovincial supone, indirectamente, una restricción del poder federal de *trade and commerce* al

⁸⁷ DYMOND y MOREAU (2012): 64.

⁸⁸ *Ibid.* 63-71.

⁸⁹ SNEED (1997): 220-221.

⁹⁰ Esta interpretación flexible persigue combinar la diversidad regional con la unidad nacional, favoreciendo la búsqueda de un equilibrio entre las dos esferas competenciales (*Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22, par. 24), aspecto que no sería posible si se adoptara una interpretación amplia de la cláusula *trade and commerce* siguiendo el modelo estadounidense.

permitir que las provincias afecten una materia perteneciente al Parlamento federal. De esta manera, las provincias, con base en su poder de propiedad y derecho civil, pueden afectar incidentalmente el comercio interprovincial. Esta situación es la inversa de la descrita anteriormente, cuando se permite al nivel federal afectar de forma accesoria materias de comercio local. Aunque en ambas situaciones la justificación es la misma: permitir que un nivel de gobierno articule un esquema normativo lo más coherente y completo posible; la finalidad es diferente, pues mientras la actuación federal persigue alcanzar un mayor grado de unidad económica, la otra está dirigida a mantener las medidas proteccionistas provinciales en vigor, aunque ello suponga un menoscabo de la unión económica interna de Canadá.

La segunda vertiente del título de comercio y abasto identificada por el *Privy Council* en *Parsons* es aquella que otorga al Parlamento federal la competencia para legislar sobre las materias que afecten a todo el Dominio, es decir, al conjunto de Canadá. Este precepto apenas ha sido utilizado como base constitucional de atribución de competencias. De hecho, tras su identificación en *Parsons*, el *Privy Council* no volvió a hacer uso del mismo.

Con la excepción de algún caso relativo a marcas comerciales⁹¹, este precepto ha sido rechazado como anclaje constitucional de nuevas competencias federales en materias como la regulación del sector de los seguros o del mercado de valores⁹². No fue hasta 1989 en *General Motors vs City National Leasing* cuando el Tribunal Supremo validó una ley federal con base en el poder general de *trade and commerce*, al admitir una regulación federal en materia de competencia empresarial la cual consideró de aplicación en todo Canadá⁹³. De esta manera, como señala LECLAIR, el TS amplió, de nuevo, la competencia federal de *trade and commerce* expandiéndola también al campo intraprovincial bajo consideraciones de eficiencia dada la, a juicio del Tribunal, imposibilidad de las provincias para regular eficazmente la materia⁹⁴. El Tribunal rechazó la pretensión de Quebec, quien argumentaba que las provincias podían regular de manera eficiente y completa la competencia empresarial dentro sus límites

⁹¹ *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 302, 2005 SCC 65.

⁹² El rechazo de la validez de dicho título competencial para estos sectores se produjo en el anteriormente mencionado *Insurance Reference* y en el *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, respectivamente.

⁹³ *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing* [1989] 1 SCR 641.

⁹⁴ LECLAIR (2003): 426-430.

territoriales⁹⁵. La cuestión problemática reside en cómo determinar y cuantificar esa “incapacidad provincial” para regular una materia, pues la existencia de la misma fue el factor determinante para permitir que la intervención federal afectara al comercio intraprovincial⁹⁶. El carácter de la misma tampoco fue precisado por el Tribunal Supremo, por lo que no está claro si sería suficiente una incapacidad política, por falta de voluntad, o si sería necesario que fuera jurídica al carecer la provincia de los instrumentos necesarios para asegurar el fin pretendido por el legislador federal⁹⁷.

En esta línea, el Tribunal recurrió a un enfoque funcional primando la eficiencia económica por encima de las consideraciones regionales; un aspecto que puede ser problemático a la hora de tratar futuros casos de división de poderes al rechazar que las provincias puedan regular una materia que sea de interés nacional⁹⁸. Detrás de esta pretendida eficiencia se esconde un argumento político más pragmático, si cabe, que el anterior, el cual no es otro que allanar el camino al gobierno federal para cumplir sus compromisos internacionales derivados de los sucesivos acuerdos de libre comercio con los EE.UU.⁹⁹

Esta primacía de la eficiencia y del interés nacional sobre los intereses regionales supone una fuerza centrípeta que redundará en una mayor centralización de la federación. La misma se ha extendido a otros títulos competenciales del campo económico como la banca¹⁰⁰ y la quiebra e insolvencia¹⁰¹. Siguiendo el modelo estadounidense, el Tribunal Supremo ha validado normas federales que entraban en conflicto con regulaciones provinciales bajo la premisa de que el gobierno federal había ocupado totalmente dicho campo, no quedando margen para la acción provincial, en lugar de aplicar el tradicional criterio de la primacía federal para aquellas disposiciones

⁹⁵ *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing* [1989] 1 SCR, pp. 680-682. El Fiscal General de Quebec defendió que la regulación federal debía limitarse al campo interprovincial, que es lo que le faculta el poder de *trade and commerce*, puesto que la provincia podía regular correctamente la misma en el plano interno.

⁹⁶ En *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, pp. 678-686 el Tribunal justificó la “incapacidad provincial” para regular la competencia empresarial en la opinión de reputados académicos que abogaban por la necesidad de una regulación federal común. A mi juicio, este criterio interpretativo entraña sus riesgos, pues podría llevar a afirmar la necesidad de implementar un regulador federal del mercado de valores basada en la incapacidad provincial para desarrollar un sistema común y homogéneo, tal como han propuesto numerosos informes a lo largo de los últimos años.

⁹⁷ LECLAIR (2003): 429.

⁹⁸ SWINTON (1992): 133-137.

⁹⁹ El primero de ellos se firmó en 1988, siendo posteriormente ampliado a Méjico con la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés) en 1994. Vid. HOWSE (1994): 54-59 y LUZ (2000): 35-85.

¹⁰⁰ *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.

¹⁰¹ *Husky Oil Operations v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453.

provinciales que entraban en conflicto directo con otras federales¹⁰². En los casos anteriormente citados, el Tribunal Supremo ha rechazado la compatibilidad de la norma provincial con la federal cuando la primera frustra la voluntad del legislador federal, incluso en el caso de que ambas pudieran aplicarse de manera simultánea.

Un enfoque de estas características podría llevar a expandir el radio de acción del poder federal en el campo económico, dejando inoperativa la competencia provincial en la materia, cuando concurran circunstancias de interés nacional. Dicho interés o dimensión nacional es un criterio subjetivo cuyo uso reiterado puede tener importantes consecuencias negativas para la esfera competencial provincial dejándola, en materia económica, a merced de la voluntad del gobierno federal. A pesar de ello, como se verá posteriormente, el interés nacional y la eficiencia económica no han sido suficientes para atribuir al gobierno federal la competencia sobre el mercado de valores mobiliarios, la cual continúa siendo de titularidad provincial.

Como se ha visto, el título general de *trade and commerce* ha ido evolucionando con la interpretación judicial hasta abarcar un gran número de materias concretas. Estas se encuentran interrelacionadas con el título provincial de propiedad y derechos civiles, completándose uno al otro. Pese a su redacción inicial, el análisis de la práctica interpretativa nos muestra que, en el terreno económico, la federación canadiense ha garantizado la autonomía de las provincias en un grado mucho mayor que el que se observa en los Estados Unidos, Australia, o Alemania. Esta deferencia por las competencias provinciales ha posibilitado un equilibrio entre la eficiencia económica y la integración territorial, combinando la ordenación general de la economía por parte del nivel federal con las especificidades y necesidades de cada provincia.

1.3. La ampliación de la esfera federal a costa de la provincial: el seguro de desempleo

El Parlamento federal también es competente, desde 1940, en materia de seguro de desempleo. Esta materia no estaba contemplada en el diseño constitucional original, siendo la misma atribuida de forma expresa al gobierno federal con la reforma de 1940, que incorporó el artículo 92.2A a la Constitución de 1867¹⁰³.

La competencia sobre el seguro de desempleo era un viejo anhelo del gobierno federal, quien ya había intentado ocupar el campo con anterioridad, viendo truncadas

¹⁰² *Ibíd.*, par. 155.

¹⁰³ *Constitution Act, 1940, 3-4 Geo. VI, c. 36 (U.K.)*.

sus intenciones con la anulación en 1937, por parte del *Privy Council*, de una norma aprobada dos años antes, al entender que dicha competencia se encontraba comprendida dentro del título provincial de propiedad y derecho civil¹⁰⁴.

Esta modificación constitucional fue aprobada por unanimidad a petición del entonces Primer Ministro, MACKENZIE KING, a pesar de las reticencias iniciales de Quebec, provincia que recelaba de la idea de desprenderse de parte de sus competencias¹⁰⁵. La necesidad de adoptar esquemas de protección ante la pérdida del empleo era evidente, pues Canadá se encontraba sumida en plena Gran Depresión y no todas las provincias contaban con programas de protección ante dicha situación de necesidad, siendo estos de alcance muy limitado allí donde existían. Por consiguiente, paliar la grave situación de crisis requería de la implementación efectiva de un sistema de previsión social de tal calado que hacía necesario un esquema unitario a escala nacional, incluso aunque el mismo se encontrara descentralizado regionalmente, por lo que era necesaria la acción del gobierno federal¹⁰⁶. La unanimidad provincial se vio estimulada por las circunstancias económicas, dado que no podían sostener financieramente la puesta en marcha de un programa de dicha naturaleza – especialmente si se tiene en cuenta que en los inicios de la Confederación estas dependían totalmente de las transferencias que recibían del gobierno federal para poder ejercer sus competencias, pues en torno al 80% de los recursos financieros se derivaban de los derechos de aduanas, materia de competencia federal¹⁰⁷–, corriendo el riesgo de que sus ciudadanos quedaran desamparados en un entorno de carestía económica. En consecuencia, esta cesión competencial fue consecuencia de un déficit estructural de la federación canadiense: la infrafinanciación de las provincias a favor del gobierno federal. Por lo tanto, no parece correcto afirmar que la decisión de ceder este campo competencial fuera totalmente libre por parte de las provincias, sino que las mismas se vieron fuertemente condicionadas por su situación financiera y tuvieron que renunciar a parte de su autonomía constitucional ante la imposibilidad fáctica de ejercerla. Fueron las consideraciones de eficiencia económica ante una situación de carestía las que se impusieron, contribuyendo a materializar la voluntad federal de obtener la competencia sobre el seguro de desempleo.

¹⁰⁴ *A.G. Canada v. A.G. Ontario (Unemployment Insurance)* [1937] A.C. 377 (Insurance Reference).

¹⁰⁵ MONAHAN, SHAW y PADRAIC (2017): 254.

¹⁰⁶ GUEST (2003): 105-107.

¹⁰⁷ NOËL (2009): 279.

La atribución al nivel federal de la competencia sobre el seguro de desempleo a través del artículo 92.2A tuvo el efecto de desgajar la porción relativa a este del título provincial de propiedad y derecho civil, pasando dicha materia a formar parte de la esfera federal de competencias.

El alcance de la cesión competencial realizada por las provincias en 1940 ha sido objeto de controversia judicial en lo relativo a las prestaciones por maternidad y paternidad¹⁰⁸. A comienzos de la década de los 2000 y tras varias negociaciones infructuosas con el gobierno federal, Quebec intentó poner en marcha su propio programa de prestaciones por maternidad y paternidad, cuestionando la competencia federal sobre dichas materias, al entender que estas quedaban fuera del alcance del título federal sobre seguro de desempleo. Quebec basaba su argumento en que las mismas no fueron contempladas en el momento de la cesión, y que, además, no podían entenderse como subsumidas dentro del seguro de desempleo pues no suponen una cobertura contra la pérdida del empleo sino una compensación por la interrupción del mismo por motivos familiares, materia que debía encuadrarse dentro de la competencia provincial sobre asistencia social¹⁰⁹.

Inicialmente, la provincia obtuvo un pronunciamiento favorable a sus tesis por parte de la Corte de Apelación de Quebec, para quien la legislación federal relativa a estos beneficios era *ultra vires*, no encontrándose la misma amparada por el artículo 91.2A¹¹⁰. Esta decisión fue revertida por el Tribunal Supremo, quien, aun reconociendo que los beneficios por maternidad no son *stricto sensu* compensación por desempleo, rechazó los argumentos esgrimidos por la provincia francófona, al entender que el objetivo principal de la prestaciones por maternidad y paternidad es el de asegurar los ingresos de los trabajadores en dicha situación ante una interrupción de su relación laboral¹¹¹. De igual modo, el TS también rechazó que la competencia federal sobre el seguro de desempleo deba circunscribirse a la concepción que se tenía del mismo en 1940, pues es necesario adaptar su significado a la realidad actual, adoptando una visión

¹⁰⁸ Téngase en cuenta que esta materia se encuentra circunscrita a la prestación económica que recibe el trabajador en dicha situación, no al periodo de descanso a disfrutar que es indudablemente de competencia provincial al estar integrado dentro de la competencia sobre relaciones laborales incluida en el título sobre propiedad y derecho civil del artículo 92.13. La relación entre ambos ha sido considerada por el TS como un mero efecto secundario, insuficiente para quebrar la competencia provincial en la materia. Vid. *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, párrafos 29-33.

¹⁰⁹ *Ibid.*, par. 6.

¹¹⁰ *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 399, 245 D.L.R. (4th) 515 (QC CA).

¹¹¹ *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, párrafos 34-35.

dinámica de la Constitución a través de la doctrina del árbol vivo (*living tree* o *living instrument*)¹¹².

La interpretación evolutiva del significado del término *employment insurance* que llevó a cabo el Tribunal Supremo supuso la expansión de la porción competencial desgajada en 1940 del título provincial de propiedad y derecho civil, incorporando a este una nueva materia: las prestaciones en casos de maternidad y paternidad. Aunque no puede considerarse que esta decisión haya supuesto una reducción de la esfera competencial provincial, pues dicha materia se ha generado directamente en la federal, sí que vienen a confirmarse las reticencias de Quebec a la hora de aceptar la cesión de la competencia en 1940, cuyo impacto ha sido mayor del estimado en aquel momento.

1.4. La vis expansiva del derecho penal

La competencia federal sobre derecho penal ha sido interpretada por los tribunales de manera amplia hasta convertirse en un título sustantivo de competencias que va más allá de la ley penal en sentido estricto.

El *Privy Council* interpretó el título sobre derecho penal siguiendo un criterio formalista. En consecuencia, para que una norma fuera válida a la luz de dicho título, debía contener una prohibición que llevará aparejada una pena, todo ello con una finalidad penal¹¹³. Este último requisito ha sido interpretado de manera flexible por el Tribunal Supremo, expandiendo de manera exacerbada la competencia federal con base en el título sobre derecho penal¹¹⁴, permitiendo la regulación federal de materias como la ordenación de determinados juegos de azar¹¹⁵, la prohibición de la discriminación de precios¹¹⁶ y las prácticas anticompetitivas¹¹⁷, la contaminación industrial¹¹⁸ o la propiedad y registro de armas de fuego¹¹⁹.

El Tribunal Supremo también ha considerado admisible que el Parlamento federal persiga fines penales mediante regulaciones parciales y/o accesorias. Ello ha sucedido en los casos de la prostitución y el tabaco, donde se ha prohibido la publicidad

¹¹² *Ibíd.*, párrafos 10 y 45-47.

¹¹³ Estos requisitos fueron establecidos en *Reference Re: The Combines Investigation Act [1931] AC 310 (P.C.)* y *The Canadian Federation of Agriculture v The Attorney-General of Quebec and others [1950] UKPC 31, [1951] AC 179*, respectivamente.

¹¹⁴ MONAHAN y SHAW (2013): 354.

¹¹⁵ *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89.

¹¹⁶ *B.C. (A.G.) v. Canada (A.G.) [1937] A.C. 386 (P.C.)*.

¹¹⁷ *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. et al. v. T. Eaton Co. Ltd. et al.*, [1956] S.C.R. 610.

¹¹⁸ *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213.

¹¹⁹ *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783.

de la actividad, pero no la misma en sí¹²⁰. De esta manera, en *RJR-MacDonald*¹²¹, el Tribunal Supremo validó una norma federal que prohibía la publicidad del tabaco, así como su venta, en caso de que no cumpliera con ciertos requisitos de etiquetado relativos a advertir sobre su carácter nocivo para la salud. Con ello el gobierno federal obtenía la capacidad de normar sobre la venta de tabaco, con independencia de que la misma fuera de carácter exclusivamente local, materia que es de titularidad provincial. Este expansionismo federal se vio frenado en el *Reference re Assisted Human Reproduction Act*¹²², en el que el Tribunal anuló algunas disposiciones relativas a la investigación y la práctica de tratamientos de fertilidad al considerar que las mismas tenían naturaleza regulatoria y no penal. Dado que no introducían una prohibición, las mismas no podían justificarse al amparo del título de derecho penal. En cambio, sí que fueron respaldadas las prohibiciones sobre la clonación y el negocio de vientres de alquiler. Por lo tanto, parece que la mayoría del TS tiende a limitar la ley penal a los esquemas normativos que contienen una restricción de la voluntad, una prohibición, quedando fuera de la misma aquellos que son meramente regulatorios sin llevar sanción aparejada al incumplimiento.

La falta de unanimidad en estas decisiones sugiere que el título sobre derecho penal no está agotado¹²³, encontrándose su alcance definitivo pendiente de ser perfilado por el Tribunal Supremo. La despenalización de la producción y consumo de marihuana anunciada por el gobierno federal puede configurarse como un buen termómetro del estado de la cuestión. Resta por ver cómo se conjugará la intención del gobierno federal, articulada a través de la Ley C-45¹²⁴, de regular la producción, distribución y venta de cannabis dentro de los supuestos despenalizados¹²⁵, quedando la ordenación del comercio local de dicha sustancia bajo competencia provincial al ser considerada

¹²⁰ *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* [1995] 3 SCR 199, párrafos 50-51. Vid. *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (*Prostitution Reference*).

¹²¹ Op. Cit.

¹²² *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457.

¹²³ WEBBER (2014): 188.

¹²⁴ Bill C-45. *An Act respecting cannabis and to amend the Controlled Drugs and Substances Act, the Criminal Code and other Acts*, First Session, Forty-second Parliament, 64-65-66 Elizabeth II, 2015-2016-2017. Dicho proyecto de ley atribuye al gobierno federal la regulación general de la sustancia con base en el derecho penal al considerar que la misma es peligrosa para la salud. Asimismo, prohíbe la importación y exportación de la misma bajo la cláusula *trade and commerce*.

¹²⁵ En este sentido, el Tribunal Supremo ya advirtió en *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, par. 72 contra la utilización del título de derecho penal para regular la venta de una sustancia cuya posesión, importación y/o producción haya sido despenalizada.

comercio local¹²⁶, en aquellos puntos de conflicto donde se superponga legislación federal y provincial¹²⁷.

1.5. El interés nacional como elemento vertebrador de los campos del transporte, las comunicaciones y la energía

La principal fuente de poder federal en el campo del transporte y las comunicaciones no está recogida en la lista federal, sino en la provincial. El artículo 92.10 de la Constitución de 1867 atribuye a las provincias la competencia exclusiva sobre obras e instalaciones, siempre que la misma no se encuadre dentro de las excepciones contempladas en el mismo artículo. Estas excepciones son títulos exclusivos de competencias que pertenecen al nivel federal. Por lo tanto, el poder federal se configura como una excepción a la regla general que es la regulación provincial de la materia¹²⁸.

En virtud de las excepciones recogidas en las letras a y b del artículo 92.10, el Parlamento federal goza de competencias en toda materia relacionada con el transporte interprovincial o internacional. Entre estas materias destacan los ferrocarriles, canales, puentes, telégrafos, así como algunos medios caídos en desuso como los transportes a vapor. La aparición de nuevas invenciones e innovaciones en el campo del transporte ha conllevado una ampliación de los poderes federales gracias a la labor jurisprudencial como es el caso de la telefonía o los oleoductos.

La interpretación del artículo 92.10 que ha realizado el Tribunal Supremo ha contribuido a potenciar la competencia federal en detrimento de la esfera provincial en este tipo de materias. La doctrina del Tribunal ha estimado que, en caso de que haya una conexión federal en la naturaleza o en la finalidad de la obra o empresa en cuestión, la misma debe reputarse bajo competencia federal con independencia de que se encuentre localizada íntegramente en una sola provincia. Siguiendo dicha doctrina, el Tribunal ha encasillado bajo competencia federal tanto una refinería de gas que se encuentra en una

¹²⁶ Dentro de la regulación intraprovincial, los gobiernos provinciales han anunciado que legislaran sobre materias como la edad mínima de consumo (fijada en 19 años, salvo en Alberta y Quebec que se reduce a 18), la posibilidad del auto-cultivo (prohibido en Manitoba y Quebec) o los lugares donde se permitirá el consumo, introduciendo un alto grado de asimetría en la materia.

¹²⁷ Un posible elemento de conflicto, el cual seguramente acabará dirimiéndose en los tribunales, puede residir en la intención de Quebec –la única provincia en haber mostrado tal deseo y la que persigue una regulación más estricta– de restringir la posesión de cannabis en un lugar privado (generalmente el domicilio) a 150 gramos, yendo más lejos que la norma federal que únicamente contempla restricciones a la posesión en vía pública, en este caso, limitada a 30 gramos.

¹²⁸ *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407, par. 31.

única provincia en base a que la finalidad del gas era ser transportado a través de gaseoducto interprovincial hacia otras partes del país¹²⁹, como una compañía telefónica provincial dada su recepción y emisión de señales en los límites de la provincia¹³⁰.

Al igual que ha sucedido en el ámbito económico, el Tribunal Supremo parece dar marcha atrás en su amplia interpretación del título federal sobre transporte estableciendo una diferencia con respecto al campo de las comunicaciones. En claro contraste con su doctrina tradicional, donde la naturaleza del transporte definía que la competencia fuera federal o provincial, siendo un aspecto secundario el traslado físico de bienes más allá de los límites territoriales de una provincia, el TS ha pasado a considerar definitivo este último aspecto¹³¹. Con base en este criterio y rompiendo con su doctrina clásica, ha considerado que la competencia federal no debe extenderse a establecimientos cuya actividad relacionada con materia federal supone una parte minoritaria de su volumen de actividad, o bien no existe una unión integral entre la misma y una empresa federal¹³².

El artículo 92.10 incluye una previsión final, la letra c, que permite al Parlamento de Ottawa declarar la titularidad federal de ciertas obras o establecimientos, inicialmente bajo competencia provincial, cuando considere que son de especial interés para Canadá o para más de una provincia con independencia de que las mismas se

¹²⁹ Dicha decisión fue adoptada en *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322, si bien la jueza MCLACHLIN disienta al entender que solo procedía considerar federal aquella obra que estuviera integrada funcionalmente en una materia federal de manera que perdiera su carácter provincial. En dicho caso, solo procedía la catalogación de la competencia como federal si la refinería formaba una parte integral de los gaseoductos interprovinciales.

¹³⁰ En *Alberta Government Telephones v. (Canada) Canadian Radio-television and Telecommunications Commission* [1989] 2 SCR 225 el Tribunal entendió que, si bien la mera interconexión con las redes de las provincias limítrofes no era suficiente para determinar el carácter federal de AGT, sí lo era la prestación a sus clientes de servicios interprovinciales dados los acuerdos que tenía con otras empresas del sector. Ello suponía que AGT desempeñaba un rol importante en el mercado de telecomunicaciones canadiense y, por tanto, debía quedar sujeta a regulación federal.

¹³¹ *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407, párrafos 85-99. En el voto particular, el juez BINNIE ponía de manifiesto la contradicción entre esta sentencia y *Alberta Government Telephones v. (Canada) Canadian Radio-television and Telecommunications Commission* [1989] 2 SCR 225, pues ante situaciones sustancialmente similares se llegaba a conclusiones diferentes, aceptando la competencia provincial sobre una empresa al no realizar esta el traslado físico de la carga, aunque sí ofrecía servicios de naturaleza interprovincial.

¹³² En *Tessier Ltée v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 2012 SCC 23, [2012] 2 S.C.R. 3 el Tribunal afirmó que al ser la actividad desarrollada por la empresa –alquiler de maquinaria pesada y transporte por carretera de la misma– fundamentalmente local, la misma debe considerarse bajo competencia provincial pese a que también desarrollase actividades de transporte interprovinciales. En *United Transportation Union v. Central Western Railway Corp* [1990] 3 SCR 1112, el Tribunal estimó bajo regulación provincial una línea ferroviaria íntegramente situada en Alberta pero unida a la red de la empresa federal *Canadian National Railway* al no haber suficiente integración funcional en la misma como para catalogarla de competencia federal.

sitúen únicamente en el territorio de una de ellas¹³³. En este precepto sí que es posible observar un gran potencial centralizador, pues permite al Parlamento federal apropiarse de obras locales de competencia provincial de manera unilateral¹³⁴. A través de esta previsión constitucional, el constituyente otorgó al Parlamento federal un poder declaratorio mediante el cual puede asumir la competencia exclusiva sobre ciertas obras, establecimientos o instalaciones de carácter local cuando lo considere ventajoso para el interés general de la Confederación. LAJOIE recopila en su obra un mínimo de 470 usos de este poder declaratorio por parte del gobierno federal¹³⁵. Aunque la mayor parte de los mismos se refieren a ferrocarriles locales, se pueden encontrar casos de canales, puentes, minas, teatros, presas o incluso restaurantes. La multitud de obras y establecimientos sobre los cuales se ha arrogado competencia el Parlamento federal es producto de la vaga redacción del precepto, aspecto que ha permitido una expansión de la competencia federal a costa de la esfera competencial provincial. Esta *vis* expansiva de la esfera competencial federal ha sido reforzada por la labor de los tribunales, pues nunca se ha anulado una declaración del Parlamento federal al respecto¹³⁶.

La noción del interés general de Canadá no ha sido controlada materialmente por los tribunales, limitándose los mismos a un control formal¹³⁷. De hecho, los tribunales interpretan la declaración como dispositiva, no entrando nunca a valorar la oportunidad o necesidad de la misma¹³⁸. Por lo tanto, una mera invocación del mismo a la hora de utilizar el poder declaratorio es suficiente para salvaguardar la validez de la norma en la que se efectúa dicha declaración¹³⁹. En *Ontario Hydro*¹⁴⁰ el Tribunal Supremo validó el sometimiento de los empleados de las centrales nucleares de *Ontario Hydro* a la normativa laboral federal, pese a que eran empleados por una empresa provincial que limitaba su acción al territorio de Ontario. Dicha decisión se fundamentaba en el hecho de que las centrales nucleares habían sido declaradas de interés general para Canadá por la *Atomic Energy Act*. El Tribunal consideró que, dada la especial cautela que se debe

¹³³ Estas obras, establecimientos o instalaciones no se limitan al campo del transporte o las comunicaciones, sino que se extienden a cualquier elemento tangible como un elevador de grano. Vid. *Jorgenson v. Attorney General of Canada*, [1971] S.C.R. 725.

¹³⁴ LAJOIE (1969): 23.

¹³⁵ *Ibid.*, 123-151.

¹³⁶ HOGG (2007): 22-16.

¹³⁷ MONAHAN y SHAW (2013): 395.

¹³⁸ LAJOIE (1969): 70-72.

¹³⁹ Nótese que no se requiere, jurídicamente, justificación alguna del uso de dicho poder. En el campo político ha variado según el caso, siendo las provincias más reticentes al uso del mismo en el último tramo del S. XX.

¹⁴⁰ *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327.

tener con este tipo de energía, el control federal debía extenderse al control sobre la operación y la gestión de las centrales¹⁴¹. Esta decisión constituye un buen ejemplo del expansionismo de la competencia federal propiciado por el artículo 92.10.c de la Constitución de 1867. Gracias al mismo, el TS ha permitido que el gobierno federal extienda su competencia no solo a las instalaciones atómicas –cuya relevancia para el conjunto de Canadá es innegable dada su propia naturaleza–, sino a un aspecto secundario de las mismas como es el régimen laboral de sus empleados¹⁴².

Este incremento de las competencias federales de manera unilateral a costa de las provinciales, posibilitado por el artículo 92.10.c, es contrario a la idea de *shared rule* y no subordinación propios del modelo federal, no siendo el mismo recogido en otras constituciones de su tiempo. Ni la Constitución de EE.UU., paradigma del federalismo, ni la de un estado de tradición británica como Australia recogen preceptos similares o comparables¹⁴³. Ello pone de relevancia, de nuevo, la voluntad de los Padres de la Confederación, y especialmente de MACDONALD, de asegurar un gobierno central fuerte en Canadá¹⁴⁴.

Producto de esta mala relación con el principio de federalismo fue la intención de reforma del mismo en la ronda constitucional de Charlottetown. En dicho acuerdo, se incluía una previsión de reforma que exigía el consentimiento explícito de las provincias afectadas para poder aprobar nuevas declaraciones¹⁴⁵. Las declaraciones aprobadas con anterioridad mantenían su total vigencia, aunque podían ser rescindidas previo acuerdo entre los dos parlamentos afectados, el federal y el de la provincia en cuestión. El fracaso de dicho acuerdo constitucional frustró cualquier reforma del poder declaratorio del artículo 92.10.c, si bien puso de relevancia la voluntad de los gobiernos provinciales de poner fin a la acción unilateral federal que permite el mismo. La reforma de este precepto, el cual se encuentra actualmente en desuso pues fue invocado por última vez en 1987¹⁴⁶, suponía supeditar la declaración al consentimiento provincial, eliminando el carácter unilateral del mismo, con el objetivo de proteger los intereses provinciales. El poder declaratorio es un instrumento que dota de flexibilidad al modelo federal

¹⁴¹ *Ibid.* p. 367.

¹⁴² Salvo en lo relativo a este tipo de excepciones, la regulación laboral es de titularidad provincial en virtud de la cláusula residual de propiedad y derecho civil en la provincia.

¹⁴³ LAJOIE (1969): 22 identifica preceptos similares en Constituciones de diversos estados, si bien únicamente siguen vigentes los de Austria y la India.

¹⁴⁴ MACDONALD fue quien introdujo el poder declaratorio en la Conferencia de Quebec de 1864, quedando el mismo recogido en la resolución 29.11 de dicha Conferencia.

¹⁴⁵ Acuerdo de Charlottetown, 1992, apartado 39.

¹⁴⁶ *Teleglobe Canada Reorganization and Divestiture Act* S.C. 1987, c. 12.

canadiense y que tuvo gran importancia en los orígenes de la Confederación como soporte a los títulos del comercio y el transporte¹⁴⁷, por lo que no parece deseable su total abolición, si bien una reforma en los términos planteados en Charlottetown es necesaria para una correcta preservación de los intereses provinciales. Recientemente, este poder ha vuelto a ponerse de actualidad dado que se ha sugerido la invocación del mismo para garantizar la construcción de dos grandes oleoductos y así sortear las reticencias medioambientales de algunas provincias, fundamentalmente Quebec y la Columbia Británica¹⁴⁸.

2. LA CLÁUSULA RESIDUAL A FAVOR DE LA FEDERACIÓN

2.1. Naturaleza y significado

Tal como se ha señalado, el artículo 91 está encabezado por la cláusula residual de competencias a favor de la federación, la cual versa de la siguiente manera:

It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

Este mecanismo fue diseñado para actuar como cláusula de cierre del sistema, asignando al Parlamento federal todas aquellas materias que no se encuentran expresamente recogidas en la lista provincial del artículo 92 de la Constitución de 1867. El origen del mismo se remonta a la *Union Act* de 1840, en la que se unificaban las provincias del Bajo y Alto Canadá en una sola¹⁴⁹. En el artículo III de la misma se atribuía un poder general para legislar bajo la fórmula “*peace, welfare and good government*”. Esta línea fue continuada en la resolución 28 de la Conferencia de Quebec (1864), si bien en aquel momento se restringió el mismo a aquellas materias que no formaran parte de la lista provincial. MACDONALD justificó la idoneidad de esta cláusula de cierre en los debates previos a la Confederación, resaltando la necesidad de reforzar el poder del Parlamento federal asegurando que la Confederación fuera un gobierno para un pueblo, en lugar de cinco pueblos con cinco gobiernos¹⁵⁰. Con posterioridad a la

¹⁴⁷ En virtud de este título se declararon de interés nacional los puentes y canales sobre los Grandes Lagos y el río San Lorenzo, los cuales tenían una importancia capital para el comercio y el transporte en la región.

¹⁴⁸ HÉBERT (2017). Finalmente, el gobierno federal optó por comprar el oleoducto para asegurar su construcción, evitando rescatar del desuso el poder declaratorio del artículo 92.10.

¹⁴⁹ *Union Act, 1840. 3 & 4 Vict., c. 35 (U.K.)*.

¹⁵⁰ WAITE (1963): 48.

Conferencia de Londres de 1866, la misma mutó a “*peace, order and good government*” adoptándose dicha formulación en el texto constitucional de 1867.

La existencia de una cláusula residual a favor del nivel federal constituye otra de las peculiaridades del modelo canadiense al apartarse del canon clásico del federalismo estadounidense. En la Constitución americana de 1787, el poder residual se encuentra en manos de los estados, enumerándose los poderes del gobierno federal¹⁵¹. La Constitución de Australia, el otro modelo federal basado en el sistema de Westminster, también siguió la tradición estadounidense atribuyendo los poderes residuales al nivel estatal¹⁵². Esta decisión se basó en la imposibilidad de detallar los poderes de los estados, dada su amplitud, así como de asegurar el poder que los mismos ya venían detentando¹⁵³. La atribución a los estados del poder residual era vista por MACDONALD como “una de las debilidades del sistema estadounidense” al suponer esta un debilitamiento del poder central¹⁵⁴. Estas impresiones del que sería primer presidente de la Confederación van en línea con su apuesta inicial por un modelo de unión legislativa en lugar de un sistema federal. Una vez quedó clara la apuesta por este último, MACDONALD unió fuerzas junto con los ministros de la Oficina Colonial para intentar introducir elementos centralizadores, siendo la cláusula POGG uno de ellos.

El alcance de la cláusula POGG quedó definido jurisprudencialmente por primera vez en relación con la problemática de la prohibición de venta de bebidas alcohólicas en la federación conocida como *Local Prohibition Case*¹⁵⁵. El Parlamento de Ontario había aprobado la *Local Option Act*, la cual era prácticamente idéntica en contenido a la *Canada Temperance Act*, una ley federal que tenía como objetivo establecer una legislación uniforme en todo el Dominio en relación con la prohibición de venta de bebidas alcohólicas¹⁵⁶. Para el juez Lord WATSON, el uso del poder residual debía quedar confinado a aquellas materias no enumeradas en el artículo 92 –aquellas

¹⁵¹ La enumeración de los poderes de la federación se encuentra en la sección octava del artículo primero, mientras que la décima enmienda, introducida en 1791, contiene la cláusula residual a favor de los estados. Sobre la tensión entre federación y estados, así como la labor de interpretación del Tribunal Supremo se puede consultar la obra de RYAN (2012), en particular, la parte primera de la misma.

¹⁵² La Constitución Australiana de 1901 enumera las competencias de la federación en los artículos 51 y 52, encontrándose la cláusula residual a favor de los estados en el artículo 107.

¹⁵³ ARONEY (2009): 273.

¹⁵⁴ WAITE (1963): 47.

¹⁵⁵ Formalmente denominado *The Attorney General for Ontario v The Attorney General for the Dominion of Canada, and the Distillers and Brewers' Association of Ontario* [1896] UKPC 20, [1896] AC 348, P.C.

¹⁵⁶ Dado el conflicto entre la ley federal y la provincial, el juez WATSON llegó a la conclusión de que ambas leyes no podían aplicarse a la vez en el mismo lugar, pues eran incompatibles entre sí, siendo la solución la aplicación de la federal en caso de conflicto.

que no sean de competencia exclusiva provincial— que sean de importancia incuestionable para Canadá y que no menoscaben la legislación provincial en relación con materias de la lista provincial. Para WATSON, cualquier otra interpretación que se diera al poder residual supondría prácticamente destruir la autonomía de las provincias, pues ello podría resultar en permitir que el Parlamento de Canadá legislara para todo el Dominio en relación con todas las materias de la lista provincial, vaciando totalmente la esfera competencial de las provincias. Con este razonamiento, el *Privy Council* iniciaba la restricción del alcance de la cláusula POGG, la cual caracterizaba como un precepto de naturaleza residual, rechazando su uso como poder general para legislar. Sin mencionarlo, WATSON estaba sentando las bases de la rama del interés nacional que se abordará posteriormente.

La catalogación como cláusula o poder residual del inciso inicial del artículo 91 ha sido cuestionada por autores como ABEL o LASKIN, quien posteriormente sería presidente del Tribunal Supremo¹⁵⁷. Dicha crítica argumenta que la cláusula POGG constituye la esencia del poder federal, no siendo la enumeración de las materias más que un ejemplo de la articulación de dicho poder. Esta línea de pensamiento encuentra su base en una interpretación literal del artículo 91, de manera que corresponde a la federación todo aquello no expresamente atribuido a las provincias. Por lo tanto, siguiendo esta tesis, la fórmula POGG entrañaría un poder general federal para legislar, quedando la enumeración de materias en un lugar secundario como meras aclaraciones de dicho poder. Esta concepción es muy discutible, puesto que parece no prestar atención a la posibilidad de que varias de las materias de la lista federal pudieran encuadrarse dentro de títulos competenciales de la lista provincial. Como se analizó anteriormente, la lista federal incluye materias como la banca, la regulación del comercio o el matrimonio. Si no existiera dicha lista, ¿qué razón habría para que dichas materias no fueran contenidas dentro de los títulos provinciales de propiedad y derechos civiles o del relativo al matrimonio? La concepción del inciso inicial del artículo 91 como un poder general, en lugar de como cláusula residual, debería tener la consecuencia de reducir la esfera competencial federal a favor de la provincial; circunstancia que parece justo la contraria de la pretendida por los defensores de dicho poder general. LEDERMAN es de esta opinión, resaltando que la lista federal no es una mera ilustración de la capacidad legislativa federal en base a un poder genérico, sino

¹⁵⁷ ABEL (1968): 10. LASKIN (1947): 1057.

que tiene “entidad propia como resultado de una necesidad histórica”¹⁵⁸. Esta necesidad consistía en deslindar una pluralidad de materias de la competencia provincial de propiedad y derecho civil donde hubieran ido a parar la mayoría de los títulos enumerados en la lista federal.

La discusión doctrinal en torno a la caracterización del inciso inicial del artículo 91 de la Constitución de 1867 como cláusula residual o como poder general se deriva de su confusa redacción. Tras la fórmula anteriormente citada, el artículo 91 introduce la lista de poderes federales, los cuales se incluyen “para mayor certeza (*for greater certainty*), pero sin la finalidad de restringir la generalidad de los términos mencionados”.

La expresión “*for greater certainty*” ha influido en aquellos que caracterizan la cláusula como un poder general, resultando en la concepción del elemento declarativo de dicho artículo, la lista, como una mera ilustración. Esta idea llevaría a pensar que, dada su condición de accesorio, la ausencia de la lista federal no habría variado la atribución de los títulos competenciales en ella enumerados al nivel federal. Como se ha resaltado antes, esta afirmación parece fuera de la realidad, puesto que sin ella sería imposible entender la amplitud de la esfera competencial federal. La confusión provocada por la locución “*for greater certainty*” no es tal si se tiene en cuenta la intención de los Padres de la Confederación, así como el texto de las resoluciones acordadas en las Conferencias de Quebec (1864) y Londres (1866)¹⁵⁹. En las mismas se contenían precisiones que delimitaban las competencias de los parlamentos provinciales, poniendo de manifiesto su relación con los poderes del nivel federal¹⁶⁰. Sin embargo, por razones que se desconocen, las mismas fueron eliminadas en la redacción de la Constitución de 1867.

Por lo tanto, la lista competencial federal tiene significado propio, no siendo un mero ejemplo de competencias encasilladas bajo un poder general para legislar, sino una aclaración necesaria para dar certeza con respecto a determinadas materias. Sin la especificación de dichas materias en la misma, no sería posible atribuirles al Parlamento federal, pasando estas a la esfera de competencias de las provincias dentro del título de propiedad y derechos civiles. De lo anterior se evidencia que la cláusula POGG del

¹⁵⁸ LEDERMAN (1976): 38.

¹⁵⁹ La resolución 41.15 de la Conferencia de Londres establecía que “*The Local Legislatures shall have power to make the following laws respecting the following subjects:*

(15) *Property and civil rights (including the solemnization of marriage), excepting portions thereof assigned to the General Parliament*”

¹⁶⁰ LYSYK (1979): 539-540.

inciso inicial del artículo 91 debe entenderse como un poder residual, y no general, para legislar sobre aquellas materias que no hayan sido expresamente atribuidas a las provincias. En consecuencia, la amplitud del poder residual a favor de la federación dependerá de lo amplios que se entiendan los títulos competenciales de las provincias.

La existencia de una cláusula residual a favor del gobierno federal, la cual se deriva de las ya mencionadas intenciones de asegurar un ejecutivo central fuerte por parte de la Oficina Colonial, no implica necesariamente una mayor centralización de la federación canadiense con respecto a EE.UU. o Australia. Dicha cláusula tiene la finalidad de dotar al sistema de un mecanismo de cierre. Es decir, cualquier materia que no se encuentre dentro de la esfera de competencia provincial lo estará automáticamente dentro de la federal, no quedando áreas donde ningún orden de gobierno es competente ni, a priori, zonas de competencia compartida o concurrente.

Además, la fuerza centralizadora de la cláusula POGG se ha visto mitigada por la presencia de una cláusula residual a favor de los parlamentos provinciales. El diseño constitucional concibió el artículo 92.16 como el que debía realizar dicha función, quedando bajo titularidad provincial cualquier materia de naturaleza meramente local o privada en la provincia. A sensu contrario, ABEL defiende la inexistencia de poderes residuales en la Constitución de 1867 afirmando que ambos preceptos suponen una distribución las materias residuales entre los dos niveles de gobierno¹⁶¹. Su mismo argumento puede ser visto desde otro ángulo si se afirma que existen dos cláusulas residuales: una en el artículo 91, para el gobierno federal, y otra en el 92, para los provinciales. Aunque ambas afirmaciones son dos caras de la misma moneda, la práctica constitucional ha resultado en la irrelevancia del artículo 92.16. Sin embargo, ello no significa la desaparición de la cláusula residual provincial siendo dicha función desarrollada por el artículo 92.13, la competencia sobre propiedad y derechos civiles, como se tratará posteriormente.

La práctica constitucional ha matizado este modelo de competencias exclusivas en favor de una mayor interacción entre los dos niveles de gobierno. De esta manera, será la configuración constitucional de las materias que forman parte de la lista provincial la que determine la fuerza centralizadora de la cláusula POGG. Esta cláusula no es más que un mecanismo de atracción para aquellas materias que no encuentren acomodo en los títulos competenciales provinciales. Cuanto más amplios se entiendan

¹⁶¹ ABEL (1968): 1.

estos, más materias podrán encuadrarse dentro de los mismos y menor campo de acción tendrá la POGG.

A pesar de la amplitud de los términos en que está redactada, desde tiempos del *Privy Council* la interpretación judicial mantuvo una concepción restrictiva de la cláusula POGG, acotando su alcance a las tres situaciones o ramas que se detallan a continuación¹⁶². Esta concepción restrictiva tenía la intención de salvaguardar la autonomía provincial, aspecto que no estuvo exento de críticas entre aquellos que pensaban el *Privy Council* había desnaturalizado la Constitución, provocando el efecto contrario al pretendido por los fundadores en 1867¹⁶³.

2.2. La POGG como poder puramente residual

La primera de estas funciones es la puramente residual, es decir, aquella relativa a la existencia de lagunas o vacíos constitucionales en el sistema de distribución de competencias. La idea detrás de esta rama de la cláusula POGG es que la misma integra todas aquellas materias que no han sido expresamente atribuidas a las provincias.

Dentro de esta rama, podemos diferenciar dos situaciones distintas. La primera de ellas sucede cuando la Constitución contempla el aspecto provincial de una materia, asignando a los Parlamentos provinciales dicha competencia, pero guarda silencio en el aspecto federal. Este es el caso de la incorporación de compañías con objeto provincial del artículo 92.11 de la Constitución de 1867. Dicho precepto atribuye a las provincias una competencia de ámbito exclusivamente provincial, no existiendo una disposición comparable para aquellas compañías cuyo objeto es federal. Confrontado con este problema, el *Privy Council* entendió que se estaba ante un vacío constitucional que era llenado por la cláusula POGG, dentro de la cual se contenía la competencia sobre compañías cuyo objeto excediera el carácter meramente provincial¹⁶⁴. Algo parecido sucede en relación con el ya descrito poder para implementar tratados. La Constitución recoge en su artículo 132 la competencia relativa a las obligaciones que se derivaran para Canadá de aquellos tratados celebrados por el Imperio. En el *Radio Reference*, el *Privy Council* identificó un vacío en relación con las obligaciones de Canadá como nuevo sujeto de derecho internacional, asignando la competencia al Parlamento federal

¹⁶² MONAHAN (2006): 254.

¹⁶³ SCOTT (1937): 488.

¹⁶⁴ Esta doctrina comenzó en *The Citizens Insurance Company of Canada and The Queen Insurance Company v Parsons* [1881] UKPC 49, [1881] 7 A.C. 96 P.C., teniendo continuación la misma en *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330.

en virtud de la cláusula POGG¹⁶⁵. Sin embargo, como se trató anteriormente, solo cinco años más tarde el *Privy Council* se desdijo en *Labour Conventions* optando por un enfoque totalmente distinto, negando la existencia de una competencia general en materia de implementación de tratados¹⁶⁶.

Siguiendo esta misma línea, el Tribunal Supremo atribuyó al Parlamento federal la competencia sobre los recursos minerales *offshore* –frente a la costa–, puesto que el artículo 92A únicamente contempla como de competencia provincial aquellos que se encuentren dentro del territorio de las mismas. Al no existir previsión constitucional alguna relativa a este tipo de casos, la misma debe asignarse al nivel federal en virtud del poder residual¹⁶⁷. En esta materia, coexisten dos vacíos constitucionales, uno concerniente a la no regulación de los recursos *offshore* y otro en lo referente a la actuación extraterritorial de las provincias, la cual se entiende judicialmente como prohibida¹⁶⁸. Al prohibirse la actuación provincial en la materia y no atribuirse expresamente la misma al gobierno federal, se está ante un vacío que suple la cláusula residual federal.

La otra situación posible es que nos encontremos con una materia novedosa¹⁶⁹, no contemplada en el diseño constitucional original, que, dada su naturaleza, no pueda ser reconducida a los títulos competenciales de las listas federal y provincial. Cuando se está ante este tipo de materia surgen varias cuestiones que tienen gran influencia en el balance de la distribución de poderes entre los dos niveles de gobierno. En primer lugar, se debe averiguar si la materia es realmente novedosa dada su esencia competencial. Es decir, si no puede ser reconducida a un título competencial ya existente dada su naturaleza o relación con el mismo, o si estamos ante una mera denominación diferente de una materia ya contemplada.

¹⁶⁵ *The Attorney General of Quebec v The Attorney General of Canada and others* [1932] UKPC 7, [1932] A.C. 304 (Radio Reference).

¹⁶⁶ Entre un caso y otro se produjo una variación en la composición del *Privy Council*, lo cual tuvo una influencia decisiva a la hora de abordar el asunto.

¹⁶⁷ *Reference re Newfoundland Continental Shelf* [1984] 1 SCR 86, pp. 127-129.

¹⁶⁸ La competencia extraterritorial fue atribuida a Canadá por el artículo 3 del Estatuto de Westminster, 1931, no siendo el mismo de aplicación más que al Parlamento federal. Dicha interpretación fue sostenida por el *Privy Council* en *The Royal Bank of Canada and others v The King and another (Alberta)* [1913] UKPC 1a. En este sentido, SULLIVAN (1985): 538 y EDINGER (1982), siendo esta última obra de gran interés sobre las limitaciones territoriales de los poderes provinciales.

¹⁶⁹ En este punto debe entenderse como novedosa toda aquella materia que no pueda ser subsumida en ninguno de los títulos competenciales de los artículos 91 y 92 de la Constitución de 1867. Dicha “novedad” se predica con respecto al texto constitucional, al no ser la misma contemplada en el diseño constitucional original, lo que hace necesario que sea atribuida a alguno de los dos niveles de gobierno mediante la aplicación de las cláusulas residuales, cómo sería el caso de un nuevo descubrimiento tecnológico.

Una vez constatada la novedad de la materia, y por tanto su falta de atribución constitucional, procede la determinación de a qué nivel de gobierno debe atribuirse la misma. La atribución directa de cualquier novedad al Parlamento federal en virtud de la cláusula residual supondría generar una gran fuerza centralizadora, ampliando dicha esfera competencial cada vez que surgiera una nueva materia. Si, además, se tiene en cuenta que estamos ante una Constitución de carácter antiguo con grandes dificultades prácticas para su reforma, dicha atribución directa no supondría más que ahondar en un proceso de centralización de la federación. Por tanto, se debe acudir a la esencia de la competencia para determinar si la misma debe atribuirse al nivel federal en virtud de la cláusula POGG o si, por el contrario, debe reputarse como de titularidad provincial bajo el título de propiedad y derechos civiles en la provincia. La amplia construcción judicial de este último título ha llevado a que la aplicación de la faceta residual de la cláusula POGG tenga un alcance muy limitado en la práctica, no siendo utilizada más que como justificación secundaria a la hora de atribuir una competencia al nivel federal como ha sucedido en relación con la lengua¹⁷⁰ y la cultura¹⁷¹.

2.3. Una variante del poder residual: la rama del interés nacional

La necesidad de discernir entre los dos niveles de gobierno en relación con las materias novedosas ha sido atenuada por los tribunales al aplicar la doctrina del interés nacional (*national concern*), la cual se configura como una variante contemporánea del poder residual anteriormente mencionado¹⁷². El origen de la misma se sitúa en la idea avanzada por el *Privy Council* en 1882 de que algunas materias, inicialmente de carácter local o provincial, pueden llegar a adquirir, bajo determinadas circunstancias, una

¹⁷⁰ La competencia federal sobre las lenguas oficiales fue confirmada por el Tribunal Supremo en *Jones v. A.G. of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, p. 189 derivándola de la cláusula POGG en su faceta puramente residual. El silencio constitucional sobre esta materia no es patrimonio exclusivo de Canadá, pues constituciones como las de Australia, los EE.UU. o Nueva Zelanda (en su versión imperial de 1852) tampoco contienen ninguna previsión al respecto, configurándose el inglés como lengua oficial *de facto*.

¹⁷¹ La Constitución de 1867 no contiene un título expreso de cultura, por lo que las materias que lo integran se han ido distribuyendo entre los dos niveles de gobierno en relación a su conexión con otros títulos como la educación, de competencia provincial, o las comunicaciones, atribuida al gobierno federal (*Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, par. 51). En consecuencia, la cláusula POGG únicamente es de aplicación en caso de que algún elemento no pueda ser conectado a un título competencial existente. El Acuerdo de Charlottetown (punto 29) pretendía clarificar la atribución de competencias en este campo, asignando a las provincias la competencia exclusiva en toda aquella actividad que desarrollara íntegramente dentro de las mismas, limitando los poderes del gobierno federal a las de instituciones culturales de carácter estatal.

¹⁷² WEBBER (2014): 171.

dimensión nacional¹⁷³. Dicha dimensión nacional hace que trasciendan del ámbito provincial y deban ser asumidas por el nivel federal.

El interés nacional se justifica en aquellos casos en los que es necesaria una regulación coordinada a nivel canadiense puesto que la solución del problema en cuestión se encuentra fuera del alcance de las provincias¹⁷⁴. Dada la configuración de dicho precepto, su aplicabilidad es casuística, siendo responsabilidad de los tribunales determinar la naturaleza de la situación, valorando si la misma es de una intensidad tal como para invocar el interés nacional y atribuir la competencia al nivel federal en virtud de la cláusula POGG. En dicho análisis se pone de manifiesto la tensión entre eficiencia y respeto de la autonomía provincial, manteniendo el equilibrio en la división de poderes. Es posible que, en multitud de casos, el mayor nivel de eficiencia se alcance mediante una regulación común por parte del gobierno federal. Sin embargo, ello supondría reducir enormemente la capacidad provincial de legislar, menoscabando la soberanía compartida propia del modelo federal.

La doctrina del interés nacional ha permitido asignar al gobierno federal la competencia en materias como la aeronáutica¹⁷⁵, el medioambiente¹⁷⁶, la región de la capital nacional¹⁷⁷ o los recursos minerales en el lecho marino¹⁷⁸. Los argumentos han girado siempre en torno al mismo eje, la necesidad de una regulación uniforme. En el caso de la aeronáutica, el Tribunal Supremo se basó en la “necesidad de controlar el desarrollo del tráfico aéreo a escala nacional”. La protección del medio ambiente y la región capital fueron justificadas ante el riesgo que suponía para ambos fines la falta de cooperación entre las distintas provincias, dado que el carácter de ambas trascendía los límites de las mismas. Por su parte, la competencia sobre minerales en el lecho marino se fundamentó en el hecho de que los recursos minerales trascienden los intereses locales y provinciales afectando a Canadá en su conjunto.

De todas estas decisiones se puede extraer un patrón común: la incapacidad de las provincias para atajar un problema regulando de manera individual es la que justifica

¹⁷³ Esta idea tiene su origen en *Charles Russell v The Queen* [1882] UKPC 33, [1882] 7 App Cas 829, 8 CRAC 502, P.C., y se va desarrollando en *Attorney General for Ontario v Attorney General for the Dominion, and the Distillers and Brewers' Association of Ontario*, [1896] A.C. 348 (P.C.) hasta ser denominada como *national concern* en *The Attorney-General of Ontario and others v The Canada Temperance Federation* [1946] UKPC 2, [1946] A.C. 193, P.C.

¹⁷⁴ GIBSON (1976): 33.

¹⁷⁵ *Johannesson v. West St. Paul* [1952] 1 S.C.R. 292.

¹⁷⁶ *R. v. Crown Zellerbach* [1988] 1 S.C.R. 401.

¹⁷⁷ *Munro v. National Capital Commission* [1966] S.C.R. 663.

¹⁷⁸ *Reference Re: Offshore Mineral Rights*, [1967] S.C.R. 792.

la acción federal, así como las repercusiones que dicha situación tendría en el resto de provincias¹⁷⁹. Por lo tanto, queda abierta la cuestión de si en el caso de que las provincias acordaran actuar de manera coordinada en este tipo de situaciones sería de aplicación la doctrina del interés nacional. No parece que en una situación así la misma pueda invocarse, puesto que se conseguiría una regulación común para el problema en cuestión sin necesidad de la intervención federal, no siendo necesario encasillar la materia en litigio bajo la cláusula POGG, sino que podría integrarse en la esfera provincial de competencias¹⁸⁰.

2.4. La POGG como poder de emergencia

Otra de las facetas del mecanismo de la cláusula POGG es su aplicación a aquellos supuestos de emergencia. En estas circunstancias se dan condicionantes que, dada su especial gravedad, hacen necesaria la intervención federal con independencia de que ostente, o no, competencias en la materia en cuestión. En este tipo de situaciones la problemática constitucional gira en torno a la calificación de una determinada situación como emergencia. El *Privy Council*, sin nombrarla expresamente, hizo referencia a esta doctrina en *Board of Commerce*, rechazando la invocación de la cláusula POGG en situaciones que no fueran “altamente excepcionales”¹⁸¹. Entre las que podrían ser calificadas como tales, el tribunal menciona las de guerra y hambruna, dado que las mismas entrañan situaciones de una excepcionalidad de tal calibre que hace necesaria la acción del Parlamento federal trascendiendo cualquier límite relativo a la división de competencias¹⁸². Si bien el *Privy Council* no menciona expresamente el término emergencia ni ofrece una definición del mismo, la concepción del término que debe inferirse de este caso parece clara. Los miembros del tribunal restringen el concepto de

¹⁷⁹ GIBSON (1976): 35. Las repercusiones en otras provincias que podría generar la incapacidad de una de ellas para regular efectivamente una materia son un elemento decisivo, pues el mero riesgo de existencia de estas fue entendido como suficiente por el TS en *R. v. Crown Zellerbach* [1988] 1 S.C.R. 401 (par. 33) para justificar la asignación de la competencia al nivel federal. Como se observa, este argumento es muy similar al empleado para justificar la capacidad federal para legislar para todo el Dominio bajo la cláusula *trade and commerce*. GAUDREAU-DESBIENS (2006b): 188 advierte contra una interpretación expansiva de este criterio, que hasta la fecha no se ha producido, pues podría permitir intervenir al gobierno federal en numerosas materias que se encuentran sujetas a competencia provincial.

¹⁸⁰ Esta idea fue anticipada por GIBSON (1976): 34-35 en un pasaje citado por el TS en *R. v. Crown Zellerbach* [1988] 1 S.C.R. 401 aunque sin detenerse en analizar la misma, limitándose a reiterar su doctrina clásica. El raro uso de esta vertiente de la cláusula POGG hace difícil determinar si, confrontado con dicha posibilidad, el TS optaría por rechazar la competencia federal o si, por el contrario, se reafirmaría en su doctrina ante el mero riesgo que el fallo de una provincia para atajar la situación pudiera tener consecuencias negativas para el resto.

¹⁸¹ *The Attorney General of Canada v The Attorney General of Alberta and others* [1921] UKPC 107, [1922] 1 A.C. 191, P.C. p.197.

¹⁸² *Ibid.* p. 200.

emergencia a situaciones excepcionales, de gravedad máxima, en la que existe riesgo para la vida de las personas. Esta excepcionalidad parece ir acompañada de la noción de transitoriedad, pues tanto las situaciones de guerra como de hambruna son acotadas en el tiempo. La noción de transitoriedad se vio reforzada con el rechazo del *Privy Council* a la legislación canadiense de *new deal*, al no considerar la Gran Depresión como una emergencia¹⁸³. La limitación temporal del poder federal de emergencia quedó definitivamente refrendada en el *Anti-Inflation Reference*¹⁸⁴. En el mismo, el Tribunal Supremo debía examinar la constitucionalidad de una norma federal que pretendía hacer frente a una elevada inflación –dobles dígitos durante año y medio– estableciendo controles de precios, salarios, beneficios y dividendos. El carácter transitorio de esta regulación quedaba establecido en la propia norma, pues contenía una previsión por la cual expiraba automáticamente al final del año 1978, tres años después de su aprobación.

La limitación temporal también parece configurarse como el rasgo que delimita los supuestos de emergencia de aquellos en los que se invoca la cláusula POGG bajo la justificación del interés nacional. En los casos donde interviene el interés nacional, el Parlamento federal obtiene jurisdicción permanente sobre materias individuales, como la aeronáutica o la región capital, que dada su naturaleza son de carácter indivisible¹⁸⁵. Estas materias pasan a incorporarse de manera definitiva a la esfera federal de competencias dado que su naturaleza trasciende los límites de acción de las legislaturas provinciales. En cambio, el poder de emergencia atribuye al nivel federal una serie de competencias, de carácter mucho más amplio que en el caso anterior, durante el tiempo estrictamente necesario para paliar dicha situación. Esta mayor amplitud de competencias supone la atribución al nivel federal de materias que forman parte de la lista provincial, a diferencia de los supuestos de interés nacional donde se atribuyen al

¹⁸³ HOGG (2010): 17-21. El rechazo del *Privy Council* a la legislación de *new deal* seguía la misma línea que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos había adoptado años antes en *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, donde consideró inconstitucional la *National Industrial Recovery Act* al estimar que violaba tanto la separación de poderes como la *commerce clause*. Con la intención de evitar el rechazo judicial a su legislación de *new deal*, ROOSEVELT amenazó con ampliar el número de jueces del Tribunal Supremo y así obtener una mayoría favorable a su causa, aspecto que finalmente no llevó a cabo. La interpretación tradicional de la *Revolución Constitucional de 1937*, aquella que atribuye al proyecto de *court-packing* el cambio de opinión del juez ROBERTS respecto a la legislación de *New Deal* (vid. LEUCHTENBURG, 1995), ha sido puesta en entredicho en los últimos tiempos por autores como WHITE (2002): 165-236 y KALMAN (2005): 1052-1080, presentándose esta como el resultado de un proceso de evolución doctrinal por parte del tribunal en consonancia con la nueva realidad económica, cuyos inicios son anteriores a 1937 y que continuará durante años.

¹⁸⁴ *Reference Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373.

¹⁸⁵ LE DAIN (1974): 293.

Parlamento federal materias que no se encuentran comprendidas en ninguna de las dos listas competenciales. Como resultado de ello, el poder de emergencia supone una alteración temporal del modelo de distribución de competencias con el objetivo de hacer frente a la misma, reintegrándose dichas competencias a la esfera provincial una vez esta ha cesado. Por tanto, el poder de emergencia se configura como un poder general para casos excepcionales, mientras que el interés nacional es una manifestación del poder residual a favor de la federación¹⁸⁶.

En su dictamen, el Tribunal Supremo se limitó a constatar la existencia de una situación de emergencia en el momento de aprobación de la *Anti-Inflation Act* validando el recurso al poder de emergencia federal¹⁸⁷. Se da la circunstancia de que la norma en sí no contenía mención alguna a la situación de emergencia inflacionaria que atravesaba Canadá, la cual sí fue caracterizada y detallada en la petición gubernamental al Tribunal Supremo para que se pronunciara sobre la constitucionalidad de la misma. Esta justificación se realizó mediante materiales extrínsecos aportados durante el proceso, en los que el gobierno federal argumentaba sobre la necesidad de la medida dada la emergencia que suponía la continuación en el tiempo de la alta inflación. Sin embargo, el Tribunal entendió que era suficiente la existencia de una base racional para aceptar la invocación federal de la legislación de emergencia. Es decir, no entró a juzgar si la alta inflación constituía una situación de emergencia que permitiera invocar la cláusula POGG, sino que consideró suficiente que racionalmente existieran argumentos técnicos que justificaran la consideración de la situación inflacionaria como una emergencia. A juicio del Tribunal, únicamente podría considerarse la misma *ultra vires* si se constatará claramente que dicha situación de emergencia no existía¹⁸⁸. La falta de precisión del test racional y de qué constituye una prueba clara de la inexistencia de la situación de emergencia conlleva el peligro de impedir, salvo en casos extremos, el control judicial de la acción federal bajo el título de emergencia¹⁸⁹. Esta falta de control se acentúa, aún más, en campos como el económico, donde cualquier análisis sobre la necesidad de la medida depende de datos técnicos. La falta de control sobre el fondo de los mismos, en pos de un mero test de racionalidad, supone dejar enteramente en manos del nivel federal la decisión sobre la emergencia imposibilitando un verdadero control judicial sobre el mismo.

¹⁸⁶ MACDONALD (1977): 449-453.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 463.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 509.

¹⁸⁹ HOGG (1976): 406.

Al igual que en otros sistemas federales¹⁹⁰, el poder de emergencia ha sido muy poco utilizado en Canadá, limitándose generalmente a situaciones de extrema gravedad como las Guerras Mundiales y la Crisis de Octubre en Quebec¹⁹¹. Hasta la fecha no se han producido nuevas invocaciones del título de emergencia de la cláusula POGG con posterioridad a la situación inflacionaria 1976, de manera que el alcance de los términos antes mencionados sigue sin precisarse, lo cual sería deseable en un futuro próximo. La falta de concreción de los mismos posibilitaría una modificación unilateral de la división constitucional de poderes por parte del nivel federal, dado que dispondría de absoluta discreción para el uso del mismo si el control judicial queda reducido a un test sobre la racionalidad de la posible existencia de la situación de emergencia.

El poder de emergencia supone una alteración temporal de la división constitucional de poderes, suspendiéndose la misma durante la duración de la situación de emergencia¹⁹². Debido a ello, el recurso al mismo debería limitarse a aquellas situaciones de extrema gravedad que no pueden ser atajadas de manera individual por los gobiernos provinciales o de manera concertada entre los mismos y el gobierno federal. El control judicial del mismo debería abarcar no solo la existencia de una posible situación de riesgo –el test de racionalidad– sino ir más allá y determinar si la misma es de suficiente entidad como para permitir que el gobierno federal altere la división competencial mediante el poder de emergencia. Este control de fondo permitiría sentar precedente sobre las situaciones que constituyen una emergencia, de manera que fueran disuasorias ante la acción federal unilateral. Aun así, es posible que un control de fondo no tuviera un efecto más allá de la crítica política en aquellos supuestos donde se produjera una declaración de inconstitucionalidad dada una actuación *ultra vires* del Parlamento federal. Ello se debe a que las situaciones de emergencia están, por definición, acotadas en el tiempo, por lo que es posible que el Tribunal Supremo decida después de que haya expirado la misma. Sin embargo, es posible que dicha argumentación coarte a un futuro gobierno de recurrir a este poder

¹⁹⁰ Al igual que la Constitución canadiense, la de EE. UU. no contiene una cláusula de emergencia expresa. Sin embargo, la misma puede ser declarada por el Presidente con la aprobación del Congreso, aspecto puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo en *Korematsu v. United States* 323 U.S. 2143 U.S.214 –estimando la declaración de guerra como presupuesto del poder de emergencia–, así como en *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* 343 U.S. 579 (1952), donde limitó el alcance del mismo, rechazando la incautación de propiedad privada.

¹⁹¹ En octubre de 1970 se produjeron varias acciones terroristas por parte del independentista Frente de Liberación de Quebec. Entre otras, el secuestro y posterior asesinato de un Ministro provincial, Pierre LAPORTE, y el secuestro de un diplomático británico. Ello llevó al gobierno federal a invocar la ley de medidas de guerra y desplegar al ejército en la provincia para dismantelar la célula terrorista.

¹⁹² MONAHAN y SHAW (2013): 267.

cuando no esté claramente justificado que concurren las circunstancias para su invocación.

Por lo tanto, el poder de emergencia se configura como un uso anormal de la cláusula *peace, order and good government* limitado a situaciones excepcionales de especial gravedad¹⁹³. El uso normal de la cláusula es aquel que permite la asignación al nivel federal de aquellas competencias que no encuentran acomodo en ninguno de los títulos competenciales de la lista provincial, es decir, la labor de cláusula residual.

3. LA ESFERA COMPETENCIAL PROVINCIAL

El artículo 92 de la Constitución de 1867 recoge la lista de los títulos que forman parte de la esfera competencial provincial. Dada la inexistencia de una cláusula residual genérica a favor de las mismas, tal como sucede en EE. UU. o Australia, las competencias de las provincias son definidas de manera positiva por enumeración y no de manera negativa por exclusión. La nota característica de las competencias asignadas a las provincias es la conexión local y la naturaleza privada de las mismas. La noción de subsidiariedad, es decir, la conveniencia de que una materia sea regulada por el orden de gobierno más cercano al objeto del problema es también inspiradora de la lista de competencias provincial¹⁹⁴.

Estos títulos deben ser interpretados sin perder de vista el inciso final de la lista federal, el cual nos recuerda que todas aquellas materias que se encuadran dentro de los títulos bajo competencia federal deben considerarse excluidas de los títulos provinciales. Este precepto no viene sino a acentuar el modelo de competencias exclusivas con el que fue concebida la Confederación, de manera que una misma materia no puede estar bajo competencia de los dos órdenes de gobierno.

La lista provincial estaba originalmente integrada por dieciséis elementos, quedando reducida a quince tras la derogación del apartado primero referente a la modificación de las constituciones provinciales con la aprobación de la Constitución de 1982; norma que también añadió el artículo 92A. Además, también hay otras competencias provinciales que no están recogidas en la lista, pues se sitúan en los artículos 93 a 95. Todos ellos se pueden clasificar en diferentes bloques según la naturaleza de los mismos, tal como se detalla a continuación.

¹⁹³ RUSSELL (1977): 655.

¹⁹⁴ BROUILLET (2011): 613-614.

3.1. Competencias económicas y financieras

En un primer bloque, se encuentran aquellas competencias en materia económica y financiera. Esos títulos competenciales fueron establecidos por el constituyente con carácter finalista, pues únicamente pueden ser utilizados para obtener recursos económicos que se destinen a fines provinciales, si bien esta precisión ha sido relativizada por los tribunales hasta perder su significado¹⁹⁵. Esta característica se predica tanto de la imposición directa (art. 92.2), del establecimiento de diversas licencias y tasas (art. 92.9), así como de la capacidad para endeudarse (art. 92.3). La misma parece responder a la voluntad de delimitar de manera negativa la esfera competencial del Parlamento federal, la cual queda vedada a la imposición directa para fines provinciales, mientras que sí puede recaudar impuestos indirectos con dicho fin.

Dentro del orden económico también se encuentra el título relativo a la incorporación de compañías con objeto provincial (art. 92.11). Como ya se ha mencionado, la incorporación de compañías con objeto provincial es una competencia que no tiene contraparte expresa en la lista federal, habiendo sido incluida dentro del poder residual federal. Por lo tanto, es de titularidad federal toda aquella normativa relativa al derecho de sociedades que no se encuentre en la esfera competencial provincial. La competencia provincial está limitada territorialmente tal como quedó establecido en el caso *Bonanza Mining*, debiendo las facultades atribuidas por la legislación societaria confinarse a los límites provinciales¹⁹⁶. En dicho asunto, el *Privy Council* rechazó que una compañía minera registrada en Ontario pudiera llevar a cabo negocios mineros en el Yukón al no estar registrada en dicho territorio. Ello era debido a que el reconocimiento como persona jurídica se limitaba al territorio de la provincia donde la compañía se hallaba inscrita, si bien ello no obstaba para que pudiera operar fuera de la jurisdicción de registro una vez obtenida la correspondiente licencia al efecto¹⁹⁷.

La administración y venta de terrenos (art. 92.5) también es de titularidad provincial, siempre que estos se sitúen dentro del territorio de las mismas. Los derechos de propiedad han sido una fuente de importantes beneficios económicos para las

¹⁹⁵ MAGNET (1978): 478. LA FOREST (1981): 75-76. La delimitación entre un fin provincial y un fin federal es difusa. Las provincias recaudan recursos financieros para financiar sus propias competencias, cuyo ejercicio puede perseguir el mismo fin que el gobierno federal, sin que ello suponga una actuación *ultra vires*.

¹⁹⁶ *Bonanza Creek Gold Mining Company v. the King* (1916) A.C. 566, p. 583.

¹⁹⁷ Este requisito se ha ido haciendo menos estricto con el paso de los años y la generalización de los intercambios comerciales a escala mundial, contando todas las provincias con normativas al respecto.

provincias dada la abundancia de recursos naturales existente en Canadá. Este artículo incluye, además, una materia muy específica que contrasta con la generalidad del resto de títulos competenciales: una previsión relativa a la venta de madera¹⁹⁸. Este título también ha servido de base a las provincias para asignar derechos de explotación pesquera¹⁹⁹ y/o minera, concesiones para la búsqueda de petróleo y gas o la energía hidroeléctrica.

Al formarse la Confederación, las provincias fundadoras conservaron sus derechos sobre las minas y tierras de su propiedad, tal como se recoge en el artículo 109 de la Constitución de 1867, así como se mantuvieron vigentes los cánones y rentas que percibían por las concesiones para la explotación de las mismas. No será hasta 1982 cuando la competencia provincial sobre recursos naturales obtenga mención constitucional expresa con la creación del artículo 92A, por el que se constitucionalizó la misma a petición de los ejecutivos provinciales, si bien dicha competencia ya venía siendo ejercida por estos con anterioridad a través del artículo 109²⁰⁰. El deseo provincial de clarificar constitucionalmente la materia surgía como respuesta a la regulación del precio del petróleo que introdujo el gobierno federal a comienzos de los años 80, circunstancia que ocasionó importantes mermas económicas a algunas provincias, fundamentalmente Alberta y Saskatchewan, al imponerse un precio más bajo que el vigente a nivel mundial. Esta disposición abarca la competencia sobre recursos naturales no renovables en la provincia, así como sobre bosques y energía eléctrica²⁰¹. Esta competencia abarca también la exportación de estos recursos a otras provincias de la Confederación, siempre que no haya conflicto con una ley federal, que gozaría de primacía en dicho caso. Por último, este precepto amplía el título impositivo de los Parlamentos provinciales de tal manera que incluya los tributos que afectan a este tipo de materias. Este título competencial es de especial relevancia en las denominadas *have provinces*, es decir, aquellas que disponen de recursos naturales. Los ingresos

¹⁹⁸ ABEL (1968): 2. Esta previsión era de especial relevancia dado que las provincias de nueva creación, como era el caso de Manitoba, no gozaron inicialmente de competencia sobre sus recursos naturales, siendo los mismos administrados por el gobierno federal.

¹⁹⁹ Las provincias pueden asignar derechos de pesca en las aguas bajo su jurisdicción. Este es el caso de aquellas que se encuentran dentro del territorio de estas o adyacentes al mismo (aguas interiores), siempre que no sean aguas abiertas, pues en estas únicamente pueden adoptar medidas de conservación, las cuales son concurrentes con las federales y ceden ante estas en virtud de la regla de la primacía federal.

²⁰⁰ MOULL (1983): 474-480.

²⁰¹ La competencia en estos campos no es completa, puesto que el Parlamento federal se ha arrogado competencia sobre determinadas materias invocando el artículo 92.10 de la Constitución de 1867. A modo de ejemplo, la extracción de uranio y la producción nuclear de energía eléctrica se encuentran bajo titularidad federal tal como se establece en la *Atomic Energy Control Act* al considerarse dichas materias de interés para el conjunto de Canadá.

derivados de los mismos han propiciado a provincias como Alberta, Saskatchewan o Terranova y Labrador ingentes recursos con los que financiar sus políticas públicas. Del mismo modo, la bajada internacional del precio del petróleo ha causado importantes desequilibrios en las finanzas de Alberta, provocando alzas en el desempleo y recortes presupuestarios.

3.2. Competencias administrativas y de gobierno

La lista provincial incluye todas aquellas competencias relativas a la organización provincial o local. Este es el caso de las instituciones provinciales y el personal de las mismas (art. 92.4) y las instituciones de carácter municipal (art. 92.8). Estos títulos otorgan a las provincias competencia sobre la organización interna de las mismas, así como sobre las instituciones que las conforman. En relación con el nivel local, las provincias son responsables de la organización municipal, así como de la regulación de las competencias y obligaciones de estas corporaciones.

Algunas de estas materias están íntimamente relacionadas con la, ya reseñada, noción de Constitución provincial. Estas normas regulan la organización interna de la Provincia y sus instituciones. A diferencia de la Constitución federal, las provinciales se caracterizan por no ser codificadas de manera que están diseminadas en diferentes documentos. Algunos de estos preceptos que integran las constituciones provinciales también forman parte de la Constitución de Canadá, caso de ciertas previsiones relativas a Ontario y Quebec –artículos 69 a 87 de la Constitución de 1867–, así como los términos de unión de algunas provincias como la Isla del Príncipe Eduardo o la Columbia Británica y las normas creadoras de provincias como Alberta o Saskatchewan. La reforma de las constituciones provinciales era contemplada en el artículo 92.1, el cual fue abolido con la aprobación de la Constitución de 1982, pasando el artículo 45 de dicha norma a regular la materia.

3.3. Competencias complementarias

Otro bloque de competencias es aquel que se encuentra integrado por lo que podríamos denominar competencias complementarias, dado que completan a otros títulos federales cerrando el sistema de reparto de poderes. Ello ha provocado una división de competencias en forma de queso gruyer, dejando agujeros en la regulación de una materia al encontrarse partes de la misma bajo competencia del otro nivel de

gobierno. Gracias a este reparto entre esferas competenciales, se acerca la administración al ciudadano salvaguardando un elevado grado de eficiencia.

3.3.1. Justicia y derecho penal

La administración de justicia, incluido el procedimiento civil, (art. 92.14) completa la jurisdicción federal en materia criminal, al igual que el título de provincial de prisiones y reformatorios (art. 92.6) se complementa con el poder federal sobre penitenciarías. Dentro de este título, se encuentra la competencia en materia de policía, si bien, como ya se ha mencionado, la mayoría de las provincias contratan los servicios de la policía federal²⁰². Las provincias también tienen competencia para imponer multas y sanciones, incluida la reclusión, por la violación de las leyes provinciales que regulen las materias contenidas en la lista provincial (art. 92.15). Esta competencia se configura como accesoria a la de legislar en las materias a las que afecte, si bien no cede ante el título federal sobre derecho penal en caso de conflicto entre leyes. La interpretación judicial no ha sido especialmente estricta en este campo, validando numerosas leyes que suplementaban infracciones penales añadiendo sanciones accesorias sobre materias de competencia provincial²⁰³.

3.3.2. Matrimonio, divorcio y régimen económico

Asimismo, también se encuentra dividida entre los dos niveles de gobierno la competencia en materia de matrimonio. Mientras que la regulación del régimen legal queda reservada al Parlamento federal, las provincias son competentes en lo concerniente a la celebración del mismo (art. 92.12). La división de esta competencia

²⁰² El artículo 20 de la *Royal Canadian Mounted Police Act* (R.S.C., 1985, c. R-10) permite al gobierno federal concluir acuerdos con las provincias para que la policía federal desempeñe las labores de policía provincial. En la actualidad todas las provincias, salvo Ontario y Quebec, recurren a la RCMP para prestar los servicios de policía, mientras que en Terranova la misma apoya a la *Royal Newfoundland Constabulary*, la cual tiene su origen en la policía existente en dicho territorio durante su tiempo como colonia independiente. Estos acuerdos de colaboración tienen naturaleza mercantil y en los mismos se recoge la cantidad a pagar por las provincias por contar con estos servicios, así como previsiones relativas al equipamiento o servicios auxiliares. Los acuerdos tienen una vigencia, renovable, de 20 años, aunque pueden ser denunciados por cualquiera de las partes con un preaviso de 24 meses.

²⁰³ En líneas generales, los tribunales han permitido a las provincias aprobar normas sancionadoras siempre que tengan naturaleza y fines distintos de los perseguidos por el Código Penal federal. En *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59 el TS validó una norma provincial que prohibía los desnudos en clubes nocturnos, al estimar que perseguía un fin diferente de las previsiones del Código penal que prohíben la desnudez en público. Por lo tanto, la naturaleza penal de la norma es decisiva para su validez. En *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463 el Tribunal declaró inconstitucionales unas provisiones de una norma de Nueva Escocia que tenían como intención restaurar la prohibición del aborto, la cual había sido derogada por el Parlamento federal, al considerar que las provincias no pueden endurecer, complementar o reemplazar el derecho penal (p. 498).

entre los dos niveles de gobierno parece responder a dos factores. En primer lugar, se debe a cuestiones de eficiencia, buscando asegurar una regulación común con la que evitar que la disparidad de normas provinciales provocara la falta de reconocimiento de matrimonios y/o divorcios celebrados en otras provincias. De esta manera se evitaba seguir el modelo de EE.UU. en el que la competencia estatal provocaba problemas de reconocimiento. Por su parte, Australia siguió la misma línea que Canadá atribuyendo la competencia a la *Commonwealth*²⁰⁴. En segundo lugar, la inclusión del término divorcio es significativa en el contexto de 1867, máxime dada la fuerte influencia de la Iglesia católica entre los francófonos además del hecho de que la mayor parte de los constituyentes eran reticentes a la posibilidad del divorcio²⁰⁵. Otra de las razones que llevó a esta regulación federal fue el temor a que la provincia de Quebec no permitiera el mismo y, por tanto, no reconociera divorcios producidos fuera de sus fronteras²⁰⁶. Las razones que llevaron a esta decisión muestran, de nuevo, la voluntad de los fundadores de asegurar la mayor unidad jurisdiccional posible en Canadá, limitando las diferencias normativas entre provincias.

Junto a la celebración del matrimonio o el divorcio, también son de competencia provincial otras materias relacionadas como la custodia, la adopción o el régimen económico matrimonial, si bien lo son en virtud del título de propiedad y derecho civil en la provincia y no del de matrimonio, el cual se limita a lo descrito anteriormente.

3.3.3. Transporte

Como ya es sabido, el artículo 92.10 asigna a los parlamentos provinciales la competencia sobre aquellas obras y/o establecimientos que no se encuentren bajo competencia federal. Desde tiempos del *Privy Council*, los tribunales han sido reticentes a dividir la competencia en este campo entre los dos niveles de gobierno, de manera que cuando hay aspectos interprovinciales relevantes la materia suele ser asignada al nivel federal²⁰⁷. Por lo tanto, el rasgo decisivo para que una materia haya sido considerada bajo competencia provincial es el carácter local de la misma, sin que medie conexión interprovincial alguna. Así pues, este precepto tiene naturaleza de cláusula residual en el

²⁰⁴ El término *Commonwealth* es el usado por el artículo 3 de la Constitución australiana de 1901 para denominar oficialmente al estado federal australiano, identificando, por tanto, al nivel federal.

²⁰⁵ JORDAN (1968): 211-216.

²⁰⁶ GAUDREAU-DESBIENS (2012): 232.

²⁰⁷ En *City of Toronto v Bell Telephone Co.*, [1905] AC 52 (P.C.) el *Privy Council* rechazó la división entre el negocio interprovincial y el meramente local de una compañía telefónica, estimando que toda la actividad de la misma quedaba sujeta a la normativa federal.

campo del transporte y las comunicaciones, quedando bajo competencia provincial todo aquello que no se encuentre en la esfera competencial del Parlamento federal. En virtud del mismo, las provincias tienen competencia sobre numerosos medios de transporte y comunicación intraprovinciales como taxis, camiones, ferris, autobuses, o líneas eléctricas²⁰⁸.

3.4. Competencias sociales: sanidad, educación y asistencia social

Dentro del nivel provincial también se sitúan aquellas competencias denominadas sociales, como sanidad, servicios sociales y educación, si bien esta última está recogida en un artículo propio y no en la lista del artículo 92.

3.4.1. *Sanidad*

La Constitución canadiense no recoge un título competencial relativo a la sanidad en ninguna de las dos listas de competencias. La inexistencia del mismo se debe a que, en los orígenes de la Confederación, se consideraba que la sanidad era una materia de carácter privado, generalmente ligada a la religión. Sin embargo, sí que se recoge de manera explícita una competencia en materia de hospitales –incluyendo su creación, mantenimiento y gestión– en el artículo 92.7, con la excepción de los hospitales marinos que son de competencia federal en virtud del artículo 91.11. La jurisprudencia ha ido configurando una competencia implícita en materia de salud dentro del título de propiedad y derecho civil, que ha desplegado un campo de acción mucho mayor que la del artículo 92.7²⁰⁹. La cláusula residual provincial relativa a todas aquellas materias de naturaleza local y privada en la provincia (art. 92.16) también ha contribuido al desarrollo de esta competencia implícita en materia sanitaria.

La interpretación judicial ha ido perfilando algunas de las materias del campo sanitario que pertenecen a las provincias. Entre otras, el internamiento de los enajenados mentalmente²¹⁰, el tratamiento de los drogodependientes²¹¹, la salud e higiene laboral²¹², el seguro de hospitalización²¹³ o la higiene alimentaria²¹⁴. La atribución a las

²⁰⁸ FRASER (1984): 576-607 analiza con gran detalle el significado de este artículo, así como ilustra su contenido con multitud de ejemplos.

²⁰⁹ LAJOIE y MOLINARI (1978): 599-600.

²¹⁰ *Fawcett c. A.G. of Ontario & A.G. of Canada* [1964] R.C.S. 625.

²¹¹ *Reference re : Intoxicated Persons Detention Act* (Manitoba), (1981)1 W.W.R. 333; *Schneider v. The Queen* [1982] 2 SCR 112.

²¹² A excepción de en aquellas industrias que son de titularidad federal como, por ejemplo, la energía atómica o las telecomunicaciones.

provincias de estas materias ha girado en torno a un eje común: la naturaleza local y privada de las mismas²¹⁵. De esta manera, y siguiendo lo establecido en la Comisión Rowell-Sirois, la competencia provincial en el ámbito sanitario se configura como la regla general, siendo la misma básica y residual, constituyendo las actuaciones federales excepciones a esta regla²¹⁶.

La amplitud de la materia es tal que hay aspectos de la misma que trascienden la esfera provincial de competencias quedando bajo jurisdicción federal en virtud de la cláusula POGG, además de los ya mencionados hospitales marinos y la cuarentena, expresamente atribuidos al nivel federal. Más allá de estas materias, la intervención federal en el campo sanitario ha sido posible gracias a la conexión de algunas materias con el derecho penal y la ya citada interpretación expansiva del mismo por parte de los tribunales. La invocación de este título competencial federal ha permitido a dicho nivel regular materias como el aborto²¹⁷ o el suicidio asistido²¹⁸ alegando que la naturaleza predominante de las mismas es la penal, siendo la sanitaria meramente accesoria o incidental. En este último caso, una vez el delito federal ha sido anulado por el Tribunal Supremo, Quebec ha aprobado su propia ley al respecto regulando los aspectos sanitarios de la materia²¹⁹. Así, la provincia ostenta competencias sobre materias como los cuidados paliativos, la sedación o las condiciones de los establecimientos médicos dónde puede llevarse a cabo tal práctica, aunque la elegibilidad para los mismos se hace por referencia a la legislación federal. La provincia francófona ha expresado su voluntad

²¹³ El seguro de hospitalización es una categoría más del negocio asegurador que, tal como se verá más adelante, es de competencia provincial.

²¹⁴ *Reference: Validity of Section 5(A) of the Dairy Industry Act*, [1950] 4 D.L.R. 689; *Labatt Breweries c. A.G. of Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914.

²¹⁵ *Schneider v. The Queen* [1982] 2 SCR 112, p. 136-137. *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35, párrafos 18 y 23.

²¹⁶ *Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*, p. 34.

²¹⁷ En *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, pp. 625-628 el TS consideró el aborto como una materia eminentemente penal, siendo las consideraciones sanitarias meramente incidentales, pues el objetivo principal del legislador era penar “la interferencia en el orden natural de la concepción” al estimar dicha conducta como “socialmente indeseable”.

²¹⁸ La naturaleza penal del suicidio asistido fue puesta de manifiesto por el TS en *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519 confirmando la validez de la prohibición penal del suicidio asistido. Recientemente, en *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, par. 53 el Tribunal ha confirmado que la regulación federal también se extiende al suicidio médico asistido. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha cambiado su doctrina al considerar inconstitucional la extensión de la prohibición a personas adultas mentalmente competentes que sufren de manera intolerable y duradera una enfermedad terminal. Con esta decisión el TS emplazó al Parlamento federal a modificar el Código penal para permitir el suicidio asistido médico en estos casos, aspecto que se produjo con la aprobación de la Ley C-14 (*An Act to amend the Criminal Code and to make related amendments to other Acts (medical assistance in dying, First Session, Forty-second Parliament, 64-65 Elizabeth II, 2015-2016)*) en junio de 2016.

²¹⁹ *Loi concernant les soins de fin de vie*, chapitre S-32.0001.

de extender la titularidad del derecho a aquellos pacientes cuya enfermedad no es terminal, pero sí que menoscaba gravemente su calidad de vida –fundamentalmente la demencia–. Sin embargo, los criterios de elegibilidad forman parte de la regulación federal al ser núcleo de la provisión penalmente anulada por el Tribunal Supremo, lo cual impide la alteración provincial de los mismos.

Además, es importante tener en cuenta que el título provincial en materia sanitaria no incorpora a aquellos colectivos que se encuentran bajo jurisdicción federal como es el caso de los militares, las comunidades indígenas o los reclusos en un establecimiento federal²²⁰.

Al igual que posteriormente se verá con la asistencia social, el nivel federal ha intentado ensanchar su competencia en la materia mediante el recurso al poder de gasto. Gracias al mismo, ha llegado a acuerdos con los ejecutivos provinciales para transferirles recursos financieros a cambio de que cumplan con unos determinados estándares nacionales establecidos por el gobierno federal. La sanidad supone la mayor partida de gasto en los presupuestos provinciales, siendo necesarios estos fondos para poder sufragarlo. En consecuencia, las provincias no son totalmente libres para establecer políticas propias en materia de sanidad dado que se ven coartadas por los requisitos impuestos por el gobierno federal para recibir los fondos correspondientes²²¹.

Por lo tanto, no existe un título competencial único en materia de sanidad, siendo necesario analizar cada materia en concreto para dirimir a qué nivel de gobierno pertenece la misma²²². Aspectos como la finalidad, la naturaleza o los destinatarios de la norma serán decisivos a la hora de atribuir la competencia en cuestión al nivel provincial o al federal.

²²⁰ Dado que dichos colectivos están sometidos a competencia federal en virtud de títulos competenciales del artículo 91 y, con el objetivo de mantener una unidad de acción, la sanidad se considera una materia accesoria a los mismos y, en consecuencia, sujeta a regulación federal.

²²¹ Dichos estándares se encuentran precisados en una norma federal, la *Canada Health Act*, siendo el cumplimiento de los mismos necesario para recibir los fondos del *Canada Health Transfer*. Este sometimiento de la competencia provincial en materia sanitaria a la voluntad del nivel federal mediante el poder de gasto fue reconocido por el propio Tribunal Supremo en *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35, par. 16.

²²² *Schneider v. The Queen* [1982] 2 SCR 112, p. 142; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society* 2011] 3 SCR 134, par. 68.

3.4.2. Educación

Dada la especial conflictividad que generaba la educación en los inicios de la Confederación, esta materia fue situada en un artículo específico, el 93, con el fin de introducir precisiones al respecto del contenido del mismo. El citado precepto atribuye a los parlamentos provinciales la competencia para legislar en materia educativa, ya sea a nivel elemental, secundario o universitario²²³. El factor religioso desempeñaba un rol muy importante en 1867, por lo que, con el objetivo de proteger la educación confesional, se concibieron los apartados 1 y 2 del citado artículo. Estos preceptos tenían como objetivo salvaguardar los derechos en materia educativa de los que gozaban las comunidades religiosas minoritarias –la católica en Ontario y la protestante en Quebec– al momento de la creación de la Confederación.

Los apartados 3 y 4 suponen una excepción a la competencia general de las provincias en materia educativa, situando tanto al Gobernador General como al Parlamento federal como garantes del respeto de los derechos educativos de dichas minorías religiosas ante cualquier extralimitación provincial, pudiendo este último adoptar normas correctoras para garantizar los derechos conferidos por el artículo 93. Esta idea de que el nivel federal actúe como garante de los derechos, integrando los mismos en la idea nacional de Canadá, ha tenido continuidad en el tiempo, encontrándose la misma presente en la Carta de Derechos y Libertades introducida por la Constitución de 1982, siendo uno de los rasgos del sistema constitucional canadiense²²⁴.

En 1997 el Parlamento federal aprobó, a petición de la Asamblea Nacional de Quebec, una modificación constitucional con la que se introducía un nuevo precepto, el artículo 93A de la Constitución de 1867, el cual otorgaba un tratamiento diferenciado a Quebec, exceptuando a la provincia francófona de la aplicación de las excepciones contenidas en los párrafos 1 a 4 del artículo 93²²⁵. Esta reforma respondía a las intenciones de Quebec de reformar su sistema de consejos escolares, pasando los mismos a estar definidos por razones lingüísticas en lugar de por confesión religiosa. El preámbulo de la enmienda constitucional contenía dos precisiones de gran relevancia política. La primera de ellas expresaba el deseo de la provincia francófona de recobrar su plena autonomía en materia educativa. Con este desiderátum, la Asamblea Nacional

²²³ Para un análisis más profundo de la cuestión se puede consultar BEAUDOIN (2004): 437-451.

²²⁴ LAFOREST (2010): 19; (2014): 22-25.

²²⁵ *Constitution Amendment, 1997* (Quebec).

reivindicaba la plenitud de sus competencias en educación, elemento esencial para la construcción nacional de Quebec como sociedad francófona. No debe olvidarse que esta reforma constitucional se producía apenas dos años después del referéndum de 1995, donde el factor lingüístico jugó un papel muy relevante. En el preámbulo también se apreciaba una segunda proclama política, de aún mayor calado que la anterior, por la que la Asamblea Nacional declaraba que dicha reforma constitucional no suponía, por su parte, reconocimiento alguno de la Constitución de 1982, para cuya aprobación no dio su consentimiento. Este hecho provocó que esta sea la única enmienda constitucional post 1982 que no contiene mención al procedimiento de reforma empleado, si bien es patente que, por la naturaleza de la misma, se realizó al amparo del artículo 43 de la Constitución de 1982 referente a modificaciones que afectan a una o varias provincias, pero no a todas. En este caso, la enmienda aprobada concernía única y exclusivamente a la provincia de Quebec.

La asimetría relativa a Quebec que recoge el artículo 93A no constituye el único tratamiento diferenciado en materia educativa recogido en el texto constitucional, pues el propio artículo 93 hace referencia a la existencia de preceptos específicos para otras provincias los cuales se fueron articulando conforme se produjo su entrada en la Confederación²²⁶. Estos preceptos suponen una limitación de la competencia provincial en educación impidiendo que el ejercicio de la misma lesione los derechos de los que gozaban algunas escuelas confesionales con anterioridad a la Confederación. De nuevo, es posible observar cómo otorgar un tratamiento diferenciado a unas determinadas provincias en base a sus características propias no supone un perjuicio para el resto o un menoscabo de la igualdad, poniéndose de manifiesto la función integradora del federalismo asimétrico.

3.4.3. Asistencia social

La seguridad social es otro de los campos donde las provincias poseen capacidad normativa. En Canadá, el término bismarckiano de seguridad social no tiene tradición como en otros estados, especialmente en Europa continental, sino que generalmente es sustituido por la denominación programas sociales o asistencia social. La Constitución de 1867 no contempla dicho término y, en consecuencia, no asigna competencia en el

²²⁶ Estos son los casos de Manitoba (1870), Alberta (1905), Saskatchewan (1905) y Terranova (1949). La previsión para Terranova fue modificada en 1987 y 1997, siendo abolida en 1998. En 2001 se volvió a reformar dicho artículo para incluir la nueva denominación de la provincia, renombrada Terranova y Labrador.

campo de manera explícita a ninguno de los dos niveles de gobierno. Al igual que sucede con la sanidad, la seguridad social era un asunto menor en tiempos de la Confederación, siendo asimilada a la beneficencia, la cual era prestada por la Iglesia y organizaciones privadas. El desarrollo del estado social, y la consecuente creación de nuevos programas, ha puesto de manifiesto la necesidad de un acomodo constitucional de los mismos.

La asistencia social, que comprende multitud de programas según el tipo de necesidades que se busque satisfacer, es competencia de las provincias, dada su consideración de materia local²²⁷. Con base en la misma los gobiernos provinciales han articulado programas de vivienda pública, salud dental, renta mínima o atención a discapacitados y dependientes. Ahora bien, la competencia provincial sobre este campo no ha disuadido al gobierno federal de intervenir en el mismo, generando tensiones con los gobiernos provinciales, siendo estas de especial intensidad con Quebec dado que esta provincia concibe la política social como un campo para su expresión como comunidad nacional. El nivel federal no puede intervenir directamente en materia de asistencia social, dado que carece de un título competencial para ello. Sin embargo, sí que ha utilizado el poder de gasto para transferir recursos financieros a las provincias con los que financiar los mismos a cambio de un determinado grado de condicionalidad. Gracias a dicha condicionalidad, el gobierno federal ha intervenido indirectamente en el campo de la asistencia social, buscando la consecución de unos objetivos comunes a escala nacional²²⁸. La dependencia de fondos federales a la hora de financiar estos programas ha provocado una reducción de la autonomía provincial en el campo de la asistencia social, teniendo estas que plegarse a los requisitos que imponga el gobierno federal si quiere recibir los fondos consignados a tal efecto.

4. LA CLÁUSULA RESIDUAL PROVINCIAL

4.1. Naturaleza y significado

El artículo 92.13 contiene el título competencial provincial que mayor campo de acción ha desplegado: el relativo a propiedad y derechos civiles. Producto de la interpretación de los tribunales, esta materia ha sustituido como cláusula residual provincial a la originalmente concebida para tal fin en el artículo 92.16, mediante la que

²²⁷ *Reference re Adoption Act (Ontario)*, [1938] S.C.R. 398.

²²⁸ Entre otros, destaca la condicionalidad del *Canada Assistance Plan* y sus sucesores, el *Canada Health and Social Transfer* y, posteriormente, el *Canada Social Transfer* cuyas implicaciones se detallarán en el capítulo referente al federalismo fiscal.

se atribuía a las provincias cualquier materia de naturaleza meramente local o privada. Este precepto ha caído en desuso en favor del artículo 92.13 cuyo radio de acción ha permitido ir incorporando a la esfera provincial multitud de materias que no tienen anclaje expreso en ninguna de las enumeraciones competenciales contenidas en la Constitución de 1867.

El término propiedad y derecho civil tiene amplia tradición en Canadá, siendo su origen anterior a la Confederación²²⁹. Dicho concepto está especialmente relacionado con la actual provincia de Quebec, que es continuadora de la tradición civilista francesa, a diferencia del Canadá anglófono, que sigue un modelo de *common law*. La *Quebec Act* de 1744 contenía en su artículo octavo esta expresión, restaurando en la provincia el sistema de *Code Civil* que existía en la misma antes de la conquista británica²³⁰. No obstante, la noción de propiedad y derecho civil recogida en el artículo 92.13 de la Constitución de 1867 es de menor amplitud que el concepto previo a la Confederación. La implantación de un sistema federal, con la consiguiente división de poderes entre los dos niveles de gobierno, ha reducido este concepto al asignar la Constitución algunas de las competencias que lo integran al nivel federal, como es el caso de la regulación del matrimonio o de las patentes.

La asignación de esta competencia a las provincias permitió el mantenimiento de la mayoría de las normas de derecho privado vigentes en el momento de creación de la Confederación, si bien algunas fueron decayendo al ser sustituidas por normas federales, dado que afectaban a materias expresamente recogidas en la lista federal. Por lo tanto, en virtud del título de propiedad y derecho civil las provincias tienen la capacidad general para legislar en el campo del derecho privado con la excepción de aquellas materias expresamente reservadas al Parlamento federal²³¹. Esta competencia es la que ha permitido a la provincia de Quebec la aprobación de su *Code Civil*, de manera que toda su normativa al respecto se encuentra codificada en el mismo²³². La determinación de las materias que se pueden clasificar como civiles y que, por tanto, se encuentran bajo poder provincial es uno de los asuntos que han generado mayor conflicto entre los dos niveles de gobierno, dificultando la armonización del mismo en todo Canadá²³³.

²²⁹ TREMBLAY (1967): 19-45.

²³⁰ MOREL (1960): 63.

²³¹ HOWES (1987): 533-547.

²³² YALDEN (1988): 376-380.

²³³ GOLDSTEIN (1998): 164.

En claro contraste con la tradición civilista francófona de Quebec, las provincias anglófonas han seguido el modelo de *common law* de inspiración británica. Ello ha resultado en una regulación más homogénea, reduciendo las disparidades regulatorias entre provincias. La uniformidad normativa en materia de propiedad y derecho civil era un valor ya tenido en cuenta en los inicios de la Confederación, siendo plasmada en el artículo 94 de la Constitución de 1867. Este artículo autoriza al Parlamento federal, previa autorización provincial, a legislar con el objetivo de unificar la regulación en materia de propiedad y derecho civil en las provincias de *common law*. Una vez producida dicha unificación, la competencia para legislar sobre estas materias pasaría al Parlamento federal de manera que éste sería el encargado de legislar sobre propiedad y derecho civil con el objetivo de mantener la uniformidad legal en la materia. La necesidad de consentimiento provincial no estaba contemplada en el diseño constitucional original, sino que fue introducida durante la redacción final de la Constitución de 1867²³⁴. Esta variación supuso el establecimiento de una garantía del poder provincial en la materia, la cual solo podría ser unificada por el nivel federal previo consentimiento de las provincias en cuestión.

Pese a las posibles ventajas que pudiera presentar una regulación uniforme, este precepto nunca ha sido aplicado, manteniéndose la autonomía provincial en este campo intacta. Además, como ya se ha mencionado, la provincia de Quebec queda al margen del mismo. Dicha exclusión supone una asimetría jurídica de carácter integrador a favor de dicha provincia. Esta asimetría constituye una garantía que asegura la permanencia del sistema de *Code Civil*, el cual constituye su principal seña de identidad en el campo jurídico, blindando al mismo ante cualquier intento de homogeneización por parte del gobierno federal. La naturaleza integradora de este precepto reside en que el mismo permite que Quebec conserve y desarrolle su sistema propio de derecho civil sin que este tratamiento diferenciado suponga un menoscabo de la igualdad provincial. Así, las provincias de *common law* pueden conservar su propia regulación o acordar con el gobierno federal la uniformidad del sistema, sin que la especificidad de Quebec les influya de manera alguna.

²³⁴ PALMER (1965): 257 señala que en la Conferencia de Londres (1866) se acordó que dicho poder fuera discrecional del gobierno federal debiendo incluirse el mismo en el ámbito del artículo 91. Sin embargo, por razones que se desconocen, el Parlamento Imperial rebajó la coerción del precepto introduciendo la necesidad de conformidad provincial.

Por lo tanto, el funcionamiento del artículo 94 dota de flexibilidad al sistema constitucional, actuando como salvaguarda del sistema de derecho civil de Quebec, garantizando la pervivencia de un elemento esencial de su identidad nacional.

4.2. Materias de naturaleza mercantil

Como se ha reseñado anteriormente, el título de propiedad y derechos civiles ha sido el precepto utilizado por los tribunales para dar anclaje constitucional a materias que son de titularidad provincial dada su naturaleza, pero que no se encuentran expresamente recogidas en el texto constitucional. Por lo tanto, gran parte del contenido material de dicho título ha sido configurado jurisprudencialmente a lo largo de los años. Dada su creación jurisprudencial, muchas de las materias que se han incluido en este epígrafe están íntimamente relacionadas con títulos competenciales federales. Ello ha acentuado la mencionada división de competencias en forma de queso gruyer, dejando agujeros en la regulación de una materia al encontrarse dicho aspecto en concreto bajo competencia del otro nivel de gobierno. Esta característica supone que algunas materias no pueden ser reguladas íntegramente por el nivel provincial dada la conexión que existe en algún punto con un título exclusivo federal, el cual atrae la competencia para sí imponiéndose sobre la regulación provincial.

4.2.1. *La regulación del comercio local*

La competencia provincial sobre el comercio local, aquellas transacciones económicas que se producen íntegramente dentro del territorio de una provincia, es consecuencia directa de la limitación por parte del *Privy Council* del alcance de la cláusula *trade and commerce* al comercio internacional e interprovincial. En virtud de esta competencia, las provincias pueden regular aspectos locales del comercio como la venta y distribución en el interior de la provincia de un determinado producto²³⁵, la regulación de la actividad comercial general con carácter intraprovincial²³⁶ –incluida la regulación de un negocio en particular²³⁷, la regulación de precios²³⁸ o los mercados

²³⁵ El *Privy Council* consideró que cualquier prohibición de estas facultades, limitada al interior de una provincia, era una materia de propiedad y derecho civil y, por tanto, ajena a la esfera competencial federal. Vid. *The Canadian Federation of Agriculture v The Attorney-General of Quebec and others* [1950] UKPC 31, [1951] AC 179.

²³⁶ *Attorney-General for Canada v. the Attorney-General for Alberta* (1916) A.C. 588.

²³⁷ Siguiendo la línea establecida por el *Privy Council*, el Tribunal Supremo validó la regulación provincial del mercado de hidrocarburos realizada por la provincia de la Columbia Británica dado que esta concernía únicamente a la actividad de la misma dentro de los límites de la provincia. Vid. *Home Oil Distributors Ltd. et al. v. Attorney-General of British Columbia et al.*, [1940] S.C.R. 444.

agrícolas²³⁹. La competencia para regular estas materias se entiende incluida dentro de la esfera competencial de las provincias en virtud del artículo 92.13 de la Constitución de 1867 salvo que la regulación de las mismas tenga efectos extraterritoriales, lo cual desborda dicho título competencial provincial²⁴⁰. En la misma línea, las provincias también pueden restringir el comercio de algunos productos, caso de la reciente prohibición de la venta de bebidas alcohólicas azucaradas en las tiendas de conveniencia por parte de Quebec²⁴¹, siempre que la regulación de los mismos no se encuentre dentro de un título federal como sucede con sustancias ilícitas como las drogas, al encuadrarse estas bajo el título federal relativo al derecho penal²⁴². Estos supuestos constituyen un nuevo ejemplo del *sistema gruyer* de división de competencias, donde aspectos de una materia se encuentran repartidos entre los dos niveles de gobierno, siendo necesario analizar con detalle el sustrato de cada materia para poder encuadrarla correctamente dentro del correspondiente título competencial.

Además, cabe recordar que, como se ha tratado ya, la competencia provincial sobre el comercio local no es absoluta, sino que ha sido modulada por la jurisprudencia permitiendo una progresiva afectación de este campo por parte del gobierno federal mediante fórmulas diversas como la aprobación de esquemas cooperativos o con el fin de asegurar la efectividad del comercio internacional o interprovincial²⁴³.

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board* [1938] A.C. 708.

²⁴⁰ Este fue el caso enjuiciado en *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association et al.*, [1971] S.C.R. 689, p. 703 donde se declaró inconstitucional una norma que protegía a los productores locales dado que la misma suponía, en la práctica, la expulsión del mercado de los productores de otras provincias. Este esquema legislativo era una copia del implementado por Quebec, el cual Manitoba replicó con el único objetivo de conseguir un pronunciamiento del Tribunal Supremo respecto a su constitucionalidad.

²⁴¹ La provincia de Quebec puede prohibir la venta de estos productos en tiendas de conveniencia (*dépanneurs*), limitando la misma al monopolio provincial sobre la venta de alcohol al ser una materia de comercio local. Sin embargo, la provincia carece de competencias para restringir la cantidad de alcohol que pueden contener estas bebidas dado que la regulación de esta materia se encuentra dentro del título federal de derecho penal al ser una medida destinada a proteger la salud. En cambio, si la restricción de la composición tuviera fines meramente comerciales esta quedaría vedada al legislador federal a ser una materia de comercio local tal como quedó establecido por el Tribunal Supremo en *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914 al interpretar el alcance de la *Food and Drugs Act* (R.S.C., 1985, c. F-27).

²⁴² En el caso de las bebidas alcohólicas azucaradas, estas se producían en Quebec por lo que se estaba ante un caso paradigmático de comercio local. Si estas hubieran sido fabricadas en otra provincia o en el extranjero, Quebec no habría podido restringir su importación, pero sí su venta en los *dépanneurs* pues ello sí es una cuestión puramente local que queda bajo competencia provincial.

²⁴³ Sobre este asunto, véase lo afirmado en relación con la cláusula *trade and commerce*, junto a la jurisprudencia citada.

4.2.2. El negocio asegurador

El primero de los campos donde se dirimieron conflictos de competencias fue el de las aseguradoras. Dada la naturaleza de este negocio, las administraciones públicas procedieron a regular el sector con el objetivo de proteger a los consumidores. A diferencia de la banca, que es de competencia exclusiva federal, el sector de los seguros no está expresamente recogido en el texto constitucional. Una vez constatado este vacío, ambos niveles de gobierno aprobaron normas con la intención de regular el sector. El *Privy Council* validó en 1881 una ley de Ontario relativa al aseguramiento contra incendios afirmando que la regulación contractual se encontraba dentro del título provincial de propiedad y derecho civil dentro la provincia²⁴⁴. Treinta y siete años más tarde, el mismo órgano volvió a pronunciarse sobre la materia, afirmando la inconstitucionalidad de la *Insurance Act*, que exigía una licencia federal a toda compañía aseguradora para poder operar²⁴⁵. De nuevo, la decisión se basó en que dicha área se encontraba bajo jurisdicción provincial y por tanto fuera del control del Parlamento federal, el cual no podía establecer requisitos que condicionaran la operatividad de las compañías aseguradoras. Pese a estas decisiones judiciales, no puede afirmarse que la totalidad del negocio asegurador se encuentre fuera del alcance federal. En una controvertida decisión, el Tribunal Supremo validó en el caso *Wentworth* la aplicabilidad de la ley federal de insolvencia a una compañía aseguradora, siendo inaplicable la norma provincial al respecto, que establecía un orden de prelación de pagos diferente²⁴⁶. De esta manera, a través del título competencial relativo a la insolvencia, el gobierno federal impone su normativa al negocio asegurador frente a la regulación provincial a tal efecto.

Este caso nos permite apreciar otro ejemplo del sistema de división competencial en forma de queso gruyere. Así, la regulación de las compañías aseguradoras está dentro de la esfera provincial bajo el título de propiedad y derechos civiles. Sin embargo, ante casos de insolvencia de las mismas no resulta de aplicación una norma provincial, generándose un agujero en el título competencial, sino una federal. La decisión por parte del Tribunal Supremo de aplicar la normativa federal de insolvencia a las aseguradoras supone abrir una puerta trasera que permita la regulación federal de un sector bajo competencia provincial cuyo alcance es imposible de precisar, pudiendo una

²⁴⁴ *The Citizens Insurance Company of Canada and The Queen Insurance Company v Parsons* [1881] UKPC 49, [1881] 7 A.C. 96.

²⁴⁵ *Re Insurance Act, 1910*, [1913] S.C.R. 260.

²⁴⁶ *Attorney General (Ontario) v. Policy Holders of Wentworth Insurance et al.* [1969] SCR 779, p. 806.

interpretación expansiva poner en riesgo el actual sistema de división de poderes, reduciendo el campo provincial de actuación en beneficio del nivel federal. El *sistema gruyer* conlleva la imposibilidad de articular un esquema legislativo completo y coherente por parte provincial, pues hay determinados apartados que quedan fuera de su radio de acción, corriéndose el riesgo de que se generen lagunas y/o incoherencias en la regulación.

Otro caso de este sistema de división de competencias es el que afecta al aseguramiento en el sector marino. Al ser el mismo de competencia federal bajo el epígrafe relativo a la navegación (artículo 91.10), cualquier negocio asegurador en la materia se rige por normativa federal, quedando el campo vedado a la legislación provincial con independencia de que ésta sea la competente en materia de seguros.

En el mismo sentido giran las regulaciones de otras áreas de la actividad económica y mercantil. Al amparo del artículo 92.13, la regulación mercantil es de competencia provincial. Sin embargo, quedan exceptuadas de este título aquellas industrias que sean de competencia expresa federal –caso de la banca o la navegación– o aquellas que han sido incorporadas a la esfera competencial federal gracias a la cláusula POGG, como la energía nuclear o el sector aeronáutico. En cuanto a la regulación mercantil, se pueden observar dos líneas diferenciadas de interpretación judicial. Mientras la instancia judicial suprema estaba en Londres, el *Privy Council* mantuvo la línea de que toda materia relativa a los contratos era de jurisdicción provincial al ser propiedad y derecho civil. En cambio, cuando la última instancia judicial pasó a ser el Tribunal Supremo de Canadá se observa una interpretación más amplia de los poderes federales, especialmente del título relativo a la regulación del comercio, a costa de los provinciales. Esta línea judicial ha permitido al gobierno federal intervenir en determinados mercados, fundamentalmente agrícolas y ganaderos, bajo el argumento de que se producen numerosas transacciones interprovinciales, debiendo limitarse las provincias a los mercados locales²⁴⁷. De nuevo, se observa que el criterio de eficiencia económica ha actuado como elemento central de la expansión de las competencias federales en el campo del comercio.

²⁴⁷ *Reference re Agricultural Products Marketing*, [1978] 2 S.C.R. 1198.

4.3 Un reducto inmune a la intervención federal: la regulación del mercado de valores

Otro campo controvertido donde se han producido conflictos de competencias es el de los valores mobiliarios. Desde la creación de los primeros mercados de valores en el S. XIX, estos han sido regulados por las provincias dado el carácter local de los mismos²⁴⁸. La conexión de la materia con el título de propiedad y derecho civil es innegable, puesto que las transacciones versan sobre propiedades de empresas. Como consecuencia de esta competencia provincial hoy en día coexisten reguladores del mercado de valores en todas las provincias, así como en los territorios. Con la reducción de las distancias gracias a los avances tecnológicos, el mercado se ha globalizado progresivamente, perdiendo su componente local, adquiriendo una dimensión interprovincial e internacional, lo cual ha abierto la puerta a la regulación de estos aspectos por parte del gobierno federal²⁴⁹. En 2011, el gobierno federal sometió a dictamen del Tribunal Supremo un proyecto de ley para regular dichas transacciones. En el *Securities Act Reference* el Tribunal Supremo rechazó unánimemente dicho proyecto sobre la base de que la regulación diaria de este mercado, núcleo principal del texto legal, formaba parte del título provincial de propiedad y derecho civil²⁵⁰. El Tribunal consideró que la regulación de los pretendidos aspectos de competencia federal realmente suponía una regulación completa del mercado de valores mobiliarios, superponiéndose ésta a la de las provincias y desplazándolas totalmente del campo competencial, resultado que el TS no estimó justificado. En consecuencia, la competencia del Parlamento federal es únicamente periférica en la materia, imposibilitando una regulación completa por parte federal salvo que haya una delegación de las provincias hacia el mismo.

Esta decisión del Tribunal Supremo tiene como resultado la inexistencia de un regulador común para el mercado de valores, quedando los mismos sometidos a la autoridad provincial o territorial del lugar en cuestión. Este sometimiento a reguladores locales, en lugar de a un regulador nacional común, es una característica inédita en el federalismo comparado²⁵¹. En materia de valores mobiliarios, en el constitucionalismo canadiense ha primado el respeto al sistema de distribución de competencias sobre el pragmatismo y la sencillez regulatoria. El dictamen de 2011 supuso un freno a la línea

²⁴⁸ *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318.

²⁴⁹ El gobierno federal ya regula aspectos tangenciales del mismo, en lo relativo a las empresas de jurisdicción federal y los aspectos conectados con el derecho penal.

²⁵⁰ *Reference re Securities Act* 2011 SCC 66, par. 116.

²⁵¹ HOGG (2010): 21-28.

argumental expansiva que el Tribunal Supremo venía manteniendo en relación con la cláusula *trade and commerce* desde que se convirtió en la máxima autoridad judicial de Canadá. Al considerar que la regulación de un esquema coherente y completo en materia de valores mobiliarios excedía el título competencial federal relativo al comercio, el Tribunal salvaguardó la competencia provincial en dicha materia, manteniendo el *statu quo* constitucional. Pese a que frecuentemente los ejecutivos provinciales acusan al TS de tener una visión centralizadora de la federación²⁵², esta decisión pone de relieve que el Tribunal intenta mantener el equilibrio competencial entre los dos niveles de gobierno. En relación con los valores mobiliarios, el Tribunal Supremo ha optado por seguir un criterio formalista, manteniendo una visión estática de la Constitución, en contra de la consideración de la misma como un árbol vivo que había mantenido recientemente²⁵³. Esta decisión no hace sino profundizar en un enfoque interpretativo de la Constitución que permite adaptar la misma a los nuevos tiempos sin que ello conlleve necesariamente aumentar las competencias federales a costa de reducir las provinciales. La creciente interpretación restrictiva de los títulos federales de *trade and commerce* y de derecho penal pone de manifiesto que el Tribunal Supremo ha interiorizado la importancia de mantener el equilibrio de poderes en la federación pues, en caso contrario, la estabilidad de la misma podría verse afectada pudiendo una interpretación centralizadora servir de catalizador de las demandas secesionistas en Quebec²⁵⁴. Además, el hecho de que la decisión fuera tomada por unanimidad, es buena muestra del compromiso de sus integrantes con el respeto de la esfera competencial de los gobiernos provinciales y, en particular, el título de propiedad y derecho civil.

El enfoque estrictamente competencial que adoptó el Tribunal Supremo en relación a los valores mobiliarios ha sido criticado desde la ciencia económica. Desde esta disciplina, se considera que el Tribunal Supremo ignora la realidad del mercado de capitales canadiense, cada vez más integrado, impidiendo una regulación efectiva del

²⁵² Esta idea es compartida por BROUILLET (2006): 307-333 quien advierte sobre la necesidad de desarrollar una teoría federal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo para evitar que la interpretación del sistema de distribución de competencias suponga una recentralización de la federación.

²⁵³ *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, párrafos 22-26. Este concepto tiene larga tradición en la doctrina judicial canadiense, vid. *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), p. 136 siendo célebre su invocación en el *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

²⁵⁴ Aunque las reclamaciones soberanistas en Quebec no estaban presentes en este asunto, sí que se aprecia la voluntad por parte del TS de mantener el equilibrio de poderes entre la esfera competencial federal y la provincial como una derivada del principio de federalismo, proposición que lleva a restringir el alcance de la cláusula *trade and commerce* para evitar un desbordamiento del sistema constitucional a favor del nivel federal (*Reference re Securities Act* 2011 SCC 66, par. 7).

mismo en perjuicio del conjunto de Canadá²⁵⁵. En esta ocasión, el criterio de eficiencia económica no ha sido suficiente para desplazar la competencia sobre el mercado de valores a la esfera federal. La mejor solución, y así fue puesto de manifiesto por el TS²⁵⁶, para encontrar un equilibrio entre la eficiencia económica y el modelo de división de competencias sería la implantación de un esquema cooperativo que permitiera acordar una serie de estándares comunes, así como mecanismos de colaboración e intercambio de información entre los diferentes reguladores. Como es sabido, este tipo de esquemas ya fueron utilizados para regular otro tipo de mercados como el del huevo, por lo que la federación cuenta con experiencia en este campo. Por lo tanto, alcanzar una solución satisfactoria en términos competenciales y de eficiencia queda a la voluntad política, una vez la jurisprudencia ha clarificado la materia²⁵⁷.

Siguiendo esta idea, el gobierno federal llegó en 2009 a un acuerdo con las provincias de Columbia Británica, Ontario, Saskatchewan, la Isla del Príncipe Eduardo y Nuevo Brunswick –además del territorio del Yukón– para poner en marcha el *Memorandum of Agreement regarding the Cooperative Capital Markets Regulatory System* (MOA), un regulador pan-canadiense del mercado de valores.

Este esquema legislativo supondría la armonización de la legislación referente al mercado de valores, que estaría integrado por una ley provincial –denominada *Provincial Capital Markets Act* o Ley de Uniformidad– que fijara estándares comunes, así como de una ley federal –la *Capital Markets Stability Act*– que regulara los aspectos concernientes al registro de datos, el riesgo sistémico y el derecho penal. Dichos aspectos son los que fueron identificados en *Reference re Securities Act 2011* como susceptibles de tener una dimensión nacional y, por tanto, de posible apropiación federal bajo el título de *trade and commerce* en su segunda vertiente, dada la imposibilidad provincial de atajar el problema de forma individual. Además, el MOA también supone la creación de un tribunal *ad-hoc* para la materia y el establecimiento de un Consejo de Ministros –integrados por los ministros de finanzas provinciales y su homólogo federal– que se convierte en el órgano responsable de cualquier modificación de la Ley de Uniformidad o de la norma federal de estabilidad.

²⁵⁵ PURI (2012): 193.

²⁵⁶ *Reference re Securities Act 2011* SCC 66, párrafos 58 y 132.

²⁵⁷ En este sentido vid. FRAIBERG (2012): 174-185 y ROUSSEAU (2012): 186-189. Alberta y Quebec iniciaron en 2017 un proceso de actualización de su legislación en este campo, convergiendo en algunos aspectos como la protección al inversor.

La provincia de Quebec, que en otra muestra de su voluntad de reafirmar su autogobierno se ha negado hasta la fecha a participar en este esquema cooperativo, refirió el mismo a su *Cour d'Appel*, con la intención de determinar si este suponía una invasión injustificada en la esfera provincial de competencias. En su dictamen²⁵⁸, el tribunal provincial consideró que dicho esquema suponía un ejercicio válido del título federal de *trade and commerce* en relación con materias que afectan a todo el país al ir más allá de la regulación de una industria en particular, siguiendo el razonamiento del Tribunal Supremo en el dictamen de 2011²⁵⁹. Por esta razón, la *Cour d'Appel* consideró que, dado que el objetivo principal del MOA es atajar el riesgo sistémico del mercado de valores, la intervención federal es válida bajo el título de comercio y abasto.

Sin embargo, la *Cour* dudaba sobre la constitucionalidad del MOA en los términos en los que fue redactado, al entrar en colisión con la doctrina de la soberanía parlamentaria y el principio de federalismo²⁶⁰. Estas dudas residían en el hecho de que las provincias participantes delegaran su competencia sobre el mercado de valores en el Consejo de Ministros²⁶¹, cuestión contraria al diseño constitucional tal como quedó establecido en *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*²⁶². Además, el hecho de que el voto en el mismo fuera ponderado en función del tamaño de cada mercado provincial supone permitir el veto de ciertas provincias – fundamentalmente Ontario y la Columbia Británica–, aspecto que la *Cour* entendía incompatible con la idea de interés general que habilita la regulación federal de la materia dado que la misma se basa en la incapacidad de las provincias para dar una solución satisfactoria al problema de forma individual²⁶³.

La decisión de la *Cour d'Appel* fue recurrida ante el Tribunal Supremo tanto por Quebec como por el gobierno federal, sumándose a este último el ejecutivo de la Columbia Británica. De manera similar a la *Cour d'Appel*, el Tribunal Supremo también estimó que el MOA suponía un ejercicio válido del poder federal sobre comercio y abasto al ser la finalidad principal del mismo la regulación del riesgo sistémico y sus

²⁵⁸ *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2017 QCCA 756.

²⁵⁹ *Ibid.*, párrafos 129-135. La *Cour* supeditaba esta declaración de inconstitucionalidad a la eliminación de los artículos 76 a 79 del proyecto federal pues estos suponían otorgar al Consejo de Ministros la capacidad de modificar las regulaciones provinciales sobre valores mobiliarios, aspecto que consideraba contrario al principio de federalismo (párrafos 137-138).

²⁶⁰ *Ibid.* párrafos 57-81 y 102.

²⁶¹ *Ibid.*, párrafos 57-61.

²⁶² *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31.

²⁶³ *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2017 QCCA 756, párrafos 96-102.

efectos negativos en el conjunto de la economía canadiense²⁶⁴. Para el TS, esta norma es un ejercicio válido de la competencia federal sobre los aspectos periféricos del mercado de valores, dado que no supone una regulación del núcleo de dicha actividad económica –la operativa diaria–, sino que únicamente abarca aquellos aspectos económicos de trascendencia nacional en consonancia con lo establecidos en el *Securities Reference*²⁶⁵. En consecuencia, la norma federal no desplaza a las regulaciones provinciales, sino que las complementa, regulando aspectos de interés nacional que exceden las fronteras provinciales²⁶⁶. El carácter nacional del riesgo sistémico, un aspecto ya reconocido por el TS²⁶⁷, es el que permite al Parlamento federal legislar al amparo de la vertiente del título de *trade and commerce* relativo a aquellas materias que afecten a todo el Dominio²⁶⁸. Es importante resaltar que el riesgo sistémico nacional supone únicamente un aspecto de esta materia, por lo que las provincias pueden adoptar normas con el objetivo de atajar el “riesgo sistémico provincial”, pues este se predica únicamente en relación con sus economías locales y, por tanto, queda dentro del título provincial de propiedad y derecho civil²⁶⁹. Por todo ello, el Supremo entiende que la regulación del riesgo sistémico nacional es un ejercicio válido de la competencia federal de comercio y abasto al ser una materia de carácter nacional que afecta al conjunto de Canadá²⁷⁰.

Por otro lado, el Tribunal Supremo rechazó las dudas expresadas por la *Cour d’Appel* acerca de la constitucionalidad del MOA al entender que este no suponía una restricción de la soberanía parlamentaria, pues dicha norma no constriñe la soberanía de las legislaturas provinciales al no ser sus provisiones jurídicamente vinculantes²⁷¹. El TS consideró que la *Cour d’Appel* se excedió en su análisis al derivar obligaciones jurídicas de la vinculación política que la naturaleza cooperativa del MOA conllevaba²⁷². Igualmente, también rechazó que las hipotéticas modificaciones que acuerde el Consejo de Ministros supongan una afectación de la capacidad legislativa provincial sobre

²⁶⁴ *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, par. 124.

²⁶⁵ *Ibid.*, párrafos 87-95.

²⁶⁶ *Ibid.*, par. 96.

²⁶⁷ *Reference re Securities Act*, párrafos 103-106

²⁶⁸ *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, par. 116.

²⁶⁹ *Ibid.*, par. 114.

²⁷⁰ A diferencia de lo afirmado por la *Cour d’Appel*, el Tribunal Supremo no consideró inconstitucionales los artículos 76 a 79 del proyecto de ley federal, entiendo que no existía derecho de veto alguno y que la delegación realizada a favor del Consejo de Ministros era válida (*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, párrafos 119-121).

²⁷¹ *Ibid.*, par 68.

²⁷² *Ibid.*, párrafos 69-70.

valores mobiliarios al no ser estas vinculantes para las provincias, por lo que en ningún caso se puede considerar que se esté produciendo una delegación del poder primario para legislar, aspecto que sería contrario a la Constitución al violar el sistema de distribución de poderes y subordinar el nivel provincial al federal²⁷³. En consecuencia, el Consejo carece de potestad para modificar las normativas provinciales sobre el mercado de valores, siendo los Parlamentos de las provincias los encargados de seguir las recomendaciones del mismo si así lo estiman conveniente.

La validación de la constitucionalidad del MOA por parte del Tribunal Supremo supone una continuación de la doctrina esbozada en el *Securities Reference*, permitiéndose el establecimiento de un regulador común para las provincias y territorios que así lo deseen, sin que ello impida a provincias como Quebec o Alberta mantener sus propios reguladores, los cuales sí estarían sujetos a la regulación de la *Capital Markets Stability Act*, dado que su regulación del riesgo sistémico y el intercambio de información se encuentra fuera de la esfera competencial provincial. El carácter cooperativo de este esquema es pieza clave para su constitucionalidad, pues son las provincias quienes, de forma voluntaria, deciden homogeneizar su normativa con la federal para alcanzar un mayor grado de unidad. Sin embargo, es posible cuestionarse si esta voluntariedad no puede derivar *de facto* en obligatoriedad al actuar “la presión del mercado” como fuerza centrípeta que acabe empujando a las provincias más reticentes, Quebec y Alberta, a converger con la autoridad única patrocinada por el gobierno federal y algunas provincias, fundamentalmente Ontario²⁷⁴.

Esta asimetría es un buen ejemplo de la flexibilidad del sistema de competencias canadiense conseguida a través de la interpretación judicial, permitiéndose combinar la unidad del regulador común con la diversidad de las provincias que prefieren continuar con un modelo propio. Como el propio tribunal reconoce, la opinión consultiva únicamente valida la constitucionalidad de un esquema cooperativo en torno al mercado de valores cuya implementación será válida siempre que no altere el sistema de distribución de competencias constitucionalmente establecido, siendo la oportunidad, o no, de formar parte del mismo, así como la conveniencia de avanzar en pos de una

²⁷³ *Ibid.*, párrafos 79-80.

²⁷⁴ El apoyo de Ontario a este modelo, fundamental para su puesta en marcha, se debe a la voluntad provincial de consolidar a la ciudad de Toronto como plaza fuerte del mercado de valores canadiense a costa de los intereses de Alberta y Quebec.

regulación uniforme pancanadiense una cuestión meramente política que corresponde a cada provincia²⁷⁵.

4.4. Las relaciones laborales y el seguro de accidentes

La jurisdicción sobre las relaciones laborales tampoco se encuentra expresamente atribuida a ninguno de los dos niveles de gobierno. Sin embargo, desde principios del S. XX, los tribunales han venido encasillando dicha competencia dentro de las materias comprendidas en el título de propiedad y derecho civil del artículo 92.13 de la Constitución de 1867. En *Toronto Electric Commissioners*²⁷⁶ el *Privy Council* consideró inconstitucional una ley federal que imponía la conciliación en disputas laborales a servicios considerados esenciales como la minería, el transporte o las comunicaciones. En la misma línea, los componentes del Consejo consideraron que debía rechazarse la competencia federal basada en la cláusula POGG en favor de la competencia provincial de propiedad y derecho civil. En consecuencia, el Parlamento federal modificó su ley para hacerla compatible con la decisión judicial, limitando su acción únicamente a aquellos sectores económicos bajo su competencia exclusiva como la navegación y el transporte interprovincial. Treinta años más tarde, esta decisión fue contestada ante los tribunales en el denominado caso de los estibadores, siendo confirmada su validez por parte del Tribunal Supremo²⁷⁷. Esta interpretación ha tenido especial trascendencia en los casos de aplicación del artículo 92.10 a obras y emplazamientos federales. Las relaciones laborales en dichos casos deben reputarse, ya sea por conexión operacional o funcional, parte esencial de ellos para que queden sujetas a regulación federal. En caso contrario, deberán regirse por las normas de la provincia en cuyo territorio se encuentren.

El campo de las relaciones laborales presenta, de nuevo, otra de las múltiples manifestaciones del *sistema gruyer* de distribución de competencias. Pese a que, desde los años veinte del siglo pasado, es pacífica la competencia provincial sobre la materia, la misma no es completa al no poder abarcar todo el espectro económico, como quedó patente en relación con los estibadores. Aquellos sectores de la economía que se

²⁷⁵ *Ibíd.*, párrafos 130-131. Esta idea está en consonancia con el alcance del principio de federalismo cooperativo adoptado en otros asuntos por el Tribunal Supremo donde se afirma que el mismo no puede suponer un límite en el ejercicio válido de la competencia legislativa constitucionalmente atribuida (*Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, par. 19) ni desbordar o modificar el sistema de distribución de competencias (*Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467, par. 39).

²⁷⁶ *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396.

²⁷⁷ *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529.

encuentran bajo competencia federal forman una porción que se extrae del campo provincial de relaciones laborales, dejando en la misma un vacío, impidiendo que se dé una regulación uniforme y completa²⁷⁸. Así, la regla general es la competencia provincial mientras que la atracción federal es la excepción²⁷⁹. En su jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha manteniendo el estándar anteriormente reseñado de la esencialidad de la conexión funcional u operacional de la relación laboral con respecto al sector en cuestión, no bastando la mera conexión con un área de jurisdicción federal. La rigidez de dicho estándar ha dificultado el crecimiento de la porción federal de competencias, rechazándose situaciones donde la relación era meramente testimonial²⁸⁰.

Las provincias también gozan de la competencia en materia de seguro laboral de accidentes, de manera que pueden establecer un sistema obligatorio de aseguramiento que cubra a los trabajadores en caso de sufrir lesiones y/o accidentes derivados de su ocupación laboral²⁸¹. En su justificación, el *Privy Council* derivó el seguro de accidentes de otras dos competencias provinciales ya establecidas –las relaciones laborales y la materia aseguradora–, configurando la misma como un híbrido entre ambas, sin detenerse en la posible existencia de una categoría de competencias relativas a la política social²⁸².

4.5. El cierre del sistema: la relación entre las cláusulas residuales

La interactuación entre las dos cláusulas residuales supone el cierre del sistema de distribución de competencias. Sin embargo, la naturaleza y valor de las mismas son diferentes. La cláusula federal fue concebida desde sus inicios como un precepto que dotara al sistema de un mecanismo de cierre, asignando al Parlamento federal aquellas

²⁷⁸ Esto sucede, por ejemplo, en el caso de la lengua, donde la normativa provincial en materia lingüística laboral es inaplicable a aquellas empresas que se encuentran sometidas a jurisdicción federal como bancos y empresas de telecomunicaciones o transporte. Este hecho ha sido frecuentemente criticado desde Quebec –fundamentalmente por el PQ y el NDP–, debido a la inaplicabilidad de las previsiones de la *Loi 101* relativas a la obligatoriedad del francés como lengua de trabajo. Este aspecto ha sido criticado por ROBITAILLE y ROGUÉ (2013): 666-691 quienes entienden que el Tribunal Supremo ha validado la aplicación a las empresas federales de las normas provinciales en vigor.

²⁷⁹ *Four B Manufacturing v. United Garmet Workers*, [1980] 1 S.C.R. 1031, p. 1045.

²⁸⁰ No pueden considerarse como esenciales la relación de los trabajadores que están construyendo la pista de un aeropuerto –*Construction Montcalm Inc. v. Min. Wage Com.*, [1979] 1 S.C.R. 754–, o de aquellos que trabajan para una empresa que recibe ayudas federales como parte de un programa de promoción al empleo –*YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532–. La mera conexión federal de estas categorías no es suficiente para que el nivel federal ejerza su poder de atracción encasillando a estos trabajadores bajo su regulación laboral.

²⁸¹ POIRIER (2002): 380.

²⁸² *Ibidem*. Esta caracterización ha sido mantenida por el Tribunal Supremo, quien ha continuado encuadrando el mismo bajo la competencia provincial en materia de propiedad y derecho civil tal como sucedió en *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, par. 32.

materias no expresamente atribuidas a las provincias, de manera que quedara asegurado un elevado grado de centralización a favor del gobierno federal. Por su parte, el título de propiedad y derecho civil fue pensado como un título que atribuyera a las provincias aquellas competencias relacionadas con el derecho privado. Ha sido el desarrollo jurisprudencial de este precepto el que ha ido variando su naturaleza hasta pasar a desempeñar la función de cláusula residual provincial. La evolución jurisprudencial de ambas cláusulas ha sido decisiva a la hora de determinar el alcance de las mismas, delimitando su contenido y aplicación. Dicha evolución ha permitido que la cláusula provincial se configure como un verdadero contrapeso al expansionismo pretendido por el nivel federal en relación con aquellas competencias que no tienen un acomodo expreso en los títulos competenciales de los artículos 91 y 92 de la Constitución de 1867. La ausencia de un precepto de tal naturaleza habría generado una fuerza centralizadora en la federación al limitar las competencias provinciales a aquellas materias contenidas en los títulos competenciales de la lista provincial, sin posibilidad de atribuir a las provincias competencia sobre materias que no existieran en los orígenes de la Confederación.

El valor de las mismas también es diferente, configurándose la federal como una cláusula general que permite incorporar a la esfera competencial federal cualquier tipo de materia, mientras que la provincial queda restringida a aquellas que tengan una conexión material con la temática de propiedad y derecho civil. Pese a que la mayor generalidad de la cláusula federal puede llevar a pensar que ésta se impondría sobre la provincial, la interpretación judicial de las mismas ha venido manteniendo un equilibrio entre ellas, distribuyendo las competencias no expresamente atribuidas entre los dos órdenes de gobierno a uno u otro según su naturaleza.

Por lo tanto, la relación entre ambas ha posibilitado la modernización del sistema de distribución de competencias en un sistema constitucional con una Constitución de carácter antiguo, que data de 1867, y que, con alguna pequeña excepción ya reseñada, no ha sido modificada desde su creación. Esta diferencia temporal ha provocado que gran parte de los títulos competenciales contenidos en el texto constitucional se encuentren hoy obsoletos o incompletos, especialmente tras el surgimiento y desarrollo del estado del bienestar. Este fenómeno ha aumentado la relevancia de las cláusulas residuales, que han ampliado su ámbito de actuación para integrar multitud de materias

que no fueron contempladas en el diseño original²⁸³. La falta de concreción de muchas materias ha permitido un desarrollo abierto del sistema, propiciando la intervención conjunta de los dos niveles en el mismo campo. La naturaleza residual de ambas cláusulas ha ahondado en el *sistema gruyer* de distribución de competencias entre los dos niveles de gobierno antes mencionado, lo que ha redundado, en la práctica, en una elevada complejidad, alejada de la aparente sencillez que se desprende del texto constitucional. Con el objetivo de clarificar el modelo, los tribunales han desarrollado una serie de teorías interpretativas que se tratarán a continuación, las cuales permiten delimitar materias complejas y atribuir las a un orden de gobierno en particular.

La mencionada importancia de las cláusulas residuales ha sido decisiva para aumentar la flexibilidad del sistema de distribución de competencias, configurándose como un elemento característico del modelo federal canadiense en claro contraste con la rigidez formal del mismo, posibilitando la durabilidad del sistema y su adaptación a los desafíos de la era moderna²⁸⁴. Dicha flexibilidad ha contribuido a integrar y acomodar las diferentes sensibilidades territoriales, en particular la de Quebec, asegurando a las provincias un amplio abanico de competencias que ejercer en exclusiva.

5. LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES

5.1. El modelo formal de competencias

5.1.1. *Naturaleza y funcionamiento*

La mayoría de los títulos competenciales contenidos en la Constitución de Canadá son definidos como exclusivos siguiendo el modelo original de compartimentos estancos. La excepción a esta regla se contiene en el artículo 95, en el que se recoge la existencia de poderes concurrentes en dos materias: agricultura e inmigración. Sin embargo, esta concurrencia de poderes se ve condicionada y matizada por la última frase de dicho artículo, que supedita la validez de las normas provinciales al respecto a su compatibilidad con la regulación que apruebe el Parlamento federal. Esta primacía de la norma federal sobre la provincial se produce con independencia del momento de aprobación de la misma. Es decir, la regulación provincial únicamente tiene validez mientras sea compatible con la norma federal, pudiendo devenir inaplicable de manera sobrevenida si el Parlamento federal altera su regulación de manera que se genere una antinomia con la norma provincial. Por lo tanto, en materia de agricultura e inmigración,

²⁸³ Entre otras pueden citarse las de vivienda, desarrollo regional, investigación y desarrollo o cultura.

²⁸⁴ MONAHAN y SHAW (2013): 260.

el artículo 95 permite a las provincias el desarrollo de las competencias en dichos campos siempre que estén supeditados a las bases y principios que establezca el gobierno federal.

Este tipo de regulación competencial posibilitaba que el gobierno federal dejara el campo libre a las provincias y no hiciera uso de su capacidad normativa, la cual mantendría con independencia de dicha inacción. Sin embargo, el Parlamento federal ha aprobado normas al respecto en ambos campos, aunque con distinta intensidad, estableciendo una serie de estándares comunes que la regulación provincial debe respetar. La regulación federal ha sido más laxa en el campo agrícola, dada la especial conexión local de la materia, permitiendo un mayor margen de actuación a los parlamentos provinciales que en el migratorio.

5.1.2. Agricultura

En el campo agrícola, la regla general es que todas las materias que se encuentran dentro de este título son de competencia provincial mientras el gobierno federal no legisle sobre las mismas. En el caso de que esto suceda, la norma federal será válida en virtud del principio de primacía, deviniendo la provincial inaplicable en cuanto sea contraria a la federal.

En base a este criterio las provincias han ocupado la mayor parte del campo, regulando materias como el registro de las instalaciones agrarias, el planeamiento del territorio habilitado para la misma, la salud animal, la agricultura urbana o el agroturismo. Por su parte, el gobierno federal se ocupa de aspectos como las regulaciones técnicas de los productos agrícolas, la seguridad alimentaria o la innovación agraria. El criterio seguido a la hora de distribuir las competencias parece conectado con la naturaleza local de las mismas. De esta manera, aquellos asuntos con trascendencia interprovincial han sido regulados por el gobierno federal, dejando en manos de las provincias los de carácter meramente local²⁸⁵.

5.1.3. Inmigración

La concurrencia de poderes en materia migratoria es otro de los rasgos característicos del sistema federal canadiense, puesto que dicho título competencial está

²⁸⁵ Para más detalle sobre la regulación agrícola en Canadá se puede consultar FULLER y BUCKINGHAM (1999).

generalmente reservado al nivel federal en la mayoría de las federaciones²⁸⁶. Desde los inicios de la Confederación el gobierno federal asumió la competencia en inmigración sin conflictos importantes hasta que, en la década de los 60 del S. XX, la provincia de Quebec comenzó a mostrar interés por regular la materia²⁸⁷. La principal motivación que llevó a la provincia francófona a querer intervenir en el campo migratorio se encuentra en la percepción de la inmigración como una manera de contrarrestar la progresiva despoblación que se estaba produciendo en la misma, dado su bajo índice de natalidad²⁸⁸.

En 1971 se firmó el primer acuerdo entre el ejecutivo federal y el provincial en la materia, denominado *Lang-Cloutier*, posibilitándose la presencia de funcionarios de la provincia en algunas de las delegaciones federales en el extranjero, si bien su rol era muy reducido. Dichos acuerdos se fueron reformulando, ampliando paulatinamente las competencias de Quebec²⁸⁹, introduciéndose un sistema de vetos positivos y negativos en 1978, con la firma del Acuerdo *Cullen-Couture*. El veto positivo tenía una especial relevancia constitucional. Mediante este sistema, el gobierno federal se comprometía a aceptar a aquel inmigrante que, aunque cumpliera los estándares fijados por la provincia, no reunía los fijados por el nivel federal. Esta previsión suponía que el criterio provincial se imponía al federal en caso de discrepancia, invirtiendo la primacía federal del artículo 95 de la Constitución de 1867²⁹⁰. La constitucionalidad de dicho acuerdo se salvaba dado que el sistema de vetos se articulaba mediante una norma federal, de manera que se evitaba el conflicto formal entre norma provincial y norma federal, si bien materialmente se solventaba a favor de la primera.

En 1991 se firmó el acuerdo actualmente en vigor²⁹¹, inspirado en las previsiones relativas a la materia migratoria que se incluían en el fallido Acuerdo del Lago Meech, recogiendo, además, los elementos principales del modelo *Cullen-Couture*. Este acuerdo amplió, aún más, los poderes de la provincia francófona confiriéndole el poder exclusivo en lo relativo a la selección de inmigrantes –salvo en

²⁸⁶ WATTS (2008): 194-198.

²⁸⁷ El único conflicto reseñable se produjo a principios del s. XX cuando la Columbia Británica aprobó normas con el objetivo de prohibir la llegada de inmigrantes chinos. Sin embargo, dichas normas no llegaron a entrar en vigor dado que el gobierno federal ejerció su poder de desaprobación, que todavía no había caído en desuso.

²⁸⁸ KOSTOV (2008): 93.

²⁸⁹ Este acuerdo fue seguido por el *Andras-Bienvenue Accord* en 1975.

²⁹⁰ KOSTOV (2008): 96-97.

²⁹¹ *Canada-Québec Accord relating to Immigration and Temporary Admission of Aliens*, también conocido como *Dougall-Tremblay Accord* por los apellidos de los ministros firmantes.

reagrupación familiar y refugiados–, así como asumiendo todo el proceso administrativo para lo cual se fijaban una serie de compensaciones económicas a satisfacer por el gobierno federal. Entre otras materias, Quebec tiene poder de decisión, y por tanto de veto, sobre la admisión de estudiantes extranjeros, trabajadores temporales o de aquellas personas que desean recibir tratamiento médico en la provincia²⁹². Además, la provincia francófona se encuentra obligada a recibir una cuota de refugiados igual al porcentaje de inmigrantes que recibe. Esta previsión ha cobrado especial trascendencia tras la decisión del gobierno federal de ampliar el cupo de refugiados sirios con el objetivo de combatir la crisis humanitaria suscitada en dicho país.

El acuerdo *Gagnon-Tremblay-McDougall*, actualmente en vigor, recoge todas las reivindicaciones históricas de Quebec en materia de inmigración, consolidando un federalismo asimétrico en la materia que permite a la provincia gestionar con gran autonomía dicha parcela competencial. El acuerdo migratorio entre Quebec y Canadá constituye un elemento clave para la preservación del carácter nacional de Quebec como sociedad francófona, permitiéndole primar la acogida de inmigrantes francófonos para combatir la despoblación y mantener la preponderancia del francés en la provincia²⁹³. Este acuerdo ilustra cómo, gracias a su flexibilidad, el sistema constitucional canadiense ha sido capaz de integrar el carácter distintivo de Quebec, otorgando a dicha provincia competencias para el mantenimiento y desarrollo de su comunidad nacional sin necesidad de reformar el texto constitucional²⁹⁴.

Pese a ello, Quebec continúa reclamando la necesidad de dotar de rango constitucional al Acuerdo, ante el temor de que su naturaleza legal amenace su continuidad. Sin embargo, dicha continuidad no está amenazada dado que el propio acuerdo garantiza su pervivencia recogiendo la imposibilidad de su modificación unilateral por cualquiera de las partes, así como su carácter indefinido.

La mayor parte de las provincias y territorios han seguido la estela de Quebec y han firmado acuerdos de cooperación con el gobierno federal en materia migratoria²⁹⁵,

²⁹² *Ibíd.* artículo 22.

²⁹³ El acuerdo permite a Quebec recibir una cuota de inmigrantes en función de su peso poblacional, la cual puede exceder en un 5% si así lo desea.

²⁹⁴ El gobierno de Quebec ha intentado renegociar el acuerdo para ampliar sus competencias al campo de la residencia permanente, regulando las condiciones de obtención de la misma, una pretensión que ha sido rechazada por el gobierno federal.

²⁹⁵ Estos acuerdos tienen su base legal en el artículo 8.1 de la *Immigration and Refugee Protection Act* 2002, por la que se autoriza al Ministerio de Inmigración a concluir acuerdos con las provincias en la materia. Esta norma introduce una asimetría *de iure*, pues contempla regímenes legales diferentes para las provincias con competencia plena en materia de selección, caso de Quebec, y para aquellas que comparten dicha prerrogativa con el gobierno federal. Los acuerdos concluidos por el gobierno federal

aunque ninguno es tan completo como el alcanzado por la provincia francófona, que ha ido incrementado sus poderes en cada renegociación tanto con respecto al acuerdo anterior como a los que ostentan otros gobiernos provinciales. Esta tendencia a ampliar la descentralización en materia migratoria comenzó a revertirse en 2012, cuando el gobierno federal sometió a condicionalidad los acuerdos de nominación provincial²⁹⁶ y se retiró unilateralmente de programas conjuntos de provisión de servicios de acogida en Manitoba y la Columbia Británica²⁹⁷. Este incipiente proceso de recentralización en materias como los servicios de acogida ha incrementado el grado de asimetría entre provincias, siendo el modelo de Quebec radicalmente diferente al resto²⁹⁸. La existencia de asimetrías, tanto *de iure* –caso de la *Immigration Act*– como *de facto* –pues no todas las provincias han deseado asumir las mismas competencias–, hace que la inmigración sea uno de los campos competenciales donde se aprecia un mayor grado de heterogeneidad, sin que existan indicios de que dicha situación puede cambiar en un futuro próximo²⁹⁹.

5.1.4. Pensiones de jubilación, supervivencia y discapacidad

En el artículo 94A encontramos otra competencia concurrente entre las provincias y el nivel federal. Este precepto, introducido en 1951³⁰⁰, materializó la cesión por parte de las provincias de la competencia en materia de pensiones de jubilación en favor del nivel federal, la cual se encontraba comprendida dentro del título residual de propiedad y derechos civiles³⁰¹.

con las diferentes provincias y territorios pueden consultarse en <http://www.cic.gc.ca/english/department/laws-policy/agreements/index.asp>

²⁹⁶ Estos programas, denominados *Provincial Nominees Program*, permiten a las provincias seleccionar a un determinado número de inmigrantes, previamente acordado con el gobierno federal, en función de criterios que la provincia considere de relevancia para sus intereses. Este sistema no se aplicaba a Quebec, dado que, a diferencia del resto, esta provincia tiene competencia en la selección de inmigrantes.

²⁹⁷ PAQUET (2014): 540-541.

²⁹⁸ Sucesivos acuerdos no han hecho sino perpetuar esta brecha, caso de los concluidos en 2017 entre el gobierno federal y la provincia de Ontario, los cuales otorgan a dicha provincia poderes muy reducidos en comparación con los de Quebec, así como elimina la cooperación en servicios de acogida.

²⁹⁹ El Acuerdo de Charlottetown, en su apartado 27, pretendía reducir esta heterogeneidad añadiendo un precepto que obligara al gobierno federal a ofrecer igualdad de trato a toda aquella provincia que quisiera concluir un acuerdo en materia de inmigración con respecto a otra que ya tuviera un acuerdo en vigor. Este precepto hubiera homogeneizado el sistema, extendiendo las prerrogativas de Quebec al resto de provincias en caso de desearlo estas, profundizándose en la descentralización de la competencia de inmigración.

³⁰⁰ *British North America Act, 1951 (U.K.), 14 & 15 Geo. VI, c. 31. Constitution Act 1964 (U.K.) 1964, c. 73.*

³⁰¹ Este precepto sufrió modificaciones en 1964 y 1982 pues originalmente solo abarcaba la jubilación, si bien la naturaleza del mismo ha permanecido invariable.

En su configuración actual, este precepto constitucional autoriza al Parlamento federal a legislar en materia de pensiones de jubilación, supervivencia y discapacidad. La introducción del artículo 94A incluyó un concepto constitucional novedoso: la primacía provincial. Esta primacía provincial supone que, si una provincia había legislado sobre la materia con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, o decidía hacerlo con posterioridad, no se vería afectada por la legislación federal al primar la norma provincial al respecto³⁰². Esta disposición permitió al gobierno federal aprobar el *Canada Pension Plan*, de aplicación en todas las provincias salvo Quebec, que decidió ejercer su derecho de retirada en 1965, aprobando su propio esquema jurídico en la materia: el *Régime du rentes du Québec*³⁰³.

Al igual que en el caso del seguro de desempleo, la precaria situación tributaria provincial redundó en una recentralización de competencias, si bien, de menor calado que la anterior. La primacía provincial del artículo 94A en materia de pensiones permite a la provincia que lo desee establecer su propio sistema, recuperando la competencia sin necesidad de una nueva modificación constitucional, lo que, sin embargo, no es posible en materia de desempleo.

Tal como se ha señalado, únicamente Quebec cuenta con un sistema propio, en lo que constituye otro ejemplo de asimetría que materializa la voluntad de Quebec de articular una política social propia como expresión de su carácter nacional, permaneciendo el resto de provincias bajo el sistema auspiciado por el gobierno federal. En este caso, estamos ante lo que MILNE denomina una asimetría en la aplicación del derecho³⁰⁴, pues partiendo de un marco constitucional homogéneo, es Quebec, o la provincia que así lo desee, la que puede decidir implantar un sistema de pensiones diferente al asumir la competencia. Una asimetría de esta naturaleza permite combinar una función integradora, al consagrar la voluntad de autogobierno de Quebec en el plano social como parte integrante de su identidad cultural, con el valor de la igualdad provincial, dado que el resto de provincias puede, como ha sido el caso, renunciar a asumir la competencia y estar sujetas al modelo federal común sin que el tratamiento diferenciado sea percibido como un privilegio para esta provincia.

³⁰² RUSSELL (2010): 23.

³⁰³ WHITCOMB (2017): 192-197 discrepa de esta afirmación pues considera que realmente fueron las nueve provincias anglófonas las que decidieron incorporarse al programa federal, que estaba basado en el sistema que Quebec se disponía a implantar, mucho más generoso que el originalmente contemplado por el gobierno federal.

³⁰⁴ MILNE (1999): 71-77.

A pesar de que el precepto constitucional consagra la primacía provincial en la materia, nada dice sobre una posible compensación económica en caso de que una provincia quiera articular su propio sistema de previsión social. La provincia en cuestión tendría que entablar negociaciones con el gobierno federal para intentar obtener fondos con los que financiar el programa o hacerlo en base a sus propios ingresos, lo cual dificulta enormemente el proceso. Al igual que sucedió en relación con el seguro de desempleo, el gobierno federal hace valer su fortaleza tributaria para ocupar un campo competencial del otro orden de gobierno, reduciendo materialmente la autonomía constitucional de las provincias, aunque formalmente conserven la capacidad de recuperar la competencia en materia de pensiones.

5.2. La ampliación judicial de la esfera concurrente

5.2.1. *El primer indicio: la teoría del doble aspecto*

En 1883, el *Privy Council* fue más allá de su tradicional enfoque de los compartimentos estancos y enunció por primera vez la teoría del doble aspecto (*double aspect*), afirmando que las materias que, en un aspecto y para un fin, caen dentro de la lista provincial, pueden hacerlo en otro aspecto y para otro fin en la lista federal³⁰⁵. Los integrantes del tribunal afirmaron que las legislaturas provinciales no son en ningún caso delegados de otro Parlamento –el Imperial en este caso–, sino que, dentro de su esfera de competencias, gozan de la misma supremacía que la que tienen el Parlamento Imperial y el del Dominio. El trasfondo de esta decisión es muy importante pues es la primera vez que el *Privy Council* reconoce la igualdad constitucional entre la federación y las provincias, o lo que es lo mismo, entre sus parlamentos. *Hodge v. The Queen* tuvo una importante significación política en la lucha entre los reformistas de Ontario, liderados por MOWAT, y los conservadores de MACDONALD³⁰⁶. Los reformistas lideraron una importante batalla por los derechos provinciales con el objetivo de evitar la expansión centralista del gobierno federal. MOWAT tuvo una gran relevancia dada su condición tanto de *Premier* como de Fiscal General de Ontario. Tanto su labor jurídica como de *lobby* ante el *Privy Council* fueron decisivas para que la *British North America Act* fuera tratada como un texto de naturaleza constitucional y no como una mera ley, de manera que se reconocieran y respetaran los derechos de las provincias³⁰⁷.

³⁰⁵ *Hodge v The Queen* (Canada) [1883] UKPC 59, P.C.

³⁰⁶ ROMNEY (1999): 154.

³⁰⁷ *Ibidem*. p. 155.

Por lo tanto, la aplicación de la teoría del doble aspecto supuso el primer atisbo de la posibilidad de que haya áreas concurrentes entre los dos niveles de gobierno más allá de las contempladas en el texto constitucional³⁰⁸. La génesis de esta teoría se encuentra en el reconocimiento de que hay materias que, por su propia naturaleza, no pueden ser únicamente categorizadas bajo la competencia de un nivel de gobierno. En consecuencia, una materia puede ser en una faceta de competencia federal y en otra de competencia provincial. Ello implica la posibilidad de que ambos niveles adopten normas válidas sobre el mismo sujeto u objeto, de manera que cada una afecte a diferentes aspectos de la misma materia³⁰⁹.

La aplicación de la misma puede resultar en un conflicto de aplicación de leyes entre dos normas válidas, una federal y otra provincial, como ha sucedido en materias como la insolvencia, los tipos de interés o la custodia de menores³¹⁰. Tal como afirmó el Juez WATSON en el ya reseñado *Local Prohibition Case*, este conflicto debe resolverse a favor de la norma federal. Esta regla es conocida como la primacía federal, la cual fue descrita por primera vez por el *Privy Council* en el caso *Grand Trunk*³¹¹.

El alcance de la primacía federal depende de cómo entendamos el modelo de distribución de competencias. Una concepción estricta del modelo de competencias exclusivas nos llevaría a aplicar la regla de la primacía federal ante cualquier solapamiento provocado por la teoría del doble aspecto, al rechazarse la existencia de materias concurrentes. En cambio, una concepción más flexible de la misma supone restringirla a aquellos casos donde se produzca un verdadero conflicto entre las dos normas. Esta concepción restringida de la regla de la primacía ha sido defendida, entre otros, por el Juez del Tribunal Supremo DICKSON para quien la mera duplicación sin que medie conflicto o contradicción entre las normas no es suficiente para aplicar la primacía federal e invalidar la norma provincial³¹². La concepción limitada del principio de primacía federal que sigue DICKSON está influida por las tesis de LEDERMAN en

³⁰⁸ LEDERMAN (1963): 188-189.

³⁰⁹ Así sucedió, en *Construction Montcalm Inc. v. Min. Wage Com.*, [1979] 1 S.C.R. 754 donde se entendieron como válidas normas provinciales aplicables a aeropuertos, materia de competencia exclusiva federal, siempre que no perjudicaran uno de los elementos esenciales de la competencia federal como es la localización de los mismos.

³¹⁰ La aplicación de la teoría del doble aspecto a estas materias se ha producido en los casos *Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada* [1894] A.C., *Attorney General (Ontario) v. Barfried Enterprises*, [1963] S.C.R. 570 y *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331, respectivamente, generándose poderes concurrentes en las mismas.

³¹¹ *The Grand Trunk Railway Company of Canada v The Attorney General for the Dominion of Canada (Canada)* [1906] UKPC 72.

³¹² SHARPE (2000): 195.

relación con la teoría del doble aspecto, quien opina que tanto la norma federal como la provincial deben reputarse válidas en situaciones en las que ambas pueden operar de manera conjunta sin que haya conflicto entre ellas³¹³.

Dado que esta teoría entraña el riesgo de generar numerosas áreas concurrentes, menoscabando la integridad de los poderes exclusivos recogidos en los artículos 91 y 92, la misma ha sido usada de manera muy restrictiva por el Tribunal Supremo, limitándose a casos en los que la multiplicidad de aspectos es real y no meramente nominal³¹⁴.

5.2.2. Otros poderes concurrentes

Junto a las expresamente establecidas en el texto constitucional, la jurisprudencia ha ido perfilando otras materias concurrentes entre los dos niveles de gobierno. Entre otras, los tribunales han reconocido como concurrentes materias de escasa entidad como las autopistas, el uso de cupones en los comercios o la obligatoriedad de cierre dominical de los mismos³¹⁵.

De mayor relevancia es la reputación como concurrente de la regulación relativa a la protección y conservación del medioambiente. El Tribunal Supremo ha reconocido que estamos ante un campo difuso, el cual no puede ser asignado en exclusiva a alguno de los niveles de gobierno³¹⁶. Por ello, los diferentes elementos de este campo son reconducidos a otras materias, generando una competencia concurrente con aspectos federales y provinciales que se interrelacionan entre sí, siendo difícil establecer un límite claro entre un área y otra³¹⁷. La mayor parte de las competencias federales giran en torno al título del poder criminal, siendo este nivel el encargado de regular todas aquellas ofensas penales relacionadas con el medioambiente. Asimismo, los controles medioambientales de calidad del aire, el agua y la prohibición de vertidos también son de competencia federal dado su carácter interprovincial³¹⁸. Las provincias, por su parte, ostentan competencias sobre aquellas materias con conexión local como el control del ruido, la planificación urbanística, el alcantarillado y la distribución de agua o la recogida y reciclaje de residuos sólidos³¹⁹.

³¹³ LEDERMAN (1963): 193.

³¹⁴ *Bell Canada v. Quebec (Commission de la Santé et de la Sécurité du Travail)* [1988] 1 S.C.R. 749, p. 766.

³¹⁵ LEDERMAN (1963): 189.

³¹⁶ *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)* [1992] 1 SCR 3, pp. 63-64.

³¹⁷ GIBSON (1973): 55.

³¹⁸ *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)* [1992] 1 SCR 3.

³¹⁹ *R. v Rice*, [1963] 1 c.c.c. 108 (Ont. Mag. Ct.).

A pesar de esta expansión judicial de la esfera concurrente más allá de las materias expresamente contempladas en la Constitución, el grado de concurrencia efectiva es limitado. La competencia concurrente se afirma en torno a grandes bloques de materias, los cuales se van descomponiendo en materias con un alto grado de concreción que son asignadas de manera exclusiva a un solo nivel. Por ello, sería más correcto hablar de títulos competenciales concurrentes que de materias concurrentes, pues la existencia de las mismas en la práctica es más que dudosa. Además, esta concurrencia parece más teórica que efectiva dado que, incluso en las materias contempladas constitucionalmente como tales no estamos ante una regulación coordinada por parte de los niveles de gobierno, sino ante una concurrencia en el sentido clásico en la que se permite regular al nivel provincial en tanto la federación no intervenga³²⁰.

6. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LAS LISTAS COMPETENCIALES: LA IMPORTANCIA DE LAS DOCTRINAS CONSTITUCIONALES

La distribución de competencias entre federación y provincias ha dado lugar al desarrollo de una serie de doctrinas por parte de los tribunales, que deben seguirse a la hora de analizar cualquier conflicto competencial. El objetivo de las doctrinas constitucionales es encontrar un balance adecuado en los casos de solapamiento entre los dos niveles de gobierno³²¹. El mantenimiento de dicho balance corresponde principalmente a los gobiernos de los dos niveles, siendo el papel de los tribunales el de facilitar la relación entre los mismos mediante el federalismo cooperativo³²². Estas doctrinas tienen el objetivo de gobernar la operatividad del federalismo canadiense, el cual es un principio guía del orden constitucional desde los tiempos de la Confederación³²³.

6.1. El enfoque tradicional: los compartimentos estancos

Como era de esperar, las primeras discrepancias sobre el alcance de la esfera de competencias de cada nivel de gobierno no tardaron en llegar tras la creación de la

³²⁰ Este sistema es el contemplado en la Constitución alemana (arts. 74 y 74A) en las que los *Länder* solo puede legislar en tanto no lo haga el *Bund*, debiendo a su vez limitarse a lo establecido en el artículo 72. Vid. ALBERTÍ ROVIRA (1986): 89-92, DENNINGER (1986): 18-26 y CABELLOS ESPIÉRREZ (2005): 289-324.

³²¹ *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22 par. 24.

³²² *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, p. 162.

³²³ *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217—en adelante *Secession Reference*—, par. 55.

Confederación, siendo labor de los tribunales la interpretación y clarificación del modelo.

La primera gran decisión en relación con el tratamiento de la división de competencias entre las provincias y la federación se produjo en el caso *Citizens Insurance v. Parsons*. Dicho caso ejemplifica el enfoque que tradicionalmente siguió el *Privy Council* a la hora de dirimir los conflictos de competencias en Canadá. Este enfoque es conocido, gracias a la célebre definición del juez Lord ATKIN, como teoría de los compartimentos estancos (*watertight compartments*), que implica que las esferas competenciales no se solapan entre sí³²⁴. De esta manera, si una materia no encuentra acomodo en un título provincial, deberá encajar en uno federal o bien reconducirse a la competencia residual del Parlamento federal a través de la cláusula POGG. Este sistema no admite vacíos competenciales, pues siempre se debe poder determinar el titular de la competencia, ni admite competencias concurrentes entre los dos niveles, salvo las ya establecidas constitucionalmente. Inicialmente, puede parecer que dicho enfoque es muy favorable a los intereses del gobierno federal, pues tiene un gran potencial para actuar en forma de fuerza centralizadora. La materialización de dicha intuición depende de lo anchas que se entiendan las áreas competenciales. En el caso mencionado anteriormente, los miembros del *Privy Council* entendieron que la facultad de regular los contratos relativos a un tipo de actividad económica en una provincia, concretamente los seguros contra incendios, no se encontraba dentro de la competencia federal de *trade and commerce*. Aquí se muestran los dos aspectos reseñados con anterioridad: por un lado, el enfoque de los compartimentos estancos, de manera que no se contempla que pueda existir una competencia que tenga parte en cada nivel de gobierno; y por otro, la negación de que dicha forma de aproximarse a la distribución competencial conlleve siempre un beneficio para el Parlamento federal. El *Privy Council* ensanchó la franja competencial provincial relativa a la propiedad y derecho civil de manera que estos contratos se encuentren dentro de la misma, con el efecto corolario de estrechar la competencia federal de *trade and commerce*.

Esta línea jurisprudencial tuvo su continuación en *Rusell v The Queen*³²⁵. En este asunto, el *Privy Council* llegó a la conclusión de que la intención del Parlamento era la de imponer una legislación uniforme en lo relativo a la venta de bebidas alcohólicas en todo el Dominio, por lo que al no ser localizable en una provincia determinada no se

³²⁴ *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.), p. 354.

³²⁵ *Charles Russell v The Queen* [1882] UKPC 33, P.C.

estaba ante una materia de carácter local. Tampoco consideró que fuera una cuestión de propiedad y derecho civil, pues se trataba de una prohibición con una pena por incumplimiento, lo que se encuadra en el título relativo al poder criminal. Por lo tanto, al no encajar esta materia en ninguno de los títulos de la lista provincial, el tribunal estimó que la misma debía pertenecer al nivel federal sin ni siquiera considerar necesario analizar en qué competencia federal en concreto se encuadraría pues, en todo caso, la cláusula residual a favor de la federación haría válida la norma en disputa. Esta forma de razonar es la propia del federalismo clásico que los fundadores tenían en mente. Si una materia no puede encuadrarse dentro de un título de competencia provincial, esta se reputará automáticamente de competencia federal. Es importante resaltar que, en este momento histórico, el título de propiedad y derecho civil no tenía una concepción tan amplia como en la actualidad, lo que unido al enfoque penal, en lugar de comercial, por el que optó el *Privy Council*, imposibilitaba la aplicación del mismo.

6.2. La verdadera naturaleza de la norma: la doctrina de *pith and substance*

Al analizar un conflicto relativo a la división de poderes, el primer paso debe consistir en determinar la validez de los preceptos normativos en disputa. Esta validez no debe ser entendida en el sentido formal, es decir, en relación a si ha sido aprobada por un órgano competente mediante el procedimiento legalmente establecido, sino en relación con el sistema de división de poderes. El objetivo de este análisis es determinar la verdadera naturaleza del instrumento normativo en cuestión, el sustrato que se esconde detrás del mismo³²⁶. Este análisis, que puede realizarse tanto de la norma en su conjunto como de uno de sus preceptos, se efectúa mediante la doctrina de *pith and substance*, una doctrina de origen británico de importantes consecuencias³²⁷.

El objetivo de esta doctrina es determinar la intención del legislador con dicha norma y el efecto legal de la misma³²⁸. La razón de ser de estos objetivos se

³²⁶ *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, p. 33.

³²⁷ *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, p. 450. El origen británico de esta doctrina, pues fue desarrollada por el *Privy Council*, ha conllevado que haya sido replicada en otros estados de la *Commonwealth* como Australia, la India, o, incluso, en el propio Reino Unido en relación con la *devolution* a Escocia (TRENCH, 2012: 316-318) y Gales (ARDEN, 2015: 124-125) configurándose como una vía para salvaguardar la autonomía territorial, si bien presenta problemas en lo relativo a su delimitación (LÓPEZ BASAGUREN, 2014b: 146-150). También fue aplicada por la Cámara de los Lores, actuando como instancia judicial, con respecto a Irlanda del Norte en *Gallagher v. Lynn* [1937] A.C. 863 (HL).

³²⁸ *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783 –en adelante *Firearms Reference*–, par. 16.

fundamenta, por un lado, en determinar la verdadera intención del legislador a la hora de articular un precepto legal. A veces, sucede que el legislador crea un precepto con la apariencia de servir para una finalidad, o bajo un pretexto determinado, cuando realmente esconde otro diferente. Este fue el caso de la legislación sanitaria de Nueva Escocia, que, bajo la apariencia de regular los hospitales o la medicina, realmente pretendía limitar la práctica de abortos en la provincia. El Tribunal Supremo entendió que se estaba ante una materia de derecho penal, de competencia exclusiva del gobierno federal (artículo 91.27), y procedió a anular la norma³²⁹. De forma análoga, puede que un precepto esté diseñado para un fin, pero a la hora de aplicarse tenga unos efectos relevantes en otra esfera jurídica. Por esta razón, a la hora de determinar el verdadero propósito de una norma los tribunales deben analizar tanto los elementos intrínsecos –la propia norma, su preámbulo etc.– como extrínsecos, particularmente el *Hansard* y todo lo acaecido en sede parlamentaria (voluntad del legislador).

Una vez se determinen estos aspectos se obtiene el sustrato legal (*pith and substance*) de la norma. Este sustrato constituye la esencia de la competencia, permitiendo definir y delimitar la materia ante la que nos encontramos de cara a su posterior inclusión dentro un título competencial.

El paso siguiente consiste en determinar si dicho sustrato se encuentra dentro de la esfera de competencias del nivel de gobierno autor de la norma. Es importante tener en cuenta que es posible que dicha norma tenga efectos secundarios en el área del otro nivel de gobierno, por lo que lo relevante en este punto del análisis es la intención dominante del precepto analizado. A este respecto, el Tribunal Supremo ha dejado claro que los efectos secundarios y meramente incidentales no tienen trascendencia en la constitucionalidad de una norma³³⁰. Estos efectos incidentales son aquellos que, siendo significativos en la práctica, son colaterales y/o secundarios en el mandato del legislador³³¹. Por esta razón, la motivación que se esconde detrás de la norma, así como los efectos de esta, son especialmente relevantes para determinar la materia a la que afecta, siendo las repercusiones económicas o sociales importantes a la hora de determinar el sustrato normativo de una disposición. Por ejemplo, la prohibición de la venta de crías de foca por parte de una norma federal fue validada por el Tribunal Supremo al considerar que el objetivo de la misma no era regular el comercio de estas,

³²⁹ *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463.

³³⁰ *Global Securities Corp.v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, par. 23.

³³¹ *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49, par. 28.

lo cual entraría dentro de la competencia provincial de propiedad y derecho civil, sino la protección de la especie, materia de competencia federal bajo el título de pesca y costa³³². Del mismo modo, las restricciones a la posesión de alcohol comprado fuera de Nuevo Brunswick fueron aceptadas como un mero efecto incidental en el comercio interprovincial al considerarse que la finalidad de la norma era la de asegurar la supervisión pública de la producción, distribución y venta de alcohol en la provincia³³³.

Este segundo paso confiere un amplio peso a la labor interpretativa de los tribunales puesto que, a veces, la línea que separa la competencia federal de la provincial es muy fina, siendo estos los responsables de mantener el equilibrio del sistema de distribución de competencias³³⁴. En estos casos, se suele mantener la línea jurisprudencial que se haya adoptado en casos similares con el objetivo de no variar de manera sustancial la división de poderes entre el nivel federal y el provincial adoptando una concepción flexible del modelo competencial³³⁵.

De esta manera, la doctrina de *pith and substance* implica el reconocimiento de que, en la práctica, es imposible que un nivel de gobierno ejerza su jurisdicción sin afectar materias del otro nivel. Esto supone la superación de la teoría clásica de los compartimientos estancos y la aceptación de que el solapamiento de las esferas competenciales es algo consustancial al sistema federal.

6.3. Los poderes accesorios

En los casos en que haya medidas que estén fuera de la esfera legislativa de un nivel de gobierno, estas se entienden válidas si forman parte de una estructura legislativa más amplia que sí está dentro de la competencia de dicho nivel. La doctrina que hace posible dicha validez es la de los poderes accesorios (*ancillary powers*). En virtud de la misma, se entienden válidas estas medidas accesorias si están integradas dentro de un esquema legislativo coherente y válido que afecta a un área sobre la que se tiene jurisdicción exclusiva. El reconocimiento de los poderes accesorios está presente en otros estados federales como Estados Unidos o Australia, en ambos de forma expresa

³³² *Ward v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 S.C.R. 569, 2002 SCC 17.

³³³ *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15124. El Tribunal Supremo entendió que existía una conexión racional suficiente entre los preceptos que limitaban el comercio intraprovincial y el esquema legislativo en el que se insertaba, reputando como válida la norma al ser la afectación del poder federal de *trade and commerce* meramente incidental.

³³⁴ *Firearms Reference*, par. 48.

³³⁵ Para ello se atiende a los títulos competenciales que tradicionalmente se han asignado a cada nivel, intentando seguir el mismo criterio con la norma en litigio.

en el texto constitucional³³⁶. El objetivo de esta doctrina es permitir que un nivel de gobierno apruebe una norma completa que regule un área determinada, al asumirse como inevitable cierto grado de solapamiento entre los diferentes niveles de gobierno en un sistema federal.

Esta doctrina presenta inconvenientes para las esferas de competencia exclusiva características del sistema canadiense. Debido a ello, se encuentra limitada a casos en los que la intrusión en la esfera del otro nivel de gobierno es necesaria para asegurar el correcto funcionamiento del esquema legislativo en cuestión. Tal como ha afirmado el Tribunal Supremo, la relación entre la disposición que está fuera de la esfera competencial y el esquema legislativo en el que se encuadra debe ser relevante y significativa³³⁷. En aquellos casos que la intrusión sea mínima bastará una mera conexión funcional con el esquema regulatorio en el que se inserte dicha disposición, tal como sucedió en *Kirkbi*, caso en el que Tribunal validó la creación de una acción civil por parte del gobierno federal en relación con la legislación sobre marcas, al considerar que la misma suponía una mínima intrusión en el título provincial de propiedad y derecho civil; la mera conexión funcional de la misma, por tanto, era suficiente para reputarla como válida³³⁸. En aquellas situaciones en las que la intrusión en la esfera competencial del otro nivel sea mayor, deberá acreditarse su necesidad, su carácter no meramente incidental, siendo la norma inválida por falta de competencia en el caso de que la disposición extracompetencial no tenga suficiente relación con el fin del esquema legislativo en el que se inserta. En *Lacombe*³³⁹, el Tribunal Supremo anuló una norma municipal que prohibía la construcción de aeródromos en lagos dentro de una regulación sobre la planificación del uso del suelo. Para el Tribunal, esta intrusión en el campo federal de la aviación no era necesaria para regular la planificación urbanística al no estar conectada ni racional ni funcionalmente con la misma³⁴⁰.

La exigencia de que esta conexión sea racional o funcional es producto de una concepción más flexible del sistema de distribución de competencias y tiene su origen en el caso *Zelensky*³⁴¹. Con anterioridad, se seguía un modelo más rígido con base en el modelo de los compartimentos estancos, en el cual se aplicaba un estricto test de

³³⁶ En la Constitución de EE.UU. se recoge en el último inciso del artículo I.8, mientras que en la de Australia en el artículo 51 (xxxix). Para un mayor detalle sobre el contenido e implicaciones de los mismos vid. LAWSON et al. (2010) y ARONEY et al. (2015): 173-199, respectivamente.

³³⁷ *Nykorak v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 331, p. 335.

³³⁸ *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 302, 2005 SCC 65, par. 33.

³³⁹ *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453.

³⁴⁰ *Ibid.*, párrafos 53-58.

³⁴¹ *The Queen v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940.

necesidad, salvando únicamente aquellas disposiciones que eran totalmente necesarias para que la norma en su conjunto fuera efectiva. El test de racionalidad fue perfeccionado por el Juez DICKSON en *General Motors* quedando el test de necesidad circunscrito a invasiones competenciales de carácter grave, mientras que al resto de intrusiones se les debe aplicar un test de racionalidad menos exigente³⁴². Desde este caso, la aplicación del test de racionalidad ha sido la norma general en relación con los poderes accesorios.

La doctrina de los poderes accesorios se aplica cuando una disposición está desde la perspectiva del *pith and substance* fuera de la competencia del nivel de gobierno que la aprueba. Dicha disposición, a priori inválida, adquiere validez al formar parte de un instrumento legislativo más amplio que sí está dentro de la competencia del nivel que lo suscribe. Por lo tanto, esta doctrina no debe confundirse con la regla de los efectos incidentales. La diferencia reside en que la regla de los efectos incidentales se aplica cuando la disposición forma parte en *pith and substance* de la competencia del nivel de gobierno que la articula, pero la misma despliega efectos sobre un área del otro nivel de gobierno. El despliegue de estos efectos meramente incidentales no es suficiente para poder aplicar la doctrina de los poderes accesorios.

Por consiguiente, la doctrina de los poderes accesorios es la única que se aplica a las materias que desde el punto de vista del *pith and substance* caen fuera de la jurisdicción del nivel de gobierno del que emanan. En el caso del doble aspecto estamos ante materias que, al menos en ese sentido, están bajo la jurisdicción del nivel de gobierno que las aprueba, aunque también caigan dentro del nivel del otro como consecuencia del solapamiento en la división de poderes. Por su parte, los efectos incidentales se aplican a materias que están dentro de la esfera competencial del nivel de gobierno en cuestión pero que tienen efectos subsidiarios en la esfera del otro.

Esta progresiva flexibilización del sistema de competencias, que fue concebido siguiendo un modelo de federalismo basado en compartimentos estancos y competencias exclusivas, ha redundado en el reconocimiento de que existen ciertas áreas limítrofes entre las dos esferas competenciales que inevitablemente se solapan en mayor o menor medida. Dicha flexibilización ha permitido garantizar un amplio nivel de autonomía a las provincias, mitigando la fuerza centralizadora del modelo competencial original.

³⁴² *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, pp. 672-674.

6.4. La importancia de preservar la integridad de las esferas competenciales de cada nivel de gobierno

Como se ha resaltado anteriormente, las doctrinas constitucionales han ido flexibilizando el sistema de distribución de competencias permitiendo el solapamiento entre los dos niveles de gobierno. Ello ha supuesto una relajación de la rigidez del modelo de competencias exclusivas, permitiendo a un nivel de gobierno actuar tangencialmente en la esfera del otro.

Ahora bien, aceptar que en ciertas circunstancias es admisible la afectación por parte de un nivel de gobierno de la esfera competencial del otro no significa que en otros casos dichas esferas no deban ser protegidas de intrusiones, incluso si dicha afectación es mínima. Por lo tanto, en algunas situaciones se debe preservar la integridad de la esfera competencial del nivel de gobierno en cuestión impidiendo que sea afectada por el otro. La justificación de esta defensa de las esferas de competencia se encuentra en el sistema acordado en la Confederación, basado en la atribución de poderes exclusivos a los dos niveles de gobierno, no en poderes concurrentes, tal como afirmó el Juez LASKIN en *Natural Parents*³⁴³. La defensa de este sistema de competencias ha dado lugar a dos doctrinas: la doctrina de la exclusividad de competencias (*interjurisdictional immunity*) y la de la primacía federal (*federal paramountcy*).

6.4.1. *La doctrina de la exclusividad de las competencias*

La teoría de la exclusividad de competencias tiene su base en el sistema de listas de los artículos 91 y 92 de la Constitución de 1867, en las que se reconoce la competencia exclusiva del Parlamento para legislar en relación con unos determinados títulos competenciales (*classes of subjects*). El hecho de que dichas competencias sean exclusivas implica que no pueden ser invadidas por las provincias, en el caso de la lista federal, incluso en el caso de que el Parlamento no haya ejercido su prerrogativa de legislar. Este extremo fue confirmado por el *Privy Council* en *Union Colliery* afirmando que el hecho de que el Parlamento federal no haya ejercido sus competencias hasta el máximo posible no implica la transferencia de lo no ejercitado a los parlamentos provinciales³⁴⁴.

³⁴³ *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751, p. 764.

³⁴⁴ *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 58, p. 588.

Esta teoría ha evolucionado con el paso de los años desde una mayor rigidez de la misma en tiempos del *Privy Council* a una mayor flexibilidad en la actualidad donde ha perdido relevancia hasta prácticamente caer en desuso. La configuración actual de la teoría quedó fijada en *Bell Canada*, asunto en el que el Tribunal afirmó que a las materias contenidas en las listas de competencias de los artículos 91 y 92 se les debe asegurar un contenido básico, mínimo e irreducible³⁴⁵. Dicho contenido es el núcleo de la competencia legislativa, que debe salvaguardarse de cualquier injerencia por parte del otro nivel de gobierno que impida la realización del mismo. El núcleo de una competencia legislativa reside en la autoridad que es absolutamente necesaria para que el Parlamento pueda conseguir el objetivo para el que se le ha atribuido la competencia exclusiva³⁴⁶.

La aplicación de la doctrina de las competencias exclusivas ha suscitado controversia, pues ha sido señalada como una herramienta destinada a favorecer al gobierno federal a costa de las provincias³⁴⁷. En *Bell Canada*, el Juez BEETZ cambió el alcance necesario para que la doctrina entrara en juego, considerando suficiente para ello que la norma “tocara” la esfera de competencia del otro nivel de gobierno. Anteriormente, tanto el Tribunal como el propio BEETZ consideraban que la doctrina solo debía aplicarse cuando la norma afectaba al otro nivel de gobierno³⁴⁸. Es decir, cuando tenía efectos negativos para el nivel de gobierno que se veía afectado por la norma del otro.

La doctrina de las competencias exclusivas ha sido cuestionada debido a su intención de limitar la interacción entre los dos niveles de gobierno³⁴⁹. Estas limitaciones van contra la opinión de que los tribunales deben favorecer, en la medida de lo posible, la aplicación de las normas aprobadas por ambos niveles con el objetivo de favorecer el interés público³⁵⁰. Si bien dicha doctrina ha sido invocada en numerosas ocasiones para tratar de proteger de la acción provincial determinadas actividades, materias o sujetos de competencia federal tales como empresas federales³⁵¹,

³⁴⁵ *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 Canada, p.839.

³⁴⁶ *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22, para. 77.

³⁴⁷ HOGG (2007): 15-34; MONAHAN Y SHAW (2013): 130-131.

³⁴⁸ Este test había sido aplicado por el Tribunal Supremo en diferentes casos, incluido BEETZ, en otros casos como *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, pp. 323-24.

³⁴⁹ *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, p. 17.

³⁵⁰ *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22, par. 37.

³⁵¹ *Ontario v. Winner*, [1954] 4 D.L.R. 657 (P.C.)

indígenas³⁵² o derecho marítimo,³⁵³ una aplicación generalizada de la misma debe rechazarse, puesto que es incompatible con la visión moderna de un federalismo flexible que sí permite la doctrina de *pith and substance*, configurándose como una excepción a la misma³⁵⁴. A ello se une la dificultad de su aplicación puesto que exige determinar para cada nivel de gobierno un núcleo de competencias con límites difusos, los cuales se han ido configurando gracias a la aplicación casuística propia del *common law*.

Todas estas críticas han llevado a una concepción mucho más limitada de la teoría de las competencias exclusivas. El principal problema reside en determinar el grado de afectación al núcleo de competencias exclusivas que es suficiente para la aplicación de la doctrina. En *Canadian Western Bank*, la mayoría del Tribunal se separa del estándar establecido en *Bell* al considerar el mismo demasiado amplio y centralizador. A la luz de los efectos de las sentencias del Tribunal, sus integrantes han constatado que si bien se supone que la teoría es recíproca –se aplica tanto a materias contenidas en la lista federal como en la provincial–, su aplicación práctica ha sido asimétrica, invocándose la misma siempre a favor del gobierno federal a expensas de la legislación provincial³⁵⁵. Por ello, creen necesario dejar atrás el estándar de *Bell* que activaba la inmunidad en el caso de que una norma, generalmente provincial, “tocara” la esfera competencial federal. Con dicho fin, sustituyen el término “tocar” (*affects/toucher*) por el de “trabar” (*impairs/entraver*), de manera que la doctrina solo debe aplicarse cuando se dificulte la acción del otro nivel de gobierno y no cuando meramente haya un efecto indirecto en su esfera de competencias. No es necesario que la afectación paralice el ejercicio del poder legislativo atribuido, pero sí que la afectación al núcleo sea grave y significativa³⁵⁶.

El test establecido en *Canadian Western Bank* refleja el obstáculo que significa la aplicación general de esta doctrina para la promoción del federalismo cooperativo con el objetivo de primar la eficacia sobre el formalismo³⁵⁷. Las características de la doctrina de las competencias exclusivas la hacen estar en tensión con la visión moderna del federalismo que reconoce la existencia de amplias áreas de solapamiento y que

³⁵² *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285.

³⁵³ *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437.

³⁵⁴ *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 86, 2007 SCC 23, par. 41.

³⁵⁵ *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22, par. 35. Sobre su teórica aplicación en favor de las provincias vid. ELLIOT (2008): 468-469.

³⁵⁶ *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536, par. 45.

³⁵⁷ SCHERTZER (2016): 290-291. WRIGHT (2010): 625-693.

permite que ambos niveles de gobierno legislen siguiendo sus propios objetivos³⁵⁸. En *PHS* el Tribunal Supremo reconoció otro de los problemas que entraña el recurso a esta doctrina: la generación de vacíos legislativos³⁵⁹. La doctrina de las competencias exclusivas protege al titular de la competencia de la afectación por parte del otro nivel de gobierno sin necesidad de que el primero ejercite su capacidad legislativa. Es decir, se protege el espacio legislativo exclusivo con independencia de que haya sido ocupado, o no, por el titular de la competencia. Por lo tanto, podrían darse casos en los que la dejadez del legislador, generalmente el federal, provoquen un vacío legislativo en relación con una materia de su competencia sin que dicho vacío pueda ser solventado, ni siquiera temporalmente, por el legislador provincial. Esta posibilidad entraña perjuicios para los ciudadanos que pueden ver cómo un área no es regulada por la pasividad de un nivel de gobierno y la imposibilidad constitucional de que lo haga el otro.

Debido a todos estos condicionantes el uso de esta doctrina ha ido decayendo con el paso del tiempo, pues sus efectos asimétricos son incompatibles con la flexibilidad y coordinación de la que precisa el federalismo canadiense moderno. De hecho, los jueces BINNIE y LEBEL consideraron en *Canadian Western Bank* que esta doctrina solo debe ser aplicada en situaciones en las que ya existe un precedente de aplicación³⁶⁰. En situaciones nuevas deben aplicarse otras doctrinas jurisprudenciales con el objetivo de salvaguardar, en lo máximo posible, la acción de los dos niveles de gobierno y la interacción entre los mismos.

6.4.2. *La primacía federal*

Debido a los problemas de compatibilidad con el federalismo moderno, en el que el grado de interconexión entre las esferas competenciales es cada vez más elevado, lo que entraña la doctrina de las competencias exclusivas es necesario recurrir a otra regla para resolver conflictos que permita un mayor grado de solapamiento entre las dos esferas competenciales. En esta línea se ha construido la doctrina de la primacía federal (*federal paramountcy*), cuya aplicación conlleva que, cuando los efectos de una ley provincial son incompatibles con los de una ley federal, la última debe prevalecer declarándose inoperante el precepto provincial en cuanto alcance la incompatibilidad.

³⁵⁸ *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, par. 62. Esta idea ha sido reiterada en *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, par. 65.

³⁵⁹ *Ibíd.* par. 63.

³⁶⁰ *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22, par. 77.

Existen dos supuestos de aplicación de la teoría de la primacía federal. El primero se produce cuando el parlamento provincial ha legislado con base en sus poderes accesorios y ha invadido un área de competencia federal. El segundo se corresponde con la situación inversa, es decir, que el Parlamento provincial haya legislado con base en sus competencias exclusivas, pero el federal lo haya hecho en virtud de sus poderes accesorios. Como es fácilmente apreciable, la dificultad de aplicación de esta teoría reside en determinar el grado de incompatibilidad que se necesita para aplicarla. El margen que se establezca tiene efectos de gran trascendencia para la configuración moderna del federalismo en Canadá. Una interpretación amplia de la noción de incompatibilidad provocaría una expansión de los poderes del gobierno central y una consiguiente centralización, mientras que una concepción más restringida permitiría un mayor margen de maniobra a los legisladores provinciales.

El Tribunal Supremo ha sido consciente del impacto de esta doctrina en el sistema federal canadiense y, por ello, ha sido cauteloso a la hora de definir el margen de aplicación de la misma. El test para determinar si la incompatibilidad es suficiente quedó fijado en *Multiple Access*³⁶¹. Con base en dicha decisión, la doctrina debe aplicarse cuando existe un conflicto en la aplicación entre una norma afirmativa y otra negativa en el mismo aspecto³⁶². Es decir, cuando al ciudadano se le dan indicaciones contradictorias de manera que es imposible cumplir ambas a la vez, resultando el cumplimiento de una necesariamente en un incumplimiento de la otra³⁶³. Por tanto, tal como posibilita la teoría del doble aspecto, es posible que existan normas de los dos niveles de gobierno concernientes a la misma materia. Si la aplicación concurrente de ambas normas es posible de manera que los ciudadanos puedan cumplir con ambas sin violar ninguna de ellas, ambas normas deben entenderse como válidas, tal como estableció el Tribunal Supremo en el caso *Spraytech*³⁶⁴. El caso paradigmático de esta situación se produce cuando una ley provincial establece requisitos adicionales a los que establece la legislación federal. En estos casos, es perfectamente posible cumplir con

³⁶¹ *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, p. 191.

³⁶² En *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, el Tribunal Supremo delimitó el conflicto en la aplicabilidad de la norma, siendo necesaria su caracterización como verdadero para que pueda aplicarse la regla de la primacía federal. Para entender un conflicto normativo como verdadero, su existencia debe probarse tras un análisis riguroso de los efectos de ambas normas, siendo necesario ir más allá de un análisis formal del texto literal de las disposiciones normativas en conflicto.

³⁶³ Esa situación fue conceptualizada por el Tribunal Supremo en *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, p. 800, con la expresión “*compliance with one law involves breach of the other*”.

³⁶⁴ *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241.

ambas, pues la ley federal establece unos mínimos que deben ser cumplidos para poder llegar al máximo establecido por el legislador provincial³⁶⁵.

Sin embargo, la evolución jurisprudencial ha desarrollado un nuevo tipo de incompatibilidad, que ha permitido reputar como inoperativa una norma provincial en casos en los que, no existiendo un conflicto en la aplicación de la norma y, por tanto, sí que es posible cumplir con ambas, se impide que la norma federal alcance el fin pretendido por el legislador, frustrando su propósito³⁶⁶. En estos supuestos, es necesario evaluar el objetivo del legislador federal a la hora de implementar la norma, de manera que si el mismo es incompatible con el de la norma provincial esta última debe ser inaplicada en virtud de la primacía federal³⁶⁷. Este criterio, estrechamente conectado con la teoría de las competencias exclusivas, entraña el riesgo de coartar la autonomía provincial, condicionando la aplicación de la regla de la primacía federal a la voluntad del legislador federal³⁶⁸. Consciente de este riesgo, el Tribunal Supremo ha adoptado un enfoque restrictivo en la aplicación de la primacía federal, advirtiendo contra la práctica de expandir de forma artificial, a través de la interpretación judicial, la finalidad de las normas federales hasta que entren en conflicto con el campo de aplicación de una norma provincial al entender que esta práctica es contraria al principio de federalismo cooperativo, que debe informar la actuación de los tribunales favoreciendo la aplicación concurrente de las normas provinciales y federales aunque ello suponga aceptar un

³⁶⁵ Otro tipo de situaciones son aquellas donde es posible adoptar soluciones que conlleven el cumplimiento de ambas normas. Este es el caso acaecido en *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13, donde el Tribunal Supremo entendió posible conciliar la aplicación de una norma federal que permite la publicidad de tabaco dentro de los puntos de venta con la prohibición provincial de exhibir publicidad de productos tabacaleros a menores de 18 años. El cumplimiento de ambas normas es posible, bien no exhibiendo publicidad o prohibiendo la entrada a menores de 18 años, por lo que no existe conflicto de aplicabilidad alguno y ambas normas deben entenderse como válidas. Pese a ello, la decisión del tribunal generó amplia controversia, pues entendió que la ley provincial no frustraba el fin de la norma federal, una interpretación que HOGG (2010): 16-9-16-10 considera discutible, y que parece responder a la poca beligerancia del Fiscal General de Canadá en este caso.

³⁶⁶ *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22, par. 76. En el mismo sentido, *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, par. 72.

³⁶⁷ Tal como quedó establecido en *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536, par. 66 y *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, par. 73 para aplicar la primacía federal es necesario demostrar que la norma provincial es incompatible con el fin pretendido por la norma federal, con independencia de que, formalmente, sea posible cumplir con ambas al mismo tiempo.

³⁶⁸ BROUILLET (2017): 158. Una aplicación estricta de este criterio podría redundar en que la mera expresión por parte del legislador federal de su voluntad de bloquear una norma provincial fuera suficiente para entender que la norma provincial frustra el fin federal y su consiguiente invalidación en virtud de la primacía federal.

cierto grado de solapamiento entre esferas competenciales³⁶⁹. Por lo tanto, los tribunales deben evitar presumir que el fin perseguido por el legislador federal sea el de ocupar todo el campo legislativo, pues ello llevaría a limitar de manera injustificada la autonomía provincial³⁷⁰.

La negativa por parte del Tribunal Supremo a permitir mediante la doctrina de la primacía federal la ocupación federal de un campo legislativo supone la constatación de la flexibilidad del sistema competencial canadiense, el cual, gracias a la interpretación judicial, muestra un mayor grado de deferencia hacia la autonomía provincial que el que podemos encontrar en modelos como el de los EE. UU.³⁷¹ o Australia³⁷². Estos sistemas han adoptado una interpretación altamente centralista de su modelo de división de competencias, permitiendo al nivel federal apropiarse de un campo legislativo de manera completa, sin margen alguno para el nivel estatal, aun cuando no haya un conflicto de aplicabilidad directo entre normas, siendo suficiente con que la norma estatal se encuentre en el mismo campo legislativo que la federal. En cambio, en el modelo canadiense, ante la ausencia de un conflicto de aplicabilidad, la norma federal solo prevalece en aquellos supuestos donde se frustre el fin del legislador federal, adoptándose un canon interpretativo menos riguroso, que intenta salvaguardar, en lo máximo posible, la autonomía del legislador provincial.

La concepción restrictiva de la regla de la primacía federal por parte del Tribunal Supremo, tanto en la concepción restringida de la finalidad federal como en su rechazo

³⁶⁹ *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, par. 21.

³⁷⁰ *Ibid.*, par. 27.

³⁷¹ En *Pennsylvania v. Nelson*, 350 U.S. 497, el Tribunal Supremo de los EE.UU. anuló una ley del estado de Pennsylvania que castigaba el delito de sedición, al afirmar que, dado que el Congreso federal había regulado con posterioridad el mismo, debía entenderse que había expresado su voluntad de ocupar dicho campo, no dejando espacio a los estados para actuar en el mismo (p. 504). Esta primacía de la norma federal (*preemption*), se deriva de la cláusula de supremacía del artículo VI.2 de la Constitución, que establece la supremacía del ordenamiento federal sobre cualquier normal estatal en conflicto. La rigidez de los efectos de la *preemption* fue atenuada levemente en *Wyeth v. Levine*, 555 U.S. 555 (2009) donde el TS aceptó que la ley estatal impusiera unos requisitos más estrictos en relación con el etiquetaje de medicamentos que los establecidos por la legislación federal. A pesar de esta flexibilización en favor de los estados, la aplicación de la primacía federal continúa siendo mucho más estricta en los EE.UU. que en Canadá. Sobre el fenómeno de la *preemption* en los EE.UU derivado del artículo VI.2 de la Constitución vid. HOKE (1992): 829-891, GARDBAUM (1994): 767-815 y NELSON (2000): 225-305. En castellano son de interés las precisiones de BORRAJO INIESTA (1986): 103-112.

³⁷² En Australia, el artículo 109 de la Constitución consagra la primacía del derecho de la *Commonwealth* sobre el de los estados en cuanto alcance la incompatibilidad. Este precepto constitucional deriva en que en aquellos casos donde el legislador federal exprese su voluntad de ocupar todo el campo legislativo, toda norma estatal deberá entenderse como inválida, incluso si no se produce un conflicto de aplicabilidad entre ambas (*Ex parte McLean* (1930) 43 C.L.R. 472, 483-485). A sensu contrario, el legislador federal puede autorizar al estatal a legislar en un campo, afirmando expresamente su intención de no ocuparlo en su totalidad (*R v Credit Tribunal; Ex parte General Motors Acceptance Corporation* [1977] HCA 34; 137 CLR 545, par. 28).

a la ocupación genérica de espacios legislativos por el legislador federal, hace del sistema federal canadiense un modelo flexible en la práctica, que ha ido apartándose progresivamente de un diseño constitucional centralista a favor de un modelo que acepta un mayor grado de interrelación entre esferas competenciales, permitiendo un mayor radio de acción a los parlamentos provinciales.

6.5. La aplicación de las doctrinas a la hora de resolver un conflicto competencial: una cuestión en disputa

Una vez exploradas las doctrinas constitucionales necesarias para resolver un conflicto de competencias la cuestión que sigue es: ¿cuál es el orden en qué deben aplicarse? El Tribunal Supremo no ha establecido de manera tajante un orden de aplicación de estas doctrinas, aunque ha reconocido que es difícil no comenzar por la de *pith and substance*³⁷³.

Dicho análisis debe completarse con las doctrinas de los poderes accesorios y los efectos incidentales para determinar la validez competencial del precepto normativo en cuestión. Una vez determinada su validez, el análisis debe versar sobre si el precepto o norma a examen es aplicable u operativo en el caso concreto. En este momento es cuando cobran relevancia la teoría de las competencias exclusivas y la de la primacía federal. No parece necesario recurrir siempre a la aplicación de la teoría de las competencias exclusivas en primer lugar y, si con esta no se llega a una solución, recurrir a la primacía federal. Este sistema daría lugar a amplias disertaciones teóricas sobre la amplitud del núcleo de una competencia con poca relevancia en la práctica. Si el caso en cuestión puede ser resuelto con la mera determinación de la validez de la norma o bien recurriendo a la primacía federal, debe hacerse de dicha manera directa por razones pragmáticas³⁷⁴. Además, no cabe olvidar que el propio Tribunal Supremo ha limitado la aplicación de la doctrina de las competencias exclusivas a situaciones ya cubiertas por la jurisprudencia, de manera que a las situaciones nuevas se les debe dar un enfoque diferente favoreciendo un mayor grado de interacción entre gobiernos³⁷⁵.

A diferencia de la mayoría del Tribunal, que es partidaria de analizar caso por caso y no establecer un orden tajante de las doctrinas constitucionales, el Juez

³⁷³ *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22, par. 76. La cuestión metodológica del orden de aplicación de las doctrinas constitucionales no es un asunto que haya preocupado especialmente al Tribunal Supremo, siendo infrecuentes las menciones a este tema en su jurisprudencia.

³⁷⁴ *Ibíd.* párrafos 77-78.

³⁷⁵ *Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467, par. 61.

BASTARACHE expresó su discrepancia al entender que el tratamiento de todas las disputas constitucionales deben seguir el mismo patrón: primero, determinar la validez de los preceptos en cuestión aplicando la doctrina *pith and substance*, con el fin de averiguar si existe algún solapamiento, y posteriormente, proceder con la doctrina de las competencias exclusivas³⁷⁶. Solo en el caso de que tras este análisis se reputen como válidas tanto la norma provincial como la federal se debe aplicar la primacía federal para dirimir el conflicto, siempre que el conflicto sea de tal intensidad como para impedir la aplicación concurrente de ambas normas. Para BASTARACHE, este análisis se debe realizar de forma escalonada, de manera que si, tras analizar el sustrato de la disposición normativa, ésta se califica como inválida, no procede seguir con el análisis. Este juez no comparte la idea de restringir la aplicación de la doctrina de las competencias exclusivas a situaciones cubiertas por un precedente. Además, estima que se debe realizar primero el análisis de aplicabilidad, pues considera que carece de lógica dirimir la operatividad de una norma que no resulta aplicable al caso en cuestión³⁷⁷.

A la luz de lo anterior, parece que no es totalmente pacífico a día de hoy el orden que se debe seguir a la hora de analizar un caso. Únicamente parece existir cierto consenso en comenzar el análisis determinando la esencia de la competencia mediante un análisis de *pith and substance*. La lógica de cómo abordar un conflicto de competencias reside en la necesidad de determinar la materia sobre la que se produce el conflicto, para posteriormente proceder a encuadrarla dentro de alguno de los títulos competenciales contenidos en las dos listas.

La aplicación en cascada de las doctrinas interpretativas, por la que inclina la mayoría del tribunal, parece la mejor opción, dado que posibilita un análisis más completo y concienzudo de la cuestión. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la postura discrepante, que se inclina por un enfoque más pragmático, privilegiando la identificación del sustrato legislativo en disputa con el objetivo de llegar a una solución de la manera más rápida posible, evitando análisis innecesarios para el resultado final. Este enfoque permitiría que el Tribunal se descargara de trabajo a costa de reducir la carga teórica de las sentencias.

³⁷⁶ *Ibíd.* párrafos 69 y 70. Este argumento fue confirmado en *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 86, 2007 SCC 23, par. 41.

³⁷⁷ *Ibíd.* par. 113.

6.6. La cooperación entre gobiernos: ¿más que un principio inspirador?

La evolución de las teorías constitucionales muestra un objetivo claro: fomentar la interacción entre los dos niveles de gobierno y promover una visión cooperativa del modelo federal³⁷⁸. Ahora bien, un aspecto clave a plantearse es ¿qué se entiende en Canadá por federalismo cooperativo y qué alcance tiene dicho principio? La definición acuñada por HOGG es la más influyente, siendo utilizada por el propio Tribunal Supremo. Este autor lo define como “la red de relaciones entre los dos niveles de gobierno mediante la cual se desarrollan mecanismos que permiten una continua redistribución de poder sin recurrir a los tribunales ni al procedimiento de reforma constitucional”³⁷⁹. Por lo tanto, la esencia del federalismo cooperativo reside en la interrelación entre los dos niveles de gobierno para llegar a acuerdos que maximicen las posibilidades legislativas de ambos. Con ello se pretende que ambos niveles puedan desarrollar las políticas públicas que crean convenientes de una manera coordinada, evitando externalidades negativas en la otra esfera de gobierno.

Un enfoque cooperativo del federalismo supone rechazar la tesis tradicional de que la competición entre niveles de gobierno, ya sea en dinámica provincial-federal o interprovincial, es más positiva que la cooperación, pues permite implementar las políticas que más se ajustan a las preferencias de los ciudadanos. Esta línea de pensamiento, partidaria del federalismo competitivo, goza de tradición en Canadá, siendo seguida por el informe MACDONALD en 1985³⁸⁰ y por autores como SMILEY³⁸¹. Como evidencia la definición acuñada por HOGG, el federalismo cooperativo es un mecanismo político, sin soporte normativo en la Constitución. La posibilidad de influir sobre el sistema de distribución de competencias mediante acuerdos políticos sin tener que recurrir a la complejidad de las fórmulas de reforma constitucional hace del federalismo cooperativo un instrumento muy útil para solucionar conflictos entre las esferas competenciales. La falta de base normativa supone un problema para su puesta en práctica, pues los acuerdos alcanzados pueden ser atacados judicialmente por carecer de base jurídica. El federalismo es un principio básico del orden constitucional canadiense, que forma parte de la arquitectura constitucional, como afirmó el Tribunal

³⁷⁸ Este mayor grado de interacción entre las esferas competenciales se ha predicado, fundamentalmente, a través de un mayor uso de la teoría del doble aspecto, permitiendo que una misma materia sea objeto de regulación tanto por el ejecutivo federal como por las provincias. GAUDREAU-DESBIENS y POIRIER (2017): 402.

³⁷⁹ HOGG (2007/2010): 5-46.

³⁸⁰ *Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada*.

³⁸¹ SMILEY (1987): 94-97.

Supremo en el *Secession Reference*³⁸². Sin embargo, la caracterización del mismo como cooperativo no es tan pacífica, si bien el Tribunal ha intentado ir potenciando este principio, dentro de lo posible.

Determinar el alcance del principio de federalismo cooperativo es clave para evaluar la influencia que puede llegar a tener en el constitucionalismo canadiense la aplicación del mismo. La interpretación que el Tribunal Supremo ha dado a dicho principio es la tradicional: al no tener el principio anclaje en el texto constitucional, este no puede limitar la acción legislativa o modificar la división de poderes que establece la Constitución³⁸³. En el *Reference re Securities Act*, el Tribunal afirmó que, aunque la flexibilidad y la cooperación son características importantes para el federalismo, estas no pueden modificar la estructura constitucional³⁸⁴. Este argumento fue confirmado en el caso del Registro de Armas³⁸⁵ en el que, por una ajustada mayoría de 5 a 4, el Tribunal Supremo rechazó que dicho principio pudiera ser utilizado como base para obligar al gobierno federal a ceder los datos del registro a Quebec antes de destruirlos. Para la mayoría del Tribunal Supremo, la posibilidad de que el principio de federalismo cooperativo limitara la acción del legislador impidiendo la destrucción de los datos no tenía ninguna base jurídica en la Constitución, por lo que no podía imponer límites al ejercicio de una competencia reconocida constitucionalmente. El Tribunal recalca que su jurisprudencia tampoco permite limitar el campo de acción del legislador de manera que se imponga una obligación positiva de cooperación entre niveles de gobierno, pues entiende que dicha consideración debe ser rechazada porque menoscabaría la soberanía parlamentaria³⁸⁶. Con esta referencia a su jurisprudencia, el Tribunal está reconociendo implícitamente la posibilidad de que se desarrollara una interpretación jurisprudencial que sí permitiría limitar la acción del legislador cuando tiene como objetivo perjudicar a otro orden de gobierno. La minoría discrepante, en la que se encontraban todos los jueces procedentes de Quebec, defendió que en las ocasiones en las que el principio cooperativo da lugar a un esquema legal, él mismo debe también guiar su extinción³⁸⁷.

³⁸² *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, párrafos 55-60.

³⁸³ A lo máximo que ha llegado el Tribunal Supremo (*Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, par. 27) es a emplear dicho principio como criterio para interpretar las doctrinas constitucionales –la primacía federal en este caso–, sin que ello suponga, en ningún caso, una modificación formal del sistema de distribución de competencias.

³⁸⁴ *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, párrafos 61 y 62.

³⁸⁵ *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14.

³⁸⁶ *Ibid.* par. 20.

³⁸⁷ *Ibid.* párrafos 116-122.

Por lo tanto, hasta ahora la concepción dominante del federalismo cooperativo es bastante limitada³⁸⁸. Se entiende como un principio inspirador de la conducta de los actores gubernamentales, pero su alcance no va más allá de la crítica política por actuar de forma desleal hacia el otro orden de gobierno o sin tener en cuenta los intereses y/o necesidades del mismo. La división que evidenció el caso del registro de armas muestra que no existe consenso dentro del tribunal en torno al alcance de dicho principio y sus posibles consecuencias en relación con el sistema de competencias. Dicha división invita a pensar que la concepción estrictamente formal del principio cooperativo tiene todavía largo recorrido. Resta por ver si, dado que el Tribunal está llamado a ser renovado ampliamente en los próximos años, la cooperación entre gobiernos continúa como un mero principio inspirador de la acción gubernamental o si pasa a ser concebida por los tribunales como un elemento que aumente la flexibilidad del sistema de división de competencias, incrementando la interrelación y la concurrencia entre las dos esferas competenciales.

³⁸⁸ GAUDREAUULT-DESBIENS y POIRIER (2017): 406-412.

CAPÍTULO IV

EL MODELO INSTITUCIONAL CANADIENSE, SUS LIMITACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INTEGRACIÓN FEDERAL Y EL DESARROLLO DEL SISTEMA DE RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES

1. EL SISTEMA INSTITUCIONAL Y SUS LIMITACIONES DESDE UNA PERSPECTIVA FEDERAL

El sistema institucional canadiense fue diseñado siguiendo el modelo del Reino Unido, tal como expresa la noción *similar in principle* recogida en el preámbulo de la Constitución de 1867. Como resalta KENDLE, dicha idea recoge la preocupación británica del S. XIX por encontrar un marco que combinara la capacidad de las colonias para gestionar sus intereses locales a la vez que continuaran unidas al Imperio¹. Esta identificación con el sistema británico llevó a los Padres de la Confederación a adoptar un sistema bicameral a semejanza del presente en el Parlamento Imperial de Westminster. Siguiendo este diseño, la Constitución de 1867, concretamente su artículo 16, crea un Parlamento estructurado de forma tripartita por la Reina, la Cámara de los Comunes y un Senado configurado con naturaleza de Cámara Alta.

El sistema institucional esbozado en 1867 presentó, desde sus inicios, problemas para reconciliarse con el modelo federal, siendo especialmente notable la incapacidad de las cámaras del Parlamento federal y, en particular el Senado, para canalizar la participación provincial en el proceso legislativo federal.

La necesidad de encontrar mecanismos que permitan el diálogo y la mediación entre los dos niveles de gobierno ha resultado en un desplazamiento de dichas funciones hacia otras instituciones, provocando una evolución progresiva del sistema institucional. Esta evolución ha tenido un impacto decisivo sobre el sistema federal, condicionando su devenir, a la vez que ha ido mutando para adaptarse a las necesidades de este.

El Tribunal Supremo ha venido a desempeñar la función de árbitro entre los dos niveles de gobierno, actuando como equilibrador del sistema federal entre las fuerzas centrífugas y centrípetas que amenazan con desestabilizarlo². Dada su condición de intérprete supremo de la Constitución, la labor del Tribunal ha sido decisiva a la hora de desarrollar el modelo federal, así como ha contribuido a vertebrar territorialmente la federación, en un contexto en el que la unidad nacional estuvo en riesgo. La

¹ KENDLE (1997): 53.

² SCHERTZER (2016): 259-270. WRIGHT (2016): 365-454.

interpretación judicial de la Constitución y el diálogo interterritorial han venido a suplir, de facto, a la reforma constitucional dado que la consecución exitosa de la misma parece todavía lejana.

El factor territorial está presente en todas las piezas que integran el sistema institucional canadiense dada la creciente interrelación existente entre los dos niveles de gobierno. Adoptar una perspectiva territorial del sistema institucional supone la constatación de la importancia de introducir mecanismos que articulen la participación provincial en el nivel federal, para así asegurar su correcto desarrollo y funcionamiento.

La importancia de este enfoque ha conllevado que la perspectiva territorial haya estado presente, tanto de manera directa como indirecta, en los numerosos procesos de reforma institucional que se han planteado en los últimos años. Siguiendo esta premisa, las modificaciones llevadas a cabo por el ejecutivo de TRUDEAU en los sistemas de nombramiento tanto de los senadores como de los integrantes del Tribunal Supremo han incorporado estas nociones, implementando mecanismos que abran dichos sistemas a la participación de las provincias. Por ello, a continuación se pretende analizar aspectos como la composición, la naturaleza constitucional y el funcionamiento de los principales órganos que integran el sistema institucional de Canadá, así como los procesos de reforma que afectan a estas instituciones y el impacto que tendrían los mismos en el modelo federal.

1.1. La Cámara de los Comunes

La Cámara baja del Parlamento federal, los Comunes, es elegida por sufragio universal y directo, debiendo renovarse, al menos, cada cinco años tal como estipula el artículo 50 de la Constitución de 1867³. Esta periodicidad fue alterada a consecuencia de la aprobación en 2007 de la Ley C-16, que establece que deben celebrarse elecciones el tercer lunes de octubre cuatro años después de la última elección federal, aunque la misma puede variar en caso de que el gobierno pierda la confianza de la Cámara o el Gobernador General disuelva el Parlamento de manera anticipada a petición del Primer Ministro⁴.

³ Por su parte, el artículo 5 de la Constitución de 1982 establece la obligatoriedad de que tanto el Parlamento federal como las Asambleas Legislativas de las provincias y territorios celebren sesiones, como mínimo, una vez al año.

⁴ En términos materiales, la reforma afectó únicamente a la posibilidad de prorrogar la última sesión del Parlamento dado que debe disolverse para cumplir con la convocatoria electoral fijada. Sobre el poder del Gobernador General en relación con la prórroga y el conflicto que surgió en 2008 cuando HARPER intentó

Desde 2015, la cámara está integrada por 338 miembros elegidos en distritos uninominales mediante el sistema mayoritario *first-past-the-post* característico de la tradición británica⁵. Este sistema, que se deriva del principio de representación proporcional a la población, distribuye los distritos entre las provincias, en base al último censo decenal. Este hecho, unido a las disfuncionalidades del Senado que se abordarán más adelante, conlleva que algunos autores consideren a los Comunes como la verdadera cámara de representación territorial en Canadá⁶.

La distribución de escaños en la Cámara de los Comunes ilustra a la perfección el carácter antiguo y, en algunos aspectos, desfasado de la Constitución de Canadá, así como las complejidades que ha introducido el parcheo de la misma ante la imposibilidad de acometer una reforma en profundidad. El principio de representación proporcional a la población ha sido modulado con la pretensión de evitar la dilución de los intereses de las provincias menos pobladas con el objetivo de paliar las grandes disparidades de población existentes en Canadá. La primera gran reforma del sistema se llevó a cabo en 1915 con la introducción del artículo 51A, garantizándose a toda provincia un número mínimo de representantes igual al número de senadores con el que contara⁷. En 1985 esta garantía fue completada al establecerse como suelo el número de representantes con el que cada provincia contaba en dicha fecha (*grandfather clause*)⁸. Además, se incorporó en el artículo 51.1.3 una previsión para compensar a aquellas provincias cuya representación quedara por debajo de la proporción que le corresponde en base al peso poblacional que ostentan en la federación. La regulación de 1985, que tenía el objetivo de proteger a las provincias de la despoblación y las migraciones internas, evitando que su representación se viese menguada, dio lugar a la formulación actual del artículo 37 de la Constitución de 1867, que contempla una cámara baja integrada por 308 miembros.

Esta regulación fue superada tras la redistribución de distritos electorales realizada en 2015, al ser ampliada la composición de la cámara hasta los actuales 338 integrantes, produciéndose una divergencia entre lo contemplado en el artículo 37 y el

evitar una moción de confianza recurriendo al mismo es de gran interés la obra editada por RUSSELL y SOSSIN (2009).

⁵ NOHLEN (1981): 155-303 realiza un análisis comparado de todos los sistemas electorales de base británica.

⁶ HUEGLIN y FENNA (2006): 190. VERNEY (1995): 94 pone de manifiesto como los Comunes ejercen como cámara nacional y federal dada la incapacidad del Senado para desempeñar esta última función.

⁷ *Constitution Act, 1915*, 5-6 *Geo. V*, c. 45 (U.K.).

⁸ *Constitution Act, 1985 (Representation)*, S.C. 1986, c. 8.

cálculo que se deriva del artículo 51.1, siendo este último el de aplicación.⁹ La actual composición de 338 diputados es producto de la aplicación de las cláusulas correctoras contempladas en el artículo 51 de la Constitución de 1867, que modifican el diseño original, modulando el principio de representación proporcional a la población tal como se detalla en la siguiente tabla:

Provincia/ Territorio	Mínimo constitucional	Población estimada ¹⁰	÷ Cuota electoral ¹¹	= Base inicial	+ Cláusula senatorial (art. 51A)	+ <i>Grandfather clause</i> (art. 51.1.2)	+ Ajuste (art. 51.1.3)	= Total
Alberta	21	3.779.353	111.166	34	-	-	-	34
Columbia Británica	28	4.573.321		42	-	-	-	42
Isla del Príncipe Eduardo	4	145.855		2	2	-	-	4
Manitoba	14	1.250.574		12	-	2	-	14
Nuevo Brunswick	10	755.455		7	3	-	-	10
Nueva Escocia	11	945.437		9	1	1	-	11
Ontario	95	13.372.996		121	-	-	-	121
Quebec	75	7.979.663		72	-	3	3	78
Saskatchewan	14	1.057.844		10	-	4	-	14
Terranova y Labrador	7	510.578		5	1	1	-	7
Yukón	1	34.666	n/a					1
Territorios del Noroeste	1	43.675	n/a					1
Nunavut	1	33.322	n/a					1

⁹ *Fair Representation Act, S.C. 2011, c. 26, s. 2.*

¹⁰ El anexo del artículo 51.1 explicita que la asignación de escaños se realiza con base en una estimación de población realizada por *Elections Canada*, razón por la que estos datos difieren ligeramente de los datos del Censo de 2011.

¹¹ La cuota electoral se encuentra recogida en el artículo 51.1.6.a de la Constitución de 1867.

Total	279+3=282	34.482.779		314	7	11	3	338
--------------	------------------	-------------------	--	------------	----------	-----------	----------	------------

Fuente: Adaptado de *Elections Canada*

La tabla anterior evidencia el importante papel que juegan las cláusulas correctoras, cuya aplicación resulta en la sobrerrepresentación, en términos relativos, de las provincias menos pobladas a costa de la infrarrepresentación de las tres provincias más populosas. La provincia de Quebec es la única cuyo peso poblacional se encuentra en consonancia con el número de representantes asignados debido al mecanismo corrector del artículo 51.1.3 de la Constitución de 1867. Gracias al mismo, se asignaron en la última redistribución tres miembros adicionales a Quebec para evitar que pasara de ser una provincia sobrerrepresentada a infrarrepresentada tras la misma. Concretamente, las provincias de Saskatchewan (+4), Isla del Príncipe Eduardo (+3), Nuevo Brunswick (+3), Nueva Escocia (+2), Terranova y Labrador (+2) y Manitoba (+2) se encuentran sobrerrepresentadas con respecto a su peso demográfico. Como podemos observar, todas estas provincias se benefician de alguna de las cláusulas correctoras, destacando el caso de Terranova y Nueva Escocia, las cuales –al igual que Quebec– se benefician de dos de ellas. En cambio, las provincias de Ontario, Alberta y la Columbia Británica se encuentran infrarrepresentadas en 11, 3 y 2 diputados, respectivamente, y no les son de aplicación los mecanismos correctores. Pese a ello, la redistribución realizada por la *Fair Representation Act* con la consiguiente ampliación del tamaño de la cámara de 308 a 338 integrantes ha mitigado, en parte, los desequilibrios existentes. Por su parte, los territorios cuentan con un representante cada uno con independencia de su población, no viéndose afectados por los mecanismos correctores, que únicamente son de aplicación a las provincias, dado que carecen de autonomía constitucional.

Los efectos mayoritarios del sistema *first-past-the-post* han provocado que la cuestión de la reforma electoral haya sido objeto de constante debate a lo largo del siglo XX, cobrando especial intensidad en la segunda mitad de este, discutiéndose sobre el encaje de los mismos en el modelo federal con la finalidad de reducir las disparidades regionales¹². Estos proyectos han sido tradicionalmente vistos con recelo en Quebec, provincia siempre temerosa de que cualquier reforma reduzca su peso en la federación, ya de por sí menguante debido al contraste entre su declive poblacional relativo y el rápido crecimiento experimentado por otras provincias, fundamentalmente en el Oeste.

¹² CAIRNS (1968): 55-80. IRVINE (1979): 52-58. WEAVER (1997): 481-482

Este debate volvió a cobrar fuerza durante la campaña electoral federal de 2015, puesto que J. TRUDEAU se comprometió a que dicha convocatoria fuera la última cita electoral con el sistema *first-past-the-post*, convocando al poco de tomar posesión un comité de expertos que estudiara la implantación de un sistema proporcional¹³. Este organismo tenía asignada la misión de buscar alternativas al sistema vigente centrándose en dos modelos principales: el voto preferencial¹⁴ y un sistema proporcional mixto¹⁵. Tras varios meses de trabajo, el comité elaboró un informe final en el que apostaba por someter a referéndum la posibilidad de adoptar un sistema de representación proporcional, sin especificar más detalles sobre el mismo, frente a la opción de mantener el sistema actual¹⁶.

La vaguedad del informe así como la adopción de medidas –como el referéndum– propuestas por la oposición llevó al gobierno liberal a abandonar el proyecto de reforma a comienzos de 2017, no vislumbrándose ningún cambio en un futuro próximo. Además, otras circunstancias contribuyeron al enésimo fracaso de un proyecto de reforma electoral. En primer lugar, la medida propuesta por TRUDEAU tenía un claro corte electoralista, con el objetivo de atraer a los votantes del NDP y del Partido Verde, habitualmente perjudicados por el *first-past-the-post*, en unas elecciones cuyo resultado se presumía ajustado. A pesar de que existen diversos movimientos sociales que abogan por la reforma del sistema electoral, este asunto no se encuentra entre las prioridades de los canadienses¹⁷, siendo muy volátil el apoyo al mismo en función del contexto político, por lo que la retirada del proyecto no suponía un coste electoral elevado.

¹³ *House of Commons - Order Paper and Notice Paper*, No. 53, 11 de mayo de 2016: VI-VII. Además, el comité debía considerar otros aspectos como el voto electrónico o la posibilidad del voto obligatorio. La labor del comité de expertos debía tener en cuenta una serie de principios que guiaran el nuevo sistema como respuesta a las disfuncionalidades actualmente existentes. Entre otros, se pretendía aumentar la pluralidad de la Cámara, evitando el fenómeno de la no representación, sin desnaturalizar el vínculo de cercanía entre elector y representante.

¹⁴ ORTEGA (2004): 48-265 nos ofrece un análisis comparativo de dieciséis sistemas de voto preferencial, evidenciando sus ventajas e inconvenientes.

¹⁵ Sobre estos sistemas es de interés la obra colectiva de SOBERG SHUGART y WATTENBERG (2001) donde se presentan diversos casos de estudio, así como el trabajo de MASSICOTTE (2011): 99-118.

¹⁶ *Report of the Special Committee on Electoral Reform, 42nd Parliament, 1st Session*. “Strengthening Democracy in Canada: Principles, Process and Public Engagement for Electoral Reform”, pp. 163-164.

¹⁷ HÉBERT (2016).

1.2. El Senado

1.2.1. *Orígenes y modelo actual*

En la actualidad, el Senado cuenta con 105 miembros, distribuidos en función de una base regional y no provincial¹⁸. La configuración regional responde al origen de la Confederación como pacto entre dos pueblos, el anglófono y el francófono, de manera que ambos quedaban representados de forma igualitaria en la Cámara Alta. Esta idea, frecuentemente olvidada por aquellos que niegan la *Compact Theory*¹⁹, quedó plasmada en los debates previos a la Confederación:

*“Our Lower Canadian friends have agreed to give us representation by population in the Lower House on the express condition that they would have equality in the Upper House. On no other condition could we have advanced a step; and for my part, I am quite willing they should have it”*²⁰

Esta cita de BROWN, uno de los Padres de la Confederación y antiguo Premier del Alto Canadá, evidencia la voluntad de asegurar la igualdad entre las comunidades fundadoras en el Senado, aspecto que era considerado como una contrapartida justa al criterio de representación en base a la población presente en los Comunes. La representación igualitaria de las regiones en el Senado, con 24 miembros cada una, era de especial importancia para las Provincias Marítimas, cuya reducida población las hubiera abocado a una representación marginal. La consolidación de Canadá como una federación transpacífica con la creación de nuevas provincias y territorios ha resultado en un Senado diverso y nada igualitario tanto en términos de número de representantes como poblacionales tal como se aprecia en la siguiente tabla:

¹⁸ Las regiones senatoriales están definidas en el art. 22 de la Constitución de 1867 y son: Ontario, Quebec, las Provincias Marítimas (Nueva Escocia, Nuevo Brunswick y la Isla del Príncipe Eduardo) y las Provincias del Oeste (Manitoba, Columbia Británica, Saskatchewan y Alberta). Existe una previsión especial para la provincia de Terranova, sin que la misma se integre en ninguna región senatorial.

¹⁹ Para un análisis en profundidad de esta, así como de las críticas de las que ha sido objeto vid. ROMNEY (1999): 75-212. Nótese que esta línea de pensamiento olvida el papel de los primeros pobladores indígenas del actual Canadá.

²⁰ WAITE (1963): 63.

Provincia:	Población:	Senado:
Alberta	3.645.257	6
Columbia Británica	4.400.057	6
Isla del Príncipe Eduardo	140.204	4
Manitoba	1.208.268	6
Nuevo Brunswick	751.171	10
Nueva Escocia	921.727	10
Nunavut (Territorio)	31.906	1
Ontario	12.851.821	24
Quebec	7.903.001	24
Saskatchewan	1.033.381	6
Territorios del Noroeste	41.462	1
Terranova	514.536	6
Yukón (Territorio)	33.897	1

Fuente: Elaboración propia a partir del censo de 2011

Dado que el Senado fue concebido como una cámara de enfriamiento o reflexión capaz de proveer *sober second thought* y revisión técnica a lo aprobado en los Comunes, se exige que los senadores tengan más de 30 años como garantía de su experiencia vital. Además es necesario que residan en la provincia de adscripción y cumplan con un requisito económico consistente en tener propiedades por valor de un mínimo de 4000\$, así como disponer de la misma cifra en efectivo²¹. Aunque en sus orígenes el puesto era vitalicio, una reforma constitucional aprobada en 1965 introdujo el retiro obligatorio a los 75 años²².

Desde los primeros años de la Confederación el rol del Senado ha sido controvertido²³, aspecto que ha contribuido a que hayan abundado las propuestas de reforma a lo largo de la historia. El proyecto más ambicioso en la historia reciente fue el impulsado por HARPER en 2011, que pretendía variar el mandato y la forma de elección de los senadores²⁴. Sin embargo, el ejecutivo decidió retirar el proyecto una vez el Tribunal Supremo se pronunció sobre el mismo, estimando que era necesario seguir el procedimiento general de reforma constitucional para poder llevar a cabo dichas modificaciones²⁵.

²¹ En el caso de los senadores de Quebec, éstos deben bien residir en el distrito por el que son elegidos o disponer de las propiedades en dicho distrito a tenor del artículo 23 (6) de la Constitución de 1867.

²² *Constitution Act*, 1965, S.C. 1965, c. 4.

²³ *House of Commons Debates, 1st Session, 3rd Parliament, 13 April 1874*, pp. 85-90.

²⁴ Para un análisis detallado de dicho proyecto, así como de las posibilidades de reforma del Senado canadiense, consultar ROMERO CARO (2016): 167-204.

²⁵ *Reference re Senate Reform, 2014* —SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, en adelante *Senate Reform Reference*, par. 83. En el caso de optar por la abolición sería necesaria la unanimidad provincial (par. 106), al variarse la arquitectura constitucional diseñada en 1876. Sobre los procedimientos de reforma es referencia la obra de PELLETIER (1996).

La clarificación del proceso a seguir en caso de una hipotética reforma ha dificultado aún más la posibilidad de concluirlo con éxito. La rigidez de la Constitución canadiense, unida a la falta de voluntad política para abrir una nueva ronda constitucional, hace altamente improbable una reforma sustancial del Senado en un futuro próximo²⁶. Dado este escenario, explorar vías infraconstitucionales a través de las cuales articular la reforma parece ser la única vía disponible para introducir algunos cambios que mejoren el funcionamiento de la institución. Tomando conciencia de estos condicionantes, el gobierno de TRUDEAU llevó a cabo en 2016 una serie de reformas, cuya implementación no requiere modificación constitucional alguna, con el objetivo de solventar algunas de las disfuncionalidades de las que adolece la institución.

1.2.2. Disfuncionalidades del Senado canadiense

En el canon federal clásico, el Senado es concebido como una cámara donde todos los territorios que integran la federación estén representados. Este modelo tiene su origen en el federalismo estadounidense donde todos los territorios que integran la federación se encuentran representados en igualdad como expresión del compromiso federal entre estados con características muy diferentes²⁷. Como se desprende de lo anteriormente expuesto, el Senado de Canadá no responde al canon federal clásico²⁸. En Canadá se combinan dos modelos casi antagónicos; por un lado el sistema británico de cámara legislativa y no territorial, y por otro, el modelo tradicional de Senado del federalismo norteamericano basado en la igualdad de las entidades soberanas²⁹. Esta particularidad ha generado algunas disfuncionalidades, que se tratan a continuación.

²⁶ Dicha rigidez no afecta a la posible eliminación de los requisitos económicos para desempeñar el puesto de senador, pues los mismos pueden ser eliminados siguiendo el mecanismo de reforma establecido en el artículo 44 de la Constitución de 1982, el cual únicamente requiere el consentimiento de las dos cámaras del Parlamento federal (*Senate Reform Reference*, párrafos 84-90). Esta eliminación afectaría a todas las provincias salvo a Quebec, dado que los aspectos económicos forman parte de la Constitución de la provincia y su modificación debería ser aprobada tanto por la Asamblea Nacional como por el Parlamento federal a tenor del artículo 43 C. 1982 (*Senate Reform Reference*, párrafos 91-94).

²⁷ LECKRONE (2006): 97-152. Para MADISON (1901: 340-345), dicha igualdad era expresión de la soberanía que retienen los estados a la hora de unirse en una federación.

²⁸ SMITH (2009): 11 afirma que el preámbulo de la Constitución de 1867 descarta expresamente la posibilidad de un senado similar al de los EE.UU. al afirmar la similitud de principios con la Constitución del Reino Unido.

²⁹ En un punto intermedio entre ambos modelos se encuentra el Senado de Australia, en el que los estados están representados en pie de igualdad bajo el sistema de gobierno británico de Westminster. Sobre este tema vid. BACH (2003).

1.2.2.A. Legitimidad democrática

Uno de los valores más controvertidos en relación con el Senado de Canadá es, sin duda, la legitimidad democrática. El Senado canadiense no es una cámara electa, sino que, al igual que la Cámara de los Lores, es una cámara designada³⁰. Los senadores son designados por el poder ejecutivo, como prescribe el artículo 24 de la Constitución de 1867³¹. Aunque formalmente los nombramientos corresponden al Gobernador General, quien lo realiza en nombre de la Reina, este efectúa dicha designación bajo indicación del Primer Ministro, en virtud de una convención constitucional cuya existencia ha sido reconocida por el Tribunal Supremo³². Esta dependencia del poder ejecutivo supone que la cámara es designada por el ejecutivo federal sin intervención provincial alguna. Este aspecto es de especial importancia tanto para su funcionamiento como cámara de representación territorial, pues compromete su papel de representación de la pluralidad territorial de la federación canadiense, como para su función como cámara de reflexión, dado que esta carencia retrae a los senadores a la hora de ejercer plenamente sus funciones constitucionales. Ello redundaría en que los senadores representen los intereses del partido que los nombró, con independencia de su adscripción provincial, quedando los intereses provinciales postergados a un segundo plano. En consecuencia, la Cámara Alta canadiense se asemeja más a un lugar de presencia territorial en el Senado que a una cámara de representación territorial³³.

1.2.2.B. Poderes legislativos y constitucionales

El sistema parlamentario de Canadá fue concebido como bicameral cuasi-perfecto, donde los Comunes y el Senado tuvieran las mismas competencias; una característica considerada perversa por BAGEHOT, dado el riesgo que entraña para la gobernabilidad³⁴. Una primera excepción a esta regla es la previsión constitucional, contenida en los artículos 53 y 54 de la Constitución de 1867, de que las normas

³⁰ BOGDANOR (2009): 146-164.

³¹ Con anterioridad a la Confederación, los integrantes de las cámaras altas de las colonias sí eran elegidos. Sin embargo, el funcionamiento de estas cámaras no satisfizo a sus impulsores puesto que complicaba la labor de gobierno. En referencia a tal evento MACDONALD afirmó que “el sistema no funcionó como se esperaba” (MACKAY, 1963: 31). Por ello, en la Conferencia de Quebec se adoptó una resolución para que los senadores fueran designados por la Corona.

³² *Senate Reform Reference*, par. 50.

³³ ROMERO CARO (2016): 175.

³⁴ BAGEHOT (1963): 127 afirmaba que “*The evil of two co-equal Houses of distinct natures is obvious*”. RIKER (1992): 101-116 analiza las bondades del bicameralismo, describiendo cómo este ayuda a minimizar el peligro de la tiranía de la mayoría alcanzando equilibrios que no son posibles en sociedades unicamerales.

presupuestarias (*money bills*) deban iniciarse en los Comunes a diferencia de otros proyectos legislativos cuya tramitación puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos cámaras. El origen de dicha excepción puede trazarse hasta unas palabras de BROWN durante los debates previos a la Confederación, en las que afirmó que el Senado no debería vetar normas presupuestarias³⁵. En materia constitucional, la Cámara Alta goza de los mismos poderes constitucionales que los Comunes, si bien el artículo 47 de la Constitución de 1982 posibilita que puedan aprobarse modificaciones constitucionales sin su consentimiento una vez transcurran 180 días de la aprobación por la Cámara Baja.

A pesar de esta teórica igualdad de competencias entre las dos cámaras del Parlamento federal, el Senado fue diseñado como una cámara de reflexión (*sober second thought*) en la que se debía repensar y mejorar lo aprobado por los Comunes, tal como afirmó MACDONALD:

[An appointed Senate would be a body] “calmly considering the legislation initiated by the popular branch, and preventing any hasty or ill considered legislation which may come from that body, but it will never set itself in opposition against the deliberate and understood wishes of the people”³⁶

Por lo tanto, el Senado tiene la facultad de poder impedir la aprobación de cualquier iniciativa legislativa, a excepción de una reforma constitucional. Ello posibilita el fenómeno de que un proyecto normativo aprobado por una institución con legitimidad democrática directa, los Comunes, vea truncada su existencia debido al rechazo de un Senado que carece de la misma. Tal posibilidad no fue concebida por los Padres de la Confederación, siendo prueba de ello la inexistencia de un mecanismo constitucional sobre un posible bloqueo de la actividad normativa debido a un veto del Senado, más allá de la previsión del artículo 26 de la Constitución de 1867, que permite al Gobernador General solicitar a la Reina aumentar el Senado en 4 u 8 miembros mediante el nombramiento de senadores adicionales³⁷. Es muy posible que en el imaginario de los fundadores este problema se solucionara convocando unas elecciones al respecto, puesto que, si la medida en cuestión había sido directamente validada por

³⁵ AJZENSTAT (1999): 84-85.

³⁶ *Ibidem* p. 80.

³⁷ Este mecanismo constitucional únicamente ha sido utilizado una vez, cuando MULRONEY recurrió al mismo en 1990 ante la negativa de la mayoría liberal del Senado a aprobar el impuesto de bienes y servicios (WOEHLING, 1990: 134).

los ciudadanos, sería muy difícil de sostener políticamente que el Senado se opusiera a la misma³⁸.

Aunque, a diferencia de en el Reino Unido, en Canadá no existe ninguna convención al respecto, sí que es posible intuir que dicha idea está presente en el proceder de los senadores. Entre 1943 y 1993 únicamente tres proyectos fueron rechazados, por lo que en dichos años podría entenderse que existía una convención a tal efecto, la cual solo se omitía en circunstancias muy puntuales y excepcionales debido a la naturaleza del asunto³⁹. En el periodo 1958–2006 se introdujeron en el Senado 2012 leyes procedentes de los Comunes, de las que solamente fueron enmendadas 108 –un 5,36%–, mientras que siete fueron rechazadas⁴⁰. A tenor de estos datos, se observa que la igualdad formal de competencias entre las dos cámaras del Parlamento federal no se materializa en la práctica, lo que parece deberse a la falta de legitimidad democrática directa de los senadores.

1.2.2.C. Representatividad sectorial y voz de las minorías

La protección de las minorías es un principio básico del ordenamiento constitucional canadiense desde sus orígenes, tal como señaló el Tribunal Supremo en el *Secession Reference*, en el que puso de manifiesto su especial interrelación con los de democracia, federalismo y constitucionalismo, al actuar como límite ante ellos⁴¹. Dicha protección es un valor que estuvo presente, tal como resalta AJZENSTAT, en la idea de Senado que tenían los fundadores de Canadá; aunque no puede dejarse de lado que la noción de minoría ha ido evolucionando con el tiempo⁴².

El Tribunal Supremo ha reconocido que una de las funciones del Senado es servir de foro para que puedan articularse los intereses de grupos minoritarios –*ethnic, gender, religious, linguistic, and aboriginal*– quienes no siempre tienen oportunidad de hacerlo a través de la elección popular⁴³. La puesta en relieve de la importancia de esta

³⁸ En esta idea se basa la *Salisbury doctrine* en el constitucionalismo británico. En virtud de la misma, los Lores no deben oponerse en segunda o tercera lectura a una medida aprobada por los Comunes y que estaba incluida en el programa electoral del gobierno. Sobre la misma vid. WALTERS (2003): 191-196. Para una panorámica del rol de las convenciones en el constitucionalismo británico se puede consultar MARSHALL (1984).

³⁹ El único proyecto rechazado entre 1964-1993 fue relativo al aborto, donde hubo libertad de voto.

⁴⁰ HEARD (2009): 121.

⁴¹ Como ya se ha tratado, el Tribunal Supremo estableció cuatro principios (federalismo, la democracia, el constitucionalismo y el imperio de la ley y la protección de las minorías) *Secession Reference*, párrafos 79-82. LÓPEZ BASAGUREN (2013): 53-91.

⁴² AJZENSTAT (2003): 5-9.

⁴³ *Senate Reform Reference*, par. 16.

función es de especial trascendencia puesto que a primeros de siglo las mujeres tenían vedado el acceso a la condición de senador al no ser consideradas como personas cualificadas para el puesto⁴⁴. Por lo tanto, este proceso se ha ido produciendo de forma gradual, si bien han primado las consideraciones lingüísticas y religiosas, por lo que todavía queda camino por recorrer para que el Senado pueda desplegar de forma plena sus funciones como cámara de representación de estos colectivos.

1.2.3. La reforma de 2016: la modificación del sistema de selección

La reforma del Senado fue uno de los elementos centrales de la campaña del Partido Liberal para las elecciones federales de 2015 en materia de regeneración democrática. Restablecer la independencia de los senadores y acabar con su afiliación política era una prioridad para esta formación, quedando descartado el mantenimiento del statu-quo⁴⁵. Con dicho fin, se comprometían a diseñar un nuevo proceso de nombramientos basados en criterios de mérito y capacidad sin que ello supusiera una reforma constitucional dado que, en su opinión, la misma no se encontraba entre las prioridades de los canadienses.

A finales de 2015, el gobierno de TRUDEAU concretó sus planes de reforma, limitándose al proceso de selección de senadores. De esta manera, anunció la creación de un organismo independiente, el *Independent Advisory Board on Senate Appointments*, encargado de supervisar los posibles candidatos y proponer al Primer Ministro aquellos que considere idóneos. Las propuestas que realice el organismo consultivo no son vinculantes, siendo el Primer Ministro libre de elegir a quien desee, de manera que la reforma no requería de modificación constitucional alguna pues el sistema de designación por parte del Gobernador General a propuesta del Primer Ministro recogido en el artículo 24 de la Constitución 1867 sigue formalmente vigente.

Este organismo está compuesto por tres miembros permanentes designados por el gobierno federal –cuyo mandato es de dos años renovables– y dos nombrados por la provincia a la que corresponda la vacante a cubrir –quienes desempeñan el cargo por un año con posibilidad de renovación–, de manera que, por primera vez, hay un cierto grado de participación provincial en el proceso.

⁴⁴ ENDICOTT y OLIVER (2017): 949-951 Vid. *Reference re meaning of the word "Persons"* [1928] SCR 276.

⁴⁵ LIBERAL PARTY (2015): 29

El principal objetivo de la reforma consistía en transformar un Senado dominado por la disciplina de partido, que replica la dinámica gobierno-oposición de los Comunes, en una cámara independiente que devuelva credibilidad a la misma y potencie su función de cámara de reflexión sin descuidar la representación regional y de los intereses de las minorías. Con dicho fin, el gobierno proponía basar los nombramientos exclusivamente en criterios de mérito y capacidad, dejando los intereses partidistas al margen. Para demostrar que se reúnen dichas capacidades los candidatos deben acreditar experiencia en alguno de los siguientes campos: a) trayectoria legislativa o de servicio público a nivel federal o territorial/provincial, b) defensa de los intereses de una comunidad minoritaria, ya sea por razón étnica, indígena o lingüística, c) demostrar una reconocida competencia y desempeño en su profesión o campo de experiencia.

Estos méritos y capacidades están estrechamente conectados con las funciones del Senado y, en particular, con las de enfriamiento o reflexión y la de mejora de los textos legislativos. Dicha mejora no debe ser entendida como un simple perfeccionamiento de la calidad de los textos en términos de técnica legislativa, sino como un proceso de mejora sustancial del contenido de los mismos, de las políticas que se articulan a través ellos. Generalmente, estas mejoras se gestan en el seno de las comisiones del Senado, las cuales producen trabajos de gran calidad frecuentemente adoptados por el gobierno. Históricamente, la tendencia a nombrar miembros con larga trayectoria en otras cámaras, así como antiguos ministros o líderes de partido, ha contribuido a esta labor, dada su experiencia⁴⁶. Sin embargo, la intención del gobierno liberal de prescindir –en la medida de lo posible– de políticos profesionales a la hora de realizar nombramientos de nuevos senadores hace necesario atraer a profesionales de reconocida trayectoria y competencia para que aporten sus conocimientos y puedan desempeñar correctamente las funciones constitucionalmente encomendadas a la Cámara Alta.

1.2.4. La cuestión de la representación territorial

Como se ha mencionado con anterioridad, ya en los comienzos de la Confederación surgieron críticas sobre la incapacidad del Senado para actuar como cámara de representación territorial. Esta problemática respondía a un problema de

⁴⁶ KINSELLA (2014): 12-14.

diseño, pues los fundadores pretendieron aunar en la Cámara Alta dos tradiciones contrapuestas, la británica de cámara de enfriamiento y segunda lectura y la estadounidense de cámara de representación del segundo nivel de gobierno⁴⁷.

En los primeros años de funcionamiento, era costumbre por parte del gobierno federal el nombramiento como senadores de miembros de los ejecutivos o las asambleas legislativas de las provincias. De esta manera, se potenciaba la representación provincial en el nivel federal, sirviendo el Senado de nexo de unión entre el nivel federal y el provincial. Sin embargo, esta costumbre cayó en desuso dando paso a una etapa caracterizada por el nombramiento de senadores que carecían de conexión alguna con la provincia a la que representaban, más allá de la residencia en la misma.

La presencia en el *Independent Advisory Board on Senate Appointments* de dos miembros nombrados por la provincia a la que pertenece la vacante a cubrir supone un salto cualitativo pues, por primera vez, los gobiernos provinciales tendrán cierta capacidad de influencia sobre el proceso de nombramiento. Dado que el sistema de partidos a nivel provincial difiere ampliamente del imperante a nivel federal, este hecho es de especial relevancia cuando la vacante pertenece a una provincia cuyo gobierno es de un color político diferente al del gobierno federal, pues permite asegurar que las principales sensibilidades políticas de la provincia en cuestión se encuentren representadas. Esta influencia provincial sobre el proceso de nombramiento debería contribuir a evitar situaciones acaecidas en el pasado, en las que los senadores que representaban a una provincia eran abiertamente contrarios a las políticas y demandas del gobierno de la misma, desempeñando un papel de meros delegados del gobierno federal en la Cámara Alta, en lugar de representar los intereses provinciales⁴⁸. Sin embargo, esta participación provincial en el proceso de selección de senadores no parece haber tenido grandes efectos, dado que los nuevos senadores se han mostrado reacios a colaborar con los ejecutivos provinciales, no siendo un vehículo para defender los intereses provinciales en el nivel federal.

Otro factor que ha contribuido de forma importante al debilitamiento del papel del Senado como cámara de representación territorial ha sido la férrea disciplina de partido imperante en Canadá. Esta idea está en consonancia con el pensamiento de

⁴⁷ AJZENSTAT (2003): 3-4.

⁴⁸ Es importante resaltar que pese a haber gobernado en reiteradas ocasiones la provincia de Quebec, el Partido Quebequés nunca ha tenido ningún representante en el Senado. Esta situación también ha afectado al NDP el cual ha gobernado provincias como Ontario, Columbia Británica o Manitoba sin que ningún miembro de dicha formación haya desempeñado la condición de senador.

LINZ, quien consideraba que los senados territoriales pierden eficacia cuando están articulados por un sistema de partidos nacional⁴⁹. En el Senado canadiense los senadores se agrupan por afiliación política, dejando de lado cualquier consideración relativa a la adscripción provincial o regional de los mismos⁵⁰. A pesar de que esta parecía ser la intención del ejecutivo, dicho aspecto no ha variado con la reforma, pasando los nuevos senadores a agruparse como independientes sin que se hayan creado *caucus* provinciales, que es posible tras una reciente reforma del reglamento de funcionamiento de la Cámara Alta⁵¹. La independencia partidista de estos nuevos senadores ha supuesto la rotura de la relación de dependencia que existía anteriormente entre estos y el gobierno federal, permitiendo a los mismos desempeñar su labor de una manera autónoma, al no estar supeditados al control que ejercía el *whip*⁵² del partido al que pertenecían.

En sus primeros años de funcionamiento no se evidencian grandes cambios en la dinámica del Senado en lo relativo a su papel como cámara de representación territorial. La mayoría de los senadores ha orientado su acción hacia causas de interés general pancanadiense, las cuales suelen tener conexión con su trayectoria profesional previa a desempeñar la labor de senador, siendo también frecuente la demanda de información sobre proyectos de naturaleza local –como la mejora de instalaciones ferroviarias– en los territorios a las que representan.

A pesar de ello, se detectan algunos avances que invitan a un cierto optimismo, puesto que los nuevos senadores independientes han mostrado un mayor interés en la defensa de los intereses provinciales que sus predecesores, en particular a la hora de controlar la labor del gobierno. Este ha sido el caso durante la tramitación de los proyectos de ley C-29 y C-45, relativos a la regulación del sector financiero y la legalización del cannabis, respectivamente⁵³. En ambos casos los senadores mostraron su desacuerdo con los mismos al entender que suponían una extralimitación del poder federal al invadir materias que se encuentran dentro de la esfera competencial de las provincias, instando al gobierno federal a modificar sus propuestas legislativas.

⁴⁹ LINZ (1999): 10.

⁵⁰ Esta posibilidad ha sido analizada por los senadores KIRBY y SEGAL (2016).

⁵¹ Esta reforma elimina el requisito de que los integrantes de un *caucus* tengan que pertenecer al mismo partido político y, por tanto, posibilita la agrupación regional de parlamentarios de distinto signo siempre que sean un número de senadores igual o superior a nueve.

⁵² Sobre el rol de la figura del *whip*, vid. WEEKES (2012): 6-9.

⁵³ *Bill C-29: A second Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 22, 2016 and other measures* y *Bill C-45: An Act respecting cannabis and to amend the Controlled Drugs and Substances Act, the Criminal Code and other Acts*, respectivamente.

En el primero, el Senado se opuso a un precepto legislativo que permitía a los bancos, sujetos a regulación federal, sustraerse de la normativa quebequesa de protección al consumidor. A petición del Primer Ministro de Quebec, el senador PRATTE, independiente por Quebec, mostró su rechazo a la propuesta forzando al gobierno federal a retirar dicho precepto⁵⁴. En relación a la legalización del cannabis, los senadores recelaban de la voluntad federal de permitir el cultivo domiciliario de cannabis, una posibilidad que Manitoba y Quebec desean prohibir. El gobierno de Quebec apeló a los senadores que representan a dicha provincia a corregir el proyecto de ley, al entender que el gobierno federal puede, con base en su poder criminal, prohibir o despenalizar una conducta, pero no regular las consecuencias de dicha despenalización, un aspecto que quedaría bajo competencia provincial en virtud del título de propiedad y derecho civil⁵⁵. La comisión encargada de dicho proyecto aceptó de forma unánime en su dictamen las reclamaciones de Quebec, recomendando al pleno la enmienda del texto remitido por los Comunes a tal fin⁵⁶. Sin embargo, finalmente la mayoría optó por aprobar el proyecto del gobierno para evitar un conflicto entre las dos cámaras apelando a la condición no electiva del Senado⁵⁷.

Como es posible observar, en estos dos casos el Senado actuó como una verdadera cámara de representación territorial, canalizando las demandas provinciales y reivindicando los derechos de las provincias frente a la injerencia federal. El hecho de que en ambos casos estuviera involucrada la provincia de Quebec es de gran trascendencia, pues supone la constatación de que el Senado puede ser una institución útil para el autogobierno de la provincia, canalizando el diálogo territorial dentro de la federación. Esta cuestión es aún más relevante si recordamos que el Senado es la única institución de Canadá donde resiste la idea de dualidad entre los dos pueblos fundadores, por lo que la representación e influencia de Quebec es proporcionalmente mayor que en cualquier otra. Además, la condición de independientes de los senadores hace pensar que es posible que estos sean sensibles a las reivindicaciones y demandas

⁵⁴ *Debates of the Senate - 1st Session, 42nd Parliament, Volume 150, Issue 85*, pp. 2020-2022 y *Debates of the Senate - 1st Session, 42nd Parliament, Volume 150, Issue 87*, pp. 2075-2076.

⁵⁵ *Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*. Twenty-third report, 1 de mayo de 2018, pp. 7-8.

⁵⁶ *Ibíd.* p. 10.

⁵⁷ *Journals of the Senate, 1st Session, 42nd Parliament, Issue 22*, pp. 3715-1716. El rechazo a las demandas de Manitoba y Quebec augura una larga batalla judicial en defensa de las competencias provinciales una vez se ponga en marcha la nueva regulación federal, pues ambas provincias han anunciado su voluntad de recurrir al Tribunal Supremo al estimar que la normativa supone una invasión de su esfera de competencias.

de Quebec, o de cualquier otra provincia o territorio, con independencia de la orientación política del gobierno provincial, facilitando la cooperación al prescindirse del sesgo partidista.

Por lo tanto, aunque es pronto para determinar si estamos ante situaciones asiladas o si realmente se está produciendo un cambio de tendencia, estos casos parecen vislumbrar un despertar de la función del Senado como cámara de representación territorial, que, si bien llega 150 años tarde, no por ello es menos necesaria. En caso de materializarse, este sería el logro más significativo de la reforma llevada a cabo por el gobierno de TRUDEAU. Aunque, posiblemente, no sea el más querido por el Primer Ministro, al aumentar la conflictividad en una cámara que con anterioridad se caracterizaba por ser dócil y obediente a los dictados del ejecutivo, esta reforma habría abierto una nueva vía para favorecer el acomodo de Quebec en el seno de la federación, actuando el Senado como dique de contención ante posibles extralimitaciones del poder federal.

1.2.5. El Senado y la integración de la diferencia, ¿una institución prescindible?

1.2.5.A. Un Senado sin funcionalidad práctica

Una vez tratadas las disfuncionalidades que presenta la Cámara Alta, surgen interrogantes sobre la influencia del Senado en el modelo federal canadiense. ¿Estamos ante una institución útil que contribuye al buen funcionamiento del sistema o, por el contrario, es una institución que carece de la misma y, por tanto, puede ser considerada prescindible?

Los análisis comparados muestran que existe una relación entre el modelo federal y el bicameralismo, ya que todos los estados federales cuentan con un poder legislativo con estructura bicameral⁵⁸. Siguiendo esta línea, GARCÍA PELAYO consideraba esencial al estado federal la existencia de una segunda cámara, la cual canalice la participación de los entes federados en la formación de la voluntad federal⁵⁹.

Formalmente, estas nociones se ven confirmadas en Canadá, pues estamos ante un Parlamento bicameral con un Senado de base regional donde están representadas todas las unidades que componen la federación. Sin embargo, del funcionamiento del sistema se evidencia que la participación de las provincias en la formación de la

⁵⁸ LIIPHART (2000): 200-202.

⁵⁹ GARCÍA PELAYO (1984): 239. BURGESS (2006): 204 es de la misma idea, afirmando que las segundas cámaras son el rasgo identificativo (*identity bracelet*) de los sistemas federales pues “*every federation must have a second chamber in the legislature for it to be an authentic federal state*”.

voluntad federal a través del Senado es prácticamente nula. El proceso de selección de senadores, dominado, incluso tras la última reforma, por el ejecutivo federal, dificulta que la Cámara Alta sirva como una herramienta de participación provincial en dicha formación de la voluntad. Este hecho, unido a la falta de legitimidad democrática directa que se deriva del mismo, ha tenido como resultado, a menudo, la marginación del Senado en el sistema político canadiense, quedando relegado a un mero rol consultivo y de segunda lectura, especialmente para la mejora legislativa a través de sus comisiones. El diseño constitucional convierte al Senado, en términos de TSEBELIS, en un *veto-player*, dado que su consentimiento es necesario para alterar el *statu quo*⁶⁰. Sin embargo, en la práctica, el Senado ha renunciado a ejercer este poder –únicamente lo ejerció en cuarenta y cuatro ocasiones en el siglo XX, siendo treinta y nueve de ellas antes de 1940⁶¹–, limitándose a enmendar o retardar la aprobación de algunos textos. La sumisión del Senado a la voluntad de los Comunes parece ser un valor interiorizado en la política canadiense, generándose conflictos cuando los senadores amenazan con desviarse de esta pauta⁶².

Esta reducida influencia del Senado se acentuó en dos de los momentos críticos de la crisis constitucional anteriormente descrita: la *patriación* constitucional y la Ley de Claridad. Tras la introducción de un mecanismo doméstico de reforma constitucional, el papel del Senado como *veto-player* quedó degradado a un mero veto suspensivo de 180 días, de manera que su influencia se vio reducida aún más. La Ley de Claridad redundó en esta dinámica al relegar la labor de la Cámara Alta a un rol meramente consultivo y no vinculante en un procedimiento tan importante y trascendental como es el que regula, otorgando todo el poder de decisión en lo relativo a la claridad de la pregunta y de la mayoría necesaria para la secesión a la Cámara de los Comunes⁶³. Es llamativo que, en una materia con un marcado carácter territorial como es la posible secesión de una provincia, la Cámara a través de la que se debe articular la

⁶⁰ TSEBELIS (2002): 19-24 y 144.

⁶¹ SMITH (2003): 115-116

⁶² La reforma de 2016 ha deparado un incremento de enmiendas con respecto a la legislatura anterior, alcanzándose el número más elevado desde 2006, retardando la agenda legislativa del gobierno. Esta mayor combatividad del Senado también se ha predicado con la introducción de enmiendas en legislación financiera, una práctica inusual en el parlamentarismo canadiense. A pesar de ello, el Senado sigue sin bloquear la acción de gobierno retirando las enmiendas si estas son rechazadas en tercera lectura por los Comunes. Esta forma de actuar se basa en la premisa de que no es necesario llegar a un enfrentamiento entre las dos cámaras del Parlamento, siendo responsabilidad de los ciudadanos el juzgar electoralmente a los integrantes de los Comunes por rechazar las enmiendas del Senado, especialmente cuando estas responden a los intereses de las provincias.

⁶³ LECOURES (2016): 204.

participación de las mimas en el nivel federal quede en un segundo plano, debiendo trasladarse la influencia de las provincias sobre el proceso a las eventuales negociaciones o al subsiguiente proceso de reforma constitucional.

Más reducida es la influencia del Senado sobre el sistema de distribución de competencias. En la Constitución canadiense no existen mecanismos de coerción federal como en otros estados, como Alemania, Suiza o España⁶⁴, los cuales, generalmente, se articulan a través del Senado. Por lo tanto, este sistema constitucional carece de un mecanismo específico para preservar el orden constitucional ante una extralimitación por parte de una de las entidades federadas. Una actuación de tal calado puede ser reconducida al poder general de emergencia, de titularidad federal, integrado en la cláusula *peace, order and good government* del artículo 91 de la Constitución de 1867. La *Emergencies Act*⁶⁵, que sustituyó en 1988 a la *War Measures Act*⁶⁶, sí que atribuye al Senado –en concurrencia con los Comunes– la competencia para decidir sobre la prolongación o revocación del estado de emergencia, así como la iniciativa para pedir el cese de un estado ya declarado⁶⁷. Dado que es necesaria la aprobación de ambas cámaras para que la medida solicitada, ya sea la confirmación o la revocación, entre en vigor, el Senado ostenta un veto absoluto sobre esta decisión. A pesar de esta concurrencia de poderes, parece difícil que un Senado sin legitimidad democrática directa se oponga a la voluntad de la cámara electa, especialmente en una materia de tal trascendencia para el mantenimiento de la paz y el orden constitucional.

Como se ha visto, la influencia del Senado sobre el modelo federal canadiense es prácticamente inexistente, encontrándose limitada la labor de la Cámara Alta a las labores de mejora legislativa y de investigación y fiscalización de la labor de gobierno a través de las comisiones. Por lo tanto, estamos ante una cámara de eco que confirma (*rubber stamp*⁶⁸) la voluntad de los Comunes y no ante una institución autónoma. Esta carencia de autonomía política, así como la ausencia de competencias específicas y exclusivas, ha llevado a que se cuestione la necesidad de la existencia del Senado abriendo la puerta a su abolición.

⁶⁴ Estos poderes están recogidos en los artículos 37 de la Ley Fundamental de Bonn, 173.1.e de la Constitución Suiza y 155 de la Constitución Española. Sobre los mismos vid. ALBERTÍ ROVIRA (1986): 215-222, LÓPEZ BASAGUREN (2017a): 309-311 y VÍRGALA FORURIA (2005): 55-109.

⁶⁵ *Emergencies Act R.S.C., 1985, c. 22 (4th Supp.)*.

⁶⁶ *War Measures Act, 1914. (5 George V, Chap. 2)*.

⁶⁷ *Emergencies Act*, artículos 58-60.

⁶⁸ Esta expresión denota que el Senado se limita a sellar los textos aprobados en los Comunes para cumplir formalmente con el proceso y así enviarlos al Gobernador General para su sanción real.

1.2.5.B. Entre la abolición y la reforma: apuntes para el futuro

Es evidente que en la actualidad el Senado no funciona como cámara de representación territorial que canalice las tensiones entre centro y periferia⁶⁹. Además, el reforzamiento de esta característica no ha sido una prioridad en las sucesivas propuestas de reforma, las cuales han centrado sus propuestas en aumentar la legitimidad democrática de los senadores y potenciar la transparencia del proceso de nombramiento.

La solución más radical sería abolir la Cámara Alta⁷⁰ y articular la representación territorial a través de un sistema fuerte de relaciones intergubernamentales, aspecto que ya existe en el sistema canadiense y que se abordará más adelante. La idea de la abolición choca con los planteamientos anteriormente reseñados que consideran la existencia de una segunda cámara como un rasgo esencial del modelo federal. Sin embargo, como sostiene LINZ, la existencia de esta segunda cámara donde estén representadas las unidades federadas no es una condición necesaria para un sistema federal puesto que dicha representación puede ser garantizada mediante otros instrumentos⁷¹.

La abolición de la Cámara Alta no supondría una novedad en el constitucionalismo canadiense. Las colonias británicas que dieron origen a la Confederación contaban con segundas cámaras –denominadas *legislative council*–, que fueron abolidas con el paso del tiempo por diversas circunstancias⁷². Este proceso culminó en 1968 con la supresión del *Conseil Législatif* de Quebec⁷³. El proceso de cierre de las segundas cámaras provinciales fue rápido y sencillo debido a que antes de la Constitución de 1982 no existía un procedimiento expreso de reforma constitucional⁷⁴.

En lo que concierne a la Cámara Alta federal, su eliminación se planteó por primera vez en 1978 cuando P.E. TRUDEAU consultó al Tribunal Supremo sobre la posibilidad

⁶⁹ HEARD (2014): 141-153.

⁷⁰ Sobre una futura abolición del Senado, vid. ROMERO CARO (2016): 196-199.

⁷¹ LINZ (1999): 10.

⁷² Tras su entrada en la Confederación todas las provincias, salvo Ontario, conservaron su sistema bicameral. Dicho modelo se implantó en Manitoba en 1870. Seis años más tarde, tras una importante crisis económica en la colonia, se abolió la Cámara Alta. Dicho camino fue seguido en 1882 por Nuevo Brunswick y un año más tarde por la Isla del Príncipe Eduardo. Nueva Escocia lo hizo en 1928. Terranova contó con un *legislative council* durante su época como colonia británica hasta la suspensión su autogobierno en 1934. Tras la entrada en la Confederación decidió no restablecer su segunda cámara.

⁷³ Sobre la supresión del *Conseil Législatif* vid. ORBAN (1969): 312-326.

⁷⁴ Únicamente existía una previsión en el art. 92.1 C. 1867 –derogado en 1982– en el que se otorgaba a las provincias la competencia exclusiva para reformar su propia constitución mediante ley provincial. Hoy en día es necesario seguir el procedimiento que establece el art. 45 de la Constitución de 1982, el cual mantiene la competencia en manos del Parlamento provincial. PELLETIER (1996): 22-24.

de eliminar las previsiones de la *British North America Act* que regulaban la misma. Para el ejecutivo, dicha supresión podía articularse de manera unilateral por el parlamento a través del poder general para legislar de la cláusula *peace, order and good government*. Sin embargo, esta pretensión fue rechazada por el Tribunal Supremo en el *Upper House Reference*, afirmando que en ningún momento se puede entender que el poder para eliminar el Senado esté integrado dentro del artículo 91, pues el mismo solo faculta a actuar en áreas de competencia exclusiva del gobierno federal donde no haya interrelación con las provincias⁷⁵. El Tribunal Supremo basó su decisión en el hecho de que el Parlamento no puede alterar de forma unilateral la arquitectura constitucional, dado que el Senado es parte esencial del modelo federal canadiense y, por tanto, cualquier alternación del mismo precisa de una reforma constitucional⁷⁶.

La necesidad de llevar a cabo una reforma de la Constitución para abolir el Senado fue confirmada por el Tribunal Supremo en 2014, requiriéndose la unanimidad de todas las provincias y de las dos cámaras del Parlamento federal. Al no ser la abolición una posibilidad contemplada por los constituyentes en 1982, el Tribunal justificó la necesidad de unanimidad al entender que la misma supondría una alteración de las previsiones relativas a la reforma constitucional contenidas en la Parte V de la Constitución de 1982, por lo que era de aplicación el procedimiento del apartado e del artículo 41. Mediante este mecanismo se pretende evitar la auto-reforma constitucional, es decir, alterar por un procedimiento menos gravoso los mecanismos de reforma para posibilitar que posteriormente se puedan alterar previsiones que se encontraban especialmente protegidas por el constituyente. Dado que el consentimiento del Senado es necesario en los procedimientos de reforma, la abolición de la institución supondría la alteración de la Parte V, pues sería necesario eliminar la referencia a la Cámara Alta.

Dada la complejidad para completar el procedimiento anteriormente descrito, a día de hoy, no parece viable la opción de la abolición. La misma también supondría renunciar a mejorar la representación provincial en las instituciones federales y con ello a avanzar hacia una federación mejor definida, en la que las provincias puedan protegerse de las intromisiones federales en sus competencias⁷⁷.

⁷⁵ *Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54 –*Upper House Reference*–, p. 74. De igual forma, El TS también se opuso a otras propuestas gubernamentales como eran alterar la composición por provincias, o la posibilidad de aprobar leyes sin el consentimiento del Senado solo con el hecho de que transcurriera un lapso de tiempo.

⁷⁶ *Upper House Reference*, pp. 66-67.

⁷⁷ ROMERO CARO (2016): 199

Una segunda opción sería llevar a cabo una nueva reforma del Senado para potenciar su función de institución integradora de la diversidad territorial. Ello podría pasar tanto por variaciones en el sistema de selección, como la elección directa o por parte de los gobiernos y/o Asambleas Legislativas de las provincias, así como por atribuirle algunas competencias exclusivas que reforzaran su papel de cámara territorial.

En el plano fiscal, especialmente en relación a los mecanismos de redistribución –que son de competencia exclusiva del ejecutivo federal–, podrían articularse procedimientos que otorgaran al Senado un papel fiscalizador de la actividad gubernamental similar a como sucede en Argentina⁷⁸. El control de la prerrogativa federal para ejercer el poder de gasto es otro campo en el que el Senado podría gozar de competencias exclusivas mediante la articulación de procedimientos que exigieran obtener el consentimiento del Senado por mayoría cualificada. En el caso de que una provincia se negara a estos programas y deseara ejercer un derecho de retirada, *opt-out*, con compensación financiera, el Senado podría actuar de foro negociador en el que se decidieran los términos en los que sería posible ejercer dicho derecho.

Otra posible innovación con el objetivo de mejorar la integración territorial a través del Senado podría ser la atribución al mismo de un poder para ratificar tratados internacionales al estilo del Senado de los EE.UU.⁷⁹ Dicho mecanismo sería de especial relevancia a la hora de ratificar tratados que afecten a materias de titularidad provincial⁸⁰. En virtud del mismo, el Senado tendría que dar su consentimiento antes de la entrada en vigor de un tratado que afectara a competencias provinciales, habilitando una vía para que los gobiernos provinciales participaran en el proceso de ratificación del mismo y así pudieran hacer valer sus intereses.

Al igual que en el caso de la abolición, el principal obstáculo para llevar estas medidas a la práctica es la necesidad de articularlas a través de una reforma constitucional. Como ha retirado el Tribunal Supremo, cualquier cambio que implique variaciones en el sistema de selección de senadores o suponga una alteración de las competencias atribuidas constitucionalmente a la Cámara Alta precisa de una reforma constitucional siguiendo el procedimiento general –la fórmula 7/50–, tal como está

⁷⁸ El artículo 75.19 de la Constitución Argentina afirma que el Senado es la cámara de origen de las leyes que propendan al crecimiento armónico de la Nación y tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y regiones. HARO (2003): 349.

⁷⁹ Artículo II, Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos. Sobre la conveniencia del mismo es de interés lo expuesto por HAMILTON (1987): 424-428.

⁸⁰ Recuérdese que, como quedó evidenciado tras el caso *Labour Conventions*, la competencia para ratificar tratados está atribuida al nivel federal mientras que la implementación depende de qué nivel ostente competencias en las áreas a las que afecte el tratado.

establecido en el artículo 42.1.b de la Constitución de 1982⁸¹. A pesar de que el consenso requerido para llevar a cabo dichas modificaciones es menor que la unanimidad necesaria para la abolición, actualmente, parece igual de improbable la consecución exitosa de cualquiera de las dos opciones.

1.3. En busca del equilibrio del sistema federal: el Tribunal Supremo como vector de la integración territorial

La elevada rigidez de la Constitución de Canadá, tras la introducción de un mecanismo doméstico de reforma en 1982, ha tenido como resultado una gran dificultad para concluir con éxito una reforma constitucional, sin que hasta la fecha haya cristalizado ninguna. Por ello, la interpretación judicial de la misma se configura, desde los tiempos del *Privy Council*⁸², como el único mecanismo disponible para actualizar y acomodar a los nuevos tiempos una Constitución de carácter antiguo como la canadiense.

En consonancia, el Tribunal Supremo se ha erigido en una institución central para el desarrollo del sistema federal adoptando un importante rol de árbitro territorial entre la federación y las provincias. Esta idea está íntimamente relacionada con el carácter territorial del Tribunal Supremo, haciendo necesaria la pluralidad territorial de la institución para que esta pueda actuar como vector de la integración territorial. Por ese motivo, ROACH afirma que la relevancia del Tribunal Supremo en el desarrollo del sistema federal ha sido tal que el propio poder ejecutivo lo ha concebido como un legislador positivo, como fue el caso del contencioso relativo a la secesión de Quebec⁸³. Esta idea nos lleva a concebir al Tribunal como fuerza de equilibrio entre los dos niveles de gobierno, actuando como una tercera cámara⁸⁴. Siguiendo esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha intentado encontrar un equilibrio entre una amplia interpretación de los títulos competenciales federales con el respeto de la autonomía de las provincias, siendo la regulación del mercado de valores un ejemplo del mismo⁸⁵.

El carácter del Tribunal Supremo como vector de la integración territorial estaba presente en el Acuerdo del Lago Meech con la introducción de la cláusula de sociedad

⁸¹ *Senate Reform Reference*, párrafos 64-67 y 101-102.

⁸² MONAHAN y SHAW (2013): 243-260.

⁸³ ROACH (2011): 315.

⁸⁴ Sobre el papel de los Tribunales Constitucionales como terceras cámaras vid. LANDFRIED (1992): 50-97, así como la obra colectiva editada por BREWER-CARÍAS (2011).

⁸⁵ Sobre este caso vid. KARAZIVAN (2016): 419-472.

distinta, cuya génesis se basaba en la premisa de que la misma sería interpretada de manera amplia por los tribunales, garantizando el respeto de la asimetría quebequesa y un correcto acomodo de la provincia en el seno de la federación⁸⁶. La *Canada Clause*, con especial mención a las Primeras Naciones, y la *Quebec Clause* del Acuerdo de Charlottetown seguían la misma dinámica, consolidando la condición multinacional de Canadá con el objetivo de desplegar efectos a la hora de interpretar judicialmente la Constitución.

Una vez reconocida la gran influencia que ejercen los Tribunales Supremos sobre el sistema federal, la cuestión suele versar sobre si la labor de los mismos ha tenido efectos centralizadores o descentralizadores⁸⁷. En Canadá no existe consenso sobre si la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado en uno u otro sentido, siendo, generalmente, favorables los académicos de Quebec a la primera opción, mientras que los del resto de Canadá son partidarios de la segunda. La divergencia de estas dos posturas se basa en diferentes concepciones del sistema federal, las cuales se derivan de diferentes visiones sobre el origen de la Confederación. Como se ha afirmado, en Quebec predomina la concepción de Canadá como un pacto entre pueblos, haciendo un mayor énfasis en el valor de la autonomía provincial⁸⁸. La visión anglófona es generalmente contraria a esta idea, concibiendo Canadá como una creación imperial del Parlamento de Westminster, en la que existe un alto grado de centralización dada la voluntad de los fundadores de asegurar un gobierno central fuerte⁸⁹. Estas visiones contrapuestas ejemplifican las tensiones entre centro y periferia que afectan, de forma general, a todo Tribunal Supremo en su faceta de máximo intérprete del sistema de federal y, en particular, del principio de división de poderes.

1.3.1. Sistema actual y posición constitucional

1.3.1.A La ausencia de una regulación constitucional específica

La Constitución de Canadá, ya sea el texto de 1867 o el de 1982, carece de una regulación expresa del Tribunal Supremo. La única mención a una institución de dicha naturaleza es la contenida en el artículo 101 de la Constitución de 1867, que autoriza al Parlamento federal a crear una Corte de Apelación General (*General Court of Appeal*) o

⁸⁶ Como es sabido, este aspecto no ha llegado, hasta la fecha, a materializarse como se desprende de las decisiones del Tribunal Supremo permitiendo la *patriación* constitucional sin el consentimiento de Quebec, así como negando su derecho de veto en la materia. BZDERA (1993): 12-13.

⁸⁷ SHAPIRO (1981): 55.

⁸⁸ ROCHER (2009): 81-131. LECLAIR (2003): 411-453.

⁸⁹ BROUILLET (2017): 150.

cualquier otro tribunal que considere oportuno para una mejor administración judicial en Canadá⁹⁰. Al igual que otras de las peculiaridades del sistema canadiense, la ausencia de una regulación constitucional expresa de la institución del Tribunal Supremo se debe a razones históricas.

La posibilidad de crear un tribunal federal de apelaciones que funcionara como última instancia judicial fue brevemente abordada en los debates previos a la Confederación, sin que finalmente se materializara más allá de la posibilidad prevista en el artículo 101⁹¹. Sin embargo, no debe desdeñarse la importancia de dicha previsión, pues ello suponía aceptar la necesidad de implementar un sistema de revisión judicial, una figura importada del modelo estadounidense y extraña a la tradición británica⁹². Finalmente, y tras varios intentos infructuosos debido a discrepancias entre los principales actores políticos, en 1875 se creó el Tribunal Supremo⁹³, que, paradójicamente, carecía de supremacía en el ordenamiento jurídico canadiense, pues la última instancia judicial era el *Judicial Committee of the Privy Council* con sede en Londres. Esta falta de supremacía se veía acrecentada por la posibilidad de, previo acuerdo de las partes, renunciar a su jurisdicción y apelar un fallo de un Tribunal provincial directamente al *Privy Council*⁹⁴.

La consideración del Tribunal Supremo como última institución del poder judicial de Canadá fue una materia controvertida desde sus inicios, llegándose a aprobar por amplia mayoría una moción al respecto, cuya implementación hubiera supuesto romper el vínculo constitucional con el Reino Unido⁹⁵. A pesar de ello, no será hasta 1949 cuando, a través de una reforma de la *Supreme Court Act*⁹⁶, se abola definitivamente la competencia del *Privy Council*, proceso que se completará diez años más tarde con la decisión sobre el último asunto pendiente⁹⁷. A partir de dicho

⁹⁰ HOGG (2007): 4-2.

⁹¹ MACDONALD pensaba que existían argumentos tanto a favor como en contra, por lo que la opción más sabia era dejar la cuestión abierta para que el Parlamento federal decidiera lo que considerara más oportuno. Vid. WAITE (1963): 47- 48.

⁹² HUEGLIN y FENNA (2006): 293. A pesar de no contener una mención explícita al respecto, la *British North America Act* gozaba de supremacía en el ordenamiento canadiense dado su carácter de Estatuto Imperial. Esta supremacía fue confirmada en la *Colonial Laws Validity Act, 1865 (28 & 29 Vic. c. 63.)*, la cual, en su artículo segundo, declaraba nula cualquier norma colonial que fuera contraria a una norma del Parlamento Imperial de Westminster.

⁹³ *Supreme and Exchequer Courts Act, S.C. 1875, c. 11.*

⁹⁴ MCCORMICK (2000): 6.

⁹⁵ SNELL y VAUGHAN (1985): 11.

⁹⁶ *Act to amend the Supreme Court Act, S.C. 1949 (2nd Sess.), c. 37, ss. 1, 3.*

⁹⁷ Desde 1933 el Tribunal Supremo ya era el tribunal de última instancia en materia penal. El último caso en ser fallado por el *Privy Council* fue *Ponoka-Calmar Oils Ltd. v Earl F. Wakefield Co. (Canada)* [1959] UKPC 20.

momento, el Tribunal Supremo pasa a situarse en la cúspide del sistema judicial canadiense, siendo sus decisiones inapelables ante cualquier otra instancia judicial.

Dotar de supremacía al Tribunal Supremo constituye otro hito en la emancipación constitucional de Canadá del Reino Unido, proceso que, como ya se ha tratado, culminará en 1982 con la *patriación* de la Constitución y la adopción de un mecanismo doméstico de reforma constitucional. Sin embargo, esta emancipación no ha llevado aparejada la incorporación de la regulación del Tribunal en los textos constitucionales, manteniéndose la misma en la *Supreme Court Act*⁹⁸ cuya naturaleza será analizada a continuación.

1.3.1.B. La naturaleza constitucional de la *Supreme Court Act*

1.3.1.B.a. El debate teórico y la naturaleza material de la Constitución

La *Supreme Court Act* no se encuentra entre los documentos con rango constitucional recogidos en el anexo de la Constitución de 1982, al que remite el artículo 52 de la misma norma⁹⁹. En consecuencia, estamos, a priori, ante una institución de naturaleza infraconstitucional. Sin embargo, y a pesar de la inexistencia de una regulación constitucional expresa, la Constitución de 1982 sí que hace referencia, en las previsiones relativas a la reforma –artículos 41 y 42–, a dicha institución. La concatenación de estos preceptos resulta en la necesidad de seguir el procedimiento general de reforma –la fórmula 7/50– para modificar cualquier aspecto que afecte al Tribunal Supremo, con la excepción de la composición del mismo, materia que se encuentra especialmente protegida requiriendo de unanimidad provincial para su reforma¹⁰⁰.

Estos artículos dotan al Tribunal Supremo de una naturaleza especial, pues es la única materia no contemplada en la Constitución de Canadá cuya modificación requiere seguir los procedimientos constitucionales de reforma¹⁰¹. Esta previsión nos lleva a la paradoja de que sea necesaria una modificación de la Constitución, incluso requiriendo unanimidad, para alterar aspectos no contemplados en la misma. Es decir, la modificación de determinados aspectos de una ley ordinaria, la *Supreme Court Act*, no

⁹⁸ Actualmente se encuentra vigente una norma reformada tras la *patriación* denominada *Supreme Court Act* (R.S.C., 1985, c. S-26).

⁹⁹ NEWMAN (2009): 431.

¹⁰⁰ El artículo 42.1.d establece en procedimiento general como mecanismo para la reforma de la institución con la excepción de lo establecido en el artículo 41.d, el cual hace referencia a la composición del tribunal.

¹⁰¹ PELLETIER (1999): 14-17.

podría ser llevada a cabo por el Parlamento federal de manera autónoma, sino que requeriría, según el precepto a modificar, de un determinado grado de consenso provincial. Esta paradoja pone de manifiesto la dificultad de reconciliar el sistema parlamentario de base británica –asentado sobre un concepto político de Constitución– con una Constitución –como concepto jurídico– con una Constitución –como concepto jurídico– concebida como norma suprema, tensionando las costuras del sistema constitucional canadiense.

A pesar de lo anterior, HOGG sostiene que cualquier aspecto de la *Supreme Court Act* puede ser modificado por el Parlamento federal, incluso llegando a la abolición de la institución derogando la norma, dada su condición de ley ordinaria¹⁰². Dicho autor justifica su tesis en la ausencia de una regulación constitucional del Tribunal Supremo, pues este fue creado por una norma infraconstitucional y así continúa regulado. Como resaltan MONAHAN y SHAW, esta argumentación nos llevaría a reputar las provisiones relativas al Tribunal Supremo de los artículos 41 y 42 de la Constitución de 1982 como meramente virtuales e inaplicables, dado que se refieren a materias no contempladas hasta la fecha en el texto constitucional¹⁰³. Por ello, discrepan del análisis de HOGG, al considerar que el mismo lleva a prescindir totalmente de las consideraciones territoriales, hasta el extremo de permitir la supresión de la cuota correspondiente a Quebec de forma unilateral por el Parlamento federal mediante una ley ordinaria¹⁰⁴. Esta interpretación dejaría totalmente desprotegida a la provincia de Quebec frente a la acción unilateral del legislador federal. La necesidad de unanimidad prescrita por el artículo 41.d de la Constitución de 1982 supone otorgar a Quebec, y por extensión a cualquier otra provincia, un derecho de veto ante posibles cambios en la composición del Tribunal. Esta consideración es de especial trascendencia para la provincia francófona dado su distintivo sistema de derecho civil. Ante un intento federal de suprimir la cuota de magistrados provenientes de Quebec, el artículo 41.d se configura como un derecho de veto que permite a Quebec bloquear dicha supresión, aspecto que escaparía a su control en caso de ser posible su alteración mediante la mera reforma de la *Supreme Court Act*. Una actuación de tales características supondría un importante menoscabo de la autonomía de Quebec, al ser su sistema de derecho civil uno de los rasgos integradores de la identidad quebequesa.

¹⁰² HOGG (2007): 4-14.

¹⁰³ MONAHAN y SHAW (2013): 205. En el mismo sentido se pronuncian SCOTT, S. (1982b): 273, LEDERMAN (1985): 196 y OLIVER (1999): 579.

¹⁰⁴ MONAHAN y SHAW (2013): 205-206.

El valor de lo recogido en los artículos 41 y 42 respecto al Tribunal Supremo es, por tanto, confuso. Por un lado nos puede llevar a pensar que la Constitución de 1982 ha congelado el rango de la *Supreme Court Act* en lo referente a la composición del Tribunal, sustrayendo al Parlamento federal la capacidad de modificar la misma¹⁰⁵. Por otro, también es posible argumentar, como hace HOGG, que dichos artículos únicamente serán de aplicación en caso de una futura inclusión expresa de la composición y funciones del Tribunal Supremo en la Constitución.

Estas visiones contrapuestas sobre la naturaleza de la *Supreme Court Act* y el valor de las previsiones constitucionales de los artículos 41 y 42 en relación con el Tribunal Supremo, tienen un origen común: el artículo 52 de la Constitución de 1982 y, en consecuencia, el contenido material de la Constitución de Canadá. Si nos atenemos a un criterio estrictamente formal, es evidente, como señala PELLETIER, que la *Supreme Court Act* no forma parte de la Constitución de Canadá a efectos de la reforma constitucional, pues no se encuentra entre las normas listadas en el anexo de la Constitución de 1982 al que se remite el artículo 52¹⁰⁶. Sin embargo, si nos inclinamos por un concepto material de constitución¹⁰⁷, parece razonable sostener que la voluntad del constituyente de 1982 era la de proteger de manera especial la institución del Tribunal Supremo y, en particular, la composición del Tribunal en lo relativo a Quebec, impidiendo una alteración sustancial de dicha institución mediante una ley ordinaria¹⁰⁸.

Además, no debe olvidarse que las materias cuya reforma requiere la unanimidad son aquellas sobre las que no hubo acuerdo en la *patriación* constitucional de 1982 y que, como resultado, se protegieron de forma reforzada. La constitucionalización del Tribunal Supremo fue uno de los aspectos que quedaron pendientes en 1982, introduciéndose las previsiones relativas a la reforma de cara a una futura inclusión. Fue contemplada en la ronda constitucional del Lago Meech, que preveía añadir nuevos apartados al artículo 101 de la Constitución de 1867. La inclusión de estos nuevos apartados suponía dotar de rango constitucional a los actuales artículos 4 a 6 de la *Supreme Court Act* en relación con la composición del Tribunal, así como regular el papel del Gobernador General a la hora de llevar a cabo los

¹⁰⁵ Este fenómeno es denominado por GRAMMOND (2017): 128-131 como “función protectora de la Constitución”, dado que la misma protege algunas áreas de la afectación unilateral por parte del Parlamento federal.

¹⁰⁶ PELLETIER (1996): 74.

¹⁰⁷ Sobre la constitución material como categoría vid: MORTATI (2000): 61-218, KELSEN (1979): 308-318, OTTO PARDO (1987): 17-18 y GARRORENA MORALES (2017): 75-98.

¹⁰⁸ BRUN, TREMBLAY y BROUILLET (2008): 233-234.

nombramientos¹⁰⁹. Además, se incluía un último inciso, el 101E, que perfilaba y aclaraba el rol del Parlamento federal en relación con la *Supreme Court Act*, afirmando que esta novación constitucional no suponía la derogación de los poderes del Parlamento de Canadá en relación con el artículo 101 de la Constitución de 1867. Es decir, el Parlamento federal mantenía su competencia exclusiva sobre todas aquellas materias relativas al Tribunal Supremo que no quedaban elevadas a rango constitucional. Sin embargo, como ya se ha tratado, tanto dicho acuerdo como el de Charlottetown, donde se recogían unos preceptos de naturaleza similar, no llegaron a aprobarse, imposibilitando, hasta la fecha, la inclusión del Tribunal Supremo en la Constitución de Canadá.

1.3.1.B.b La fijación de la cuestión por parte del Tribunal Supremo: el *Supreme Court Act Reference*

En 2014, a raíz del de la controversia relativa a la elegibilidad del juez Marc NADON para formar parte del Tribunal Supremo, cuestión que se abordará seguidamente, la propia institución se vio obligada a resolver algunos interrogantes sobre la naturaleza de la *Supreme Court Act*, clarificando algunas de las cuestiones anteriormente mencionadas¹¹⁰.

El Tribunal discrepa de lo argumentado por HOGG, negando la capacidad del Parlamento federal para alterar la composición del Tribunal, aspecto que precisaría de una reforma constitucional por unanimidad¹¹¹. Asimismo, en la misma línea que MONAHAN, resalta que cualquier variación de los elementos esenciales del Tribunal requerían de una reforma constitucional por el procedimiento general de reforma¹¹². De esta afirmación podemos extraer dos importantes lecciones. En primer lugar, las previsiones relativas al Tribunal Supremo de los artículos 41 y 42 son de aplicación, y no son meramente virtuales (*empty vessels*) a la espera de la inclusión de una regulación de la institución en la Carta Magna¹¹³. El Tribunal Supremo justifica esta tesis en la intención del constituyente de 1982 de dotar de una protección especial a la institución

¹⁰⁹ Estas modificaciones se encontraban recogidas en el artículo 6 del Acuerdo del Lago Meech.

¹¹⁰ *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21*, [2014] 1 S.C.R. 433, en adelante, *Supreme Court Reference*.

¹¹¹ *Supreme Court Reference*, par. 74.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Este aspecto ha sido reiterado por el Tribunal Supremo en oposición al argumento del Fiscal General, el cual consideraba vacíos de contenido los preceptos del título V de la Constitución de 1982 relativos al Tribunal Supremo. *Supreme Court Reference*, párrafos 97-103.

con el objetivo de evitar que pudiera ser reformada unilateralmente por el Parlamento federal¹¹⁴.

Por otro lado, el Tribunal delimita el alcance del artículo 42.1.d, restringiéndolo a elementos esenciales de la institución. Si bien el Tribunal no detalla cuales son dichos aspectos esenciales, sí que menciona expresamente que, al menos, la posición del Tribunal Supremo como cúspide del sistema, constituyendo la última instancia judicial de Canadá, así como las funciones de intérprete constitucional se encuentran entre los mismos¹¹⁵. Ello supone que la competencia del Parlamento federal queda limitada a aquellos elementos no esenciales, meramente destinados a asegurar el mantenimiento de la institución¹¹⁶, de la *Supreme Court Act*, cuyo contenido puede modificar a través del procedimiento legislativo ordinario.

Como resultado, y en relación con la posición constitucional de la institución, los magistrados estiman que el Tribunal Supremo goza de “estatus constitucional” una vez convertido en la última instancia judicial de Canadá tras la abolición de las apelaciones al *Privy Council*¹¹⁷. De esta manera, el Tribunal Supremo vuelve a expandir la Constitución de Canadá, al igual que hizo en el *Secession Reference*, ampliando su ámbito material, va más allá del límite formal recogido en el artículo 52 de la Constitución de 1982¹¹⁸. Esta decisión se basa en una visión evolutiva de la Constitución, que ha ido mutando desde la concepción inicial del artículo 101 de la Constitución de 1867 como un precepto accesorio, hasta convertir al Tribunal Supremo en una de las instituciones esenciales del modelo federal canadiense, sin la que quedaría desnaturalizado¹¹⁹.

¹¹⁴ *Supreme Court Reference*, par. 92.

¹¹⁵ *Ibíd.*, par. 94. El TS también hace referencia a la independencia como una característica esencial de la institución. MONAHAN y SHAW (2013): 205 estiman que los mecanismos de nombramiento y remoción de jueces también deberían ser considerados como elementos esenciales de la institución.

¹¹⁶ *Ibíd.*, par. 101. Esta interpretación está estrechamente conectada con la realizada en el *Upper House Reference*, ahondando en la restricción judicial de los poderes unilaterales del Parlamento federal a la hora de modificar el sistema institucional.

¹¹⁷ *Ibíd.*, par. 95. Sobre este “estatus constitucional” vid. KARAZIVAN (2015): 815-818.

¹¹⁸ PEACH (2014): 1-6. No es descartable que la superación de la rigidez formal del artículo 52 dé lugar a nuevas ampliaciones de los límites constitucionales para incluir otras normas de especial trascendencia constitucional como la relativa a las lenguas oficiales (*Official Languages Act* (R.S.C., 1985, c. 31 (4th Supp.))). En este sentido HOGG (2007/2014): 4-15.

¹¹⁹ *Ibíd.*, par. 101. No debe olvidarse que tras la incorporación de la Carta de Derechos y Libertades en la Constitución de 1982, el Tribunal Supremo se ha situado en el epicentro del modelo federal dado que es la institución que dota de cierre al sistema ante cualquier discrepancia relativa a la interpretación y alcance de los mismos con la excepción de la cláusula *notwithstanding* del artículo 33.

1.3.2. Composición y elegibilidad: la controversia del caso Nadon

El artículo 4.1 de la *Supreme Court Act* fija el número de integrantes del tribunal en nueve, de los que uno debe ejercer como presidente¹²⁰. La edad de retiro obligatorio está fijada, al igual que en el Senado, en los 75 años de edad, si bien es posible –y frecuente– el retiro anticipado. De estos nueve magistrados, al menos tres deben provenir de la provincia de Quebec, tal como prescribe el artículo 6 de la norma reguladora de la institución. Este requerimiento territorial se debe a la tradición civilista de Quebec producto de su pasado como colonia francesa, aspecto que ha convertido a Canadá en un estado con dualidad jurídica en el que conviven el *common law* de origen británico y el *code civil* de ascendencia francesa¹²¹.

Los requisitos de elegibilidad se regulan en los artículos 5 y 6 de la *Supreme Court Act*, que varían ligeramente si el nombramiento es de los magistrados provenientes de Quebec o del resto de provincias y territorios. A su vez, encontramos criterios de elegibilidad diferentes para jueces y abogados. Con carácter general, y a excepción del caso de Quebec, cualquier persona que sea o haya sido juez de un Tribunal Superior provincial es elegible para el puesto. En el caso de los abogados se requiere que el candidato sea o haya sido miembro del Colegio de la provincia durante al menos diez años. En el caso de Quebec la regulación legal está construida de manera diferente, declarando elegible a los integrantes de la Corte Superior (*Cour supérieure*) y de la Corte de Apelación de Quebec (*Cour d'appel*), así como a aquellos abogados que estén colegiados en la provincia, sin que exista un requisito temporal aplicable.

La diferente regulación de los requisitos de elegibilidad de los magistrados de la cuota de Quebec generó un contencioso jurídico cuando el gobierno de HARPER decidió nombrar a Marc NADON como miembro del Tribunal Supremo por el cupo de Quebec. NADON era juez supranumerario, es decir, parcialmente jubilado, de la Corte Federal de Apelaciones y había sido miembro del Colegio de Abogados Quebec, aunque ya no formaba parte del mismo en el momento del nombramiento. En consecuencia, como así confirmó posteriormente el Tribunal Supremo, NADON no podía ser designado como juez procedente del sistema de tribunales de Quebec, pues dicha condición queda reservada para los integrantes de la Corte Superior y la Corte de Apelación de Quebec, y

¹²⁰ En sus inicios el Tribunal estaba compuesto por seis miembros, de los que dos debían provenir de Quebec. En 1927 se amplió a siete, creciendo la cuota de Quebec a tres (*An Act to amend the Supreme Court Act, S.C. 1927, c. 38, s. 1*). La composición actual data de 1949, manteniéndose en tres la representación de la provincia francófona (*An Act to amend the Supreme Court Act, S.C. 1949, c. 37, s.1*).

¹²¹ BROWN-JOHN y PAWLEY (2005): 151-164.

él formaba parte de un tribunal federal¹²². Por lo tanto, el nombramiento se basaba en su condición de antiguo miembro del Colegio de Abogados de la provincia francófona. El problema residía en que la elegibilidad como antiguo miembro de un Colegio de Abogados provincial con más de diez años de trayectoria está contemplada en el artículo 5 de la *Supreme Court Act* y, por tanto, es de aplicación para los nombramientos que no corresponden a Quebec. El artículo 6, el de aplicación a Quebec, tiene una construcción diferente y no contempla como elegibles a aquellos abogados que ya no forman parte del Colegio provincial, de manera que el candidato propuesto no satisfacía los requisitos de elegibilidad¹²³.

Ante dicha controversia, el gobierno federal optó por solicitar una opinión consultiva al Tribunal Supremo sobre el significado de los requisitos de elegibilidad y la subsiguiente aplicación de los mismos al caso NADON. Además, el gobierno federal procedió a modificar la *Supreme Court Act* añadiendo unos incisos a los artículos 5 y 6 con el objetivo de clarificar su contenido. El nuevo artículo 5.1 aclaraba que un abogado era elegible si había formado parte del Colegio de la provincia durante diez años en algún momento, de manera que no era necesario que formara parte del mismo en el momento del nombramiento¹²⁴. Por su parte, el artículo 6.1 precisaba que en lo relativo a Quebec debía considerarse que un abogado era elegible si había estado inscrito como tal en el Colegio de la Provincia durante diez años¹²⁵.

En una decisión mayoritaria, pero no unánime¹²⁶, el Tribunal Supremo concluyó que únicamente los abogados colegiados en Quebec actualmente en ejercicio pueden formar parte del Tribunal Supremo, quedando excluidos aquellos que ya no lo son¹²⁷. Esta decisión se basa tanto en un criterio histórico, el hecho de que la previsión relativa a Quebec no ha variado su contenido desde 1886, como en un criterio teleológico. La

¹²² *Supreme Court Reference*, par. 15.

¹²³ *Supreme Court Reference*, párrafos 41-42.

¹²⁴ El nuevo artículo 5.1 versaba “*For greater certainty, for the purpose of section 5, a person may be appointed a judge if, at any time, they were a barrister or advocate of at least 10 years standing at the bar of a province*”.

¹²⁵ La formulación afirmaba que “*For greater certainty, for the purpose of section 6, a judge is from among the advocates of the Province of Quebec if, at any time, they were an advocate of at least 10 years standing at the bar of that Province*”. Este precepto fue declarado contrario a la Constitución por el Tribunal Supremo en el *Supreme Court Reference*, párrafos 104-106, si bien no ha sido formalmente anulado dado el carácter consultivo de la opinión.

¹²⁶ El juez MOLDAVER firmó un voto particular en el que entendía que los artículos 5 y 6 debían ser leídos de forma conjunta, lo cual resultaba en afirmar que la formulación “*among the advocates of that province*”, incluía a los antiguos miembros del Colegio de Quebec al igual que sucedía con los de otras provincias (*Supreme Court Reference*, párrafos 126-130). Por su parte, el juez ROTHSTEIN se apartó del caso para salvaguardar la imparcialidad del mismo, al haber sido nombrado como juez procedente del Colegio de Abogados de Manitoba.

¹²⁷ *Supreme Court Reference*, par. 17.

finalidad de reservar tres de los nueve magistrados a Quebec responde a la voluntad de asegurar la supervivencia de la tradición civilista de Quebec, así como los valores que la misma entraña y representa¹²⁸. La constatación de la importancia de estos valores y de su finalidad supone el reconocimiento por parte del Tribunal Supremo del carácter distinto de Quebec, así como del rol central que desempeña en el sistema de derecho civil dentro del mismo¹²⁹. Este reconocimiento judicial de las características propias de Quebec supone un paso más hacia la integración de dicha provincia en la federación, avanzando en una de las demandas históricas de Quebec: el reconocimiento constitucional de su carácter nacional distinto del resto de Canadá.

Por lo tanto, la exigencia de que tanto los abogados como los jueces se encuentren en ejercicio activo en el momento de ser nombrados pretende asegurar la experiencia de los mismos en el sistema de derecho civil propio de la provincia. Por ello, el Tribunal concluye que el juez NADON, a la luz del artículo 5 de la *Supreme Court Act*, era elegible para un puesto en el Tribunal Supremo, dada su condición de antiguo abogado con más de diez años de experiencia, pero no en relación a la cuota de Quebec, dado que el artículo 6 restringe dicha posibilidad a abogados en ejercicio¹³⁰. A la vista de esta decisión, el gobierno federal se vio forzado a retirar el nombramiento de Marc NADON como juez, siendo sustituido por Clément GASCON, quien provenía de la Corte de Apelación de Quebec¹³¹.

El hecho de que tres magistrados del Tribunal Supremo deban provenir de Quebec supone otra especificidad del sistema constitucional canadiense. Si bien este rango distintivo se deriva del sistema de derecho civil propio de Quebec, el mismo también supone un mecanismo de integración de la provincia francófona en el seno de la federación. El artículo 6 de la *Supreme Court Act* garantiza la supervivencia del sistema de *code civil*, posibilitando que los litigios sean resueltos en última instancia por jueces expertos en dicho sistema. Una muestra de la función integradora que permite la previsión relativa a Quebec es la costumbre de que, pese a que el *quorum* mínimo está

¹²⁸ *Ibíd.*, par. 49.

¹²⁹ Sobre esta importancia y sus consecuencias vid. GAUDREAU-DESBIENS (2009): 301-330.

¹³⁰ *Ibíd.*, párrafos 69-71.

¹³¹ Únicamente ocho meses después del fallido nombramiento de NADON, HARPER designó a Suzanne COTÉ, una abogada del Colegio de Quebec, esta vez sí, en ejercicio, para cubrir otra de las vacantes de dicha provincia.

fijado en cinco jueces, en los casos que afectan a Quebec tres de ellos sean los provenientes de dicha provincia pese a no existir ninguna regla al respecto¹³².

La presencia de estos magistrados garantiza que los valores propios de la sociedad francófona estén representados en el Tribunal, de forma que sea sensible a las demandas legítimas de la sociedad quebequesa. Sin embargo, este hecho no ha evitado que, en momentos de tensión derivados de la crisis constitucional descrita al inicio, la institución sufriera un importante desprestigio en Quebec, hasta el punto de ser acusada de cómplice de un “golpe de estado constitucional”¹³³.

1.3.3. El proceso de nombramiento y sus recientes modificaciones

1.3.3.A. Marco general

Los magistrados del Tribunal Supremo son nombrados por el Gobernador General a propuesta del Primer Ministro, sin que sea necesaria, a diferencia de lo que ocurre en EE.UU¹³⁴, su confirmación por parte del Parlamento. Por lo tanto, el poder de nombramiento de los mismos reside exclusivamente en el Primer Ministro, no viéndose el mismo modulado por ninguna otra institución¹³⁵, en otra muestra de los amplios poderes de los que goza el ejecutivo, rasgo característico del sistema constitucional canadiense.

Al igual que en lo concerniente al Senado, el gobierno de TRUDEAU ha llevado a cabo algunas modificaciones en el proceso de selección de los integrantes del Tribunal Supremo. Se ha procedido a crear, de forma similar al modelo británico¹³⁶, un panel de expertos que seleccione a los candidatos más idóneos para el puesto. Dicho panel se encuentra integrado por siete miembros, quienes son nombrados por un periodo renovable de cinco años de la siguiente manera que se describe a continuación. Tres de ellos a propuesta del Ministro de Justicia, de los cuales, al menos dos, no pueden ser abogados o procuradores¹³⁷. Los cuatro miembros restantes son nombrados por organizaciones ajenas al ejecutivo. A la *Canadian Bar Association*, el Colegio de Abogados federal, como a la *Federation of Law Societies of Canada*, agrupación que

¹³² HOGG (2007): 8-7 y 8-8. Este aspecto queda a discreción del presidente del Tribunal, si bien es una regla no escrita que se viene manteniendo en el tiempo.

¹³³ La legitimidad del Tribunal Supremo fue cuestionada en dichos términos por LAFOREST (1999): 15. Sobre la controversia política generada por el *Secession Reference* vid. LESLIE (1999): 146-148.

¹³⁴ El inciso dos de la sección segunda del artículo 2 de la Constitución de los EE.UU. supedita el nombramiento realizado por el Presidente al consentimiento del Senado.

¹³⁵ MORTON (2006): 58.

¹³⁶ MALLESON (2006): 46.

¹³⁷ *Advocates or barristers* en la terminología jurídica del *common law*.

aúna a todas las asociaciones profesionales provinciales y territoriales, les corresponde nombrar a un abogado en ejercicio. Por su parte, el *Canadian Judicial Council*, el Consejo Judicial Canadiense, debe nombrar a un juez superior ya jubilado, mientras que al Consejo de Decanos de Derecho corresponde nombrar a un jurista de reconocido prestigio. Uno de los siete integrantes ejercerá como presidente, siendo actualmente desempeñado este papel por la antigua Primera Ministra Kim CAMPBELL¹³⁸.

A diferencia de lo que sucede en el caso del Senado, los miembros nombrados por el ejecutivo federal no constituyen mayoría en el panel, aspecto que aumenta la independencia del mismo. La presencia de representantes de las principales ramas del mundo jurídico –abogados, jueces y académicos–, quienes deben gozar de una acreditada trayectoria, nos invita a pensar que los criterios profesionales serán predominantes a la hora de proponer candidatos sobre otras consideraciones de carácter inclusivo que se verán más adelante. La labor de este panel consiste en analizar y evaluar los perfiles de los candidatos que se presenten con el objetivo de elaborar una propuesta, que debe oscilar entre tres y cinco nombres. Esta propuesta no es vinculante para el Primer Ministro, de manera que, formalmente, el nombramiento sigue recayendo en él y, por tanto, el nuevo sistema no requiere de reforma alguna de la *Supreme Court Act* o de la Constitución¹³⁹.

En clara muestra de la apuesta gubernamental por la transparencia y la participación ciudadana, cualquier persona que satisfaga los requisitos establecidos en la *Supreme Court Act* puede postularse para el puesto. Para ello es necesario rellenar un cuestionario y completar una serie de formularios adicionales¹⁴⁰. La orden reguladora del panel establece que deben valorarse tanto las cualidades personales de los candidatos como el encaje de estos en las necesidades institucionales del Tribunal¹⁴¹. Las cualidades individuales se dividen entre las de carácter profesional y las estrictamente personales. Entre las consideraciones de tipo profesional se valoran aspectos como los conocimientos legales, la sensibilidad a los cambios sociales con trascendencia jurídica o la capacidad de análisis y resolución de conflictos jurídicos, si bien también hay algunas de carácter complementario como la capacidad de síntesis y

¹³⁸ El resto de integrantes del organismo puede consultarse en <http://www.fja-cmf.gc.ca/scc-csc/biographies-eng.html>

¹³⁹ RUSSELL (2017): 8-16

¹⁴⁰ Estos formularios pueden obtenerse en <http://www.fja-cmf.gc.ca/scc-csc/form-formulaire-eng.html>

¹⁴¹ *Terms of Reference of the Advisory Board*. Disponibles en <http://www.fja-cmf.gc.ca/scc-csc/mandate-mandat-eng.html>. El cuestionario rellenado por la jueza MARTIN, nombrada en diciembre de 2017, puede consultarse en <http://www.fja-cmf.gc.ca/scc-csc/nominee-candidat-eng.html>

expresión, la voluntad de servicio público y la capacidad de trabajar bajo presión. Por su parte, las cualidades individuales giran en torno a la esfera personal del candidato poniendo de relieve condiciones como la integridad personal y profesional, el respeto, la moral, tener una mentalidad abierta o la discreción. En lo relativo a las necesidades institucionales del Tribunal, se valoran factores como el equilibrio entre expertos en derecho privado y derecho público y la experiencia legal en campos sobre los que el Tribunal esté llamado a decidir en un futuro. Junto a ello, también se menciona la voluntad de que el Tribunal represente de forma razonable la diversidad de la sociedad canadiense.

Por último, el panel deberá seguir las pautas establecidas por el Primer Ministro en relación con el nombramiento, ya sean de carácter territorial, representativo o de cualquier otra naturaleza. Finalmente, durante la elaboración del informe final, que será público, los integrantes del panel podrán consultar con el Presidente del Tribunal Supremo, una práctica ya puesta en marcha por MULRONEY¹⁴², o con otras organizaciones que consideren de interés.

1.3.3.B. Incorporando la participación provincial en el proceso de selección: un tímido avance

Como puede observarse, tras las modificaciones introducidas continúa sin existir ningún mecanismo reglado de participación de las provincias y territorios en el proceso de selección. Ello supone ahondar en la competencia federal en el nombramiento de jueces y magistrados, tal como prescribe el artículo 96 de la Constitución de 1867. Aunque la mayor parte de los integrantes del Tribunal Supremo proceden de instancias judiciales provinciales, su selección para dicho cargo también es de competencia federal por lo que ni siquiera puede hablarse de una participación provincial indirecta.

Dado que, como se verá a continuación, la composición regional del Tribunal Supremo es un valor asentado en la política canadiense, cabía esperar que la reforma del proceso de nombramiento articulara algún mecanismo que introdujera una mínima participación provincial. Sin embargo, el gobierno federal ha optado por excluir a los ejecutivos provinciales del panel consultivo, fortaleciendo el control federal sobre los nombramientos.

¹⁴² SONGER (2008): 15.

Con el objetivo de abrir el proceso de selección a la participación provincial, el Primer Ministro expresó su voluntad de incluir una ronda de consultas con las provincias siguiendo el modelo australiano¹⁴³. En Australia, el Fiscal General está obligado a consultar con sus homólogos estatales durante el proceso tendente a cubrir una vacante en la *High Court*¹⁴⁴, si bien la opinión de estos no tiene carácter vinculante¹⁴⁵. A semejanza del sistema australiano, el gobierno pretende que el Fiscal General consulte con los provinciales sobre los candidatos incluidos en la lista final, por lo que su participación se ve acotada a la fase final del proceso de selección. Otra posibilidad para incorporar la participación provincial desde el inicio del proceso podría consistir en permitir que los ejecutivos provinciales propusieran candidatos.

En el caso particular de los magistrados procedentes de Quebec, el panel consultivo deberá ser ajustado para dar respuesta a la tradición jurídica de derecho civil presente en la provincia. El ejecutivo de Quebec, entonces comandado por Philippe COUILLARD, demandó que la provincia desempeñará un rol más importante en el proceso de nombramiento, no solo siendo consultado sino también gozando de la facultad de proponer candidatos –cuestión contemplada en la fallida ronda constitucional del Lago Meech¹⁴⁶–, entendiendo el nuevo sistema como una constatación de la asimetría constitucional que permite a Quebec encontrar acomodo en el seno de la federación canadiense¹⁴⁷. Sin embargo, dicha petición no ha sido atendida, hasta el momento, por el gobierno federal. La voluntad por parte de Quebec de jugar un papel central en estos nombramientos está conectada de la idea de que la presencia de dichos magistrados no solo responde a la tradición civilista de Quebec, sino que también actúan como representantes de la provincia en el nivel federal¹⁴⁸.

La apertura del proceso a la participación provincial no altera el control federal sobre el mismo, pues la decisión final corresponde al Primer Ministro, quien dispone de discreción absoluta a la hora de elegir al candidato, siempre que este cumpla con los

¹⁴³ TRUDEAU (2016).

¹⁴⁴ WINTERTON (1987): 187-188. La participación provincial en el nombramiento de los integrantes de la *High Court* fue un asunto controvertido durante la formación de la *Commonwealth*, debatiéndose sobre si la misma debía representativa también de los estados o solo de la federación. Finalmente, acabó imponiéndose la visión puramente federal con el objetivo de evitar tensiones. Vid. ARONEY (2009): 293-298.

¹⁴⁵ Tal como queda establecido en el artículo 6 de la *High Court of Australia Act 1979*.

¹⁴⁶ Dicho acuerdo contemplaba que cada provincia podía proponer al Ministro de Justicia una lista de nombras, permaneciendo el poder de nombramiento en manos del Primer Ministro. Vid. CHOUDHRY (2005): 4. Un sistema similar se contemplaba en el punto dieciséis del Acuerdo de Charlottetown.

¹⁴⁷ COUILLARD (2016): A7.

¹⁴⁸ SCHERTZER (2016): 541-546.

requisitos de la *Supreme Court Act*. Ahora bien, no debe desdeñarse el hecho de que la credibilidad del nuevo sistema, así como su oportunidad, quedaría totalmente erosionada si el Primer Ministro eligiese finalmente a una persona que no se encuentre en la lista final de candidatos propuesta por el panel de expertos.

Si bien la participación provincial no presenta problemas desde el punto de vista constitucional y/o legal, pues formalmente el modelo no varía, su implementación puede no estar exenta de críticas. La participación provincial en el proceso de nombramiento podría ser vista como una mayor interferencia política sobre los nombramientos, porque podrían quedar sujetos a la influencia política y no exclusivamente al mérito y capacidades del candidato. Ello vendría a cuestionar la independencia judicial, proyectando una imagen de politización de la justicia, aspecto que dañaría la imagen pública del Tribunal Supremo y la justicia en general.

1.3.3.C. El Tribunal como institución representativa

1.3.3.C.a. El carácter territorial del Tribunal Supremo

La consideración relativa a Quebec nos lleva a plantearnos si es conveniente concebir el Tribunal Supremo como una institución representativa de la diversidad territorial de Canadá. La importancia de la composición territorial del Tribunal está interrelacionada con la idea de que este será más sensible a los intereses provinciales y, por tanto, más descentralizador, cuanto mayor sea la composición territorial del mismo¹⁴⁹. Esta circunstancia es especialmente visible en el caso de Quebec, donde los magistrados de dicha provincia son percibidos como representantes de la misma en el Tribunal¹⁵⁰. El mismo argumento subyace en las reivindicaciones de las Primeras

¹⁴⁹ La decisión adoptada por el Tribunal en *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46 es un buen ejemplo de la conexión entre representatividad e intereses provinciales. En dicho caso se analizaba una disputa entre los dos monopolios públicos de electricidad en torno a un contrato firmado en 1969, y con duración hasta 2041, para la explotación hidroeléctrica por parte de Hydro-Québec de unas aguas situadas en Labrador que ha reportado beneficios millonarios a Hydro-Québec dada la evolución de precios en el mercado eléctrico. El Tribunal decidió fallar a favor de la compañía quebequesa por 7 a 1 (la jueza MCLACHLIN no participó al estar próxima su jubilación), siendo el único voto discrepante el de Malcom ROWE, natural de Terranova y Labrador. El voto particular de ROWE hace suyos los argumentos de la corporación de Terranova, que de haber sido estimados hubiera supuesto unos importantes ingresos para las arcas provinciales. En esta situación, el juez ROWE parece haber tenido una sensibilidad especial hacia los intereses de su provincia de origen, actuando como “representante” de la misma a la hora de enjuiciar el caso.

¹⁵⁰ SCHERTZER (2016): 559-563. Otro ejemplo de esta circunstancia es el litigio entre el gobierno de Quebec y el gobierno federal en relación con el registro de armas, donde los tres magistrados de Quebec apoyaron la tesis de la provincia. *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693

Naciones en lo concerniente a su presencia en el Tribunal, como forma de proteger mejor sus intereses estarán.

Más allá de dicha mención, no existe ninguna otra previsión relativa a una composición regional del Tribunal Supremo. Ahora bien, la obligación legal de nombrar tres jueces de la provincia de Quebec ha derivado en la práctica política de nombrar tres jueces de Ontario –consolidando el dominio del Tribunal por parte del Canadá central–, dos de las provincias del oeste¹⁵¹ y uno de las atlánticas¹⁵². Aunque no se encuentra formalmente en ningún instrumento jurídico¹⁵³, esta práctica se encuentra muy asentada en la cultura política canadiense¹⁵⁴, provocando un proceso de territorialización del Tribunal Supremo. La composición territorial permite que todas las sensibilidades regionales estén representadas en el intérprete último de la Constitución, potenciando la legitimidad de la institución y evitando que sea vista como una institución federal poco sensible a los intereses provinciales. De hecho, tal como señala GRAMMOND, los tribunales y el Tribunal Supremo en particular, se han mostrado más favorables al reconocimiento del carácter distinto de Quebec que los Parlamentos, un aspecto que resalta la importancia de adoptar una perspectiva territorial con respecto a dicha institución¹⁵⁵.

La representatividad de las dos tradiciones jurídicas de Canadá, la del *common law* y la civilista, es otro factor presente en los nombramientos, siendo de gran importancia a la hora de escoger al Presidente del Tribunal, primando esta consideración sobre el criterio de antigüedad. Existe una costumbre, ampliamente arraigada entre la clase política, de alternar la presidencia del Tribunal Supremo entre jueces provenientes del sistema de *common law* y de la tradición civilista. Tras la jubilación de la Presidenta MCLACHLIN, perteneciente al sistema de *common law*, la presidencia recayó en el juez WAGNER, proveniente de la tradición civilista de Quebec, en un nuevo ejemplo de la fuerza vinculante que ejerce esta convención.

¹⁵¹ La poca población de las mismas, así como las tirantes relaciones entre el gobierno de MACKENZIE y el ejecutivo de la Columbia Británica, hará que hasta 1903 no se nombre el primer magistrado proveniente de una de estas provincias, Manitoba. (SNELL y VAUGHAN: 12). No será hasta 1956 cuando se produzca el primer nombramiento por Alberta.

¹⁵² A estos efectos, y a diferencia de la división regional operante en el Senado, las provincias atlánticas son Nuevo Brunswick, Nueva Escocia, la Isla del Príncipe Eduardo y Terranova y Labrador.

¹⁵³ MCISAAC (2017): 13.

¹⁵⁴ Esta costumbre se rompió brevemente entre 1978 y 1982 cuando tras la jubilación del juez SPENCE, de Ontario, se nombró a MCINTYRE proveniente de la Columbia Británica. En 1982 se restauró el equilibrio previo con el nombramiento por Ontario de WILSON tras la retirada del juez MARTLAND procedente de Alberta.

¹⁵⁵ GRAMMOND (2016): 267.

El proceso de territorialización del Tribunal Supremo ha supuesto la aceptación de la necesidad de que la máxima instancia judicial tenga una composición territorial diversa, condicionando los nuevos nombramientos en función de la procedencia de los magistrados salientes. Sin embargo, es importante destacar que, hasta la fecha, la función de representación territorial solo se ha predicado en relación con las provincias, quedando los territorios al margen. La apertura del proceso de selección para nombrar un nuevo juez ante la jubilación de la Presidenta MCLACHLIN, procedente de Alberta, abrió la puerta a extender la representatividad a los territorios. Para cubrir esta vacante, el organismo consultivo consideró candidaturas tanto de la región oeste como de la región norte, integrada esta última por los tres territorios. Dotar de presencia a los territorios supondría un paso más en la equiparación material de los mismos con las provincias, ampliando la representación territorial a todas las subunidades que conforman Canadá.

Dado que el número de integrantes del Tribunal permanece invariable en nueve, el nombramiento de un magistrado procedente de alguno de los territorios supondría una disminución de la representación de las provincias del Oeste. Sin embargo, dicha reducción es más aparente de lo que puede parecer a priori, pues la mayor parte de los tribunales existentes en los territorios y, en particular, las Cortes de Apelación, están integrados por jueces procedentes de las provincias del oeste¹⁵⁶. Por lo tanto, si bien se concibe la región norte como una región autónoma, la misma no es más que una prolongación de la del Oeste, por lo que la cuota de representación de esta parte de Canadá se mantendría en la práctica¹⁵⁷.

1.3.3.C.b. El Tribunal como institución inclusiva y simbólica

La transformación de Canadá en una sociedad multicultural y diversa, en la que coexisten numerosos grupos minoritarios, ha reabierto el debate sobre la naturaleza inclusiva del Tribunal Supremo. Dada su función de intérprete supremo de la Constitución, y en especial, de la Carta de Derechos y Libertades, se plantea la cuestión de si es deseable contar con un tribunal cuyos integrantes ejerzan de representantes

¹⁵⁶ La Corte de Apelación del Yukón está integrada por jueces de la Columbia Británica y de los tres territorios, siendo muchos procesos sustanciados en Vancouver. En el caso de la de Nunavut, se encuentra integrada por magistrados de Alberta y de los territorios. Por su parte, la Corte de Apelación de los Territorios del Noroeste está integrada por magistrados de Alberta, Saskatchewan, así como de los territorios.

¹⁵⁷ Antes de ser nombrada integrante de la *Court of Queen's Bench of Alberta*, la jueza MARTIN formó parte de la Corte Suprema del Yukón, evidenciando la relación existente entre los tribunales de los territorios y las provincias del oeste.

activos de la diversidad existente en Canadá. SOSSIN sitúa la diferencia entre representantes activos y pasivos en términos de acción¹⁵⁸. El representante activo ejerce como garante de los intereses y/o valores de su comunidad, asegurando la representación de la misma, mientras que la noción pasiva se reduce a considerar positiva la composición diversa de los integrantes de la institución, sin que ejerzan como representantes de las comunidades a las que pertenecen.

Concebir el Tribunal Supremo como una institución de carácter inclusivo supone defender que la misma debe encarnar los valores de equidad y legitimidad democrática. Ello responde a la idea de que un magistrado proveniente de una comunidad minoritaria será más sensible a las reivindicaciones de las mismas en el caso de que estas hagan valer sus derechos judicialmente. Incluso en el caso de que la representación sea pasiva, dicha concepción conlleva la idea de que la composición del Tribunal debe responder a la diversidad existente en la sociedad¹⁵⁹.

A sensu contrario, esta concepción puede ser rechazada desde una óptica que estime que las nociones de mérito, capacidad, neutralidad e imparcialidad deben ser las que primen a la hora de elegir a los integrantes del Tribunal. De esta manera la equidad y la justicia se conciben como valores a alcanzar con independencia de la composición del Tribunal, el cual debe ser justo, lo que es posible con independencia del origen de los magistrados que lo integren.

Ambas posturas están presentes en el debate público en Canadá, y han sido recogidas en el nuevo proceso de nombramiento articulado por el gobierno de TRUDEAU. Las nociones de mérito y capacidad han sido integradas, como se ha visto, a la hora de establecer los requisitos individuales y profesionales de los candidatos. En lo que concierne a las consideraciones inclusivas, varias de ellas han sido recogidas expresamente entre los objetivos del nuevo sistema de selección. En particular, deben tenerse en cuenta factores como la voluntad gubernamental de alcanzar un equilibrio entre hombres y mujeres en el Tribunal Supremo, siguiendo el ejemplo del gabinete gubernamental¹⁶⁰. Además, el gobierno pretende que el Tribunal represente la diversidad de la sociedad canadiense, incluyendo a las Primeras Naciones, personas con

¹⁵⁸ SOSSIN (2013): 31.

¹⁵⁹ SONGER (2008): 26-42 realiza un análisis recopilando diferentes características de los miembros del Tribunal Supremo, llegando a la conclusión de que la composición del mismo se caracteriza por un alto grado de homogeneidad.

¹⁶⁰ En 2017 y antes de que sea efectiva la jubilación de la Presidenta MCLACHLIN, el tribunal está integrado por 5 hombres y 4 mujeres. En virtud de este criterio, el próximo nombramiento debería recaer sobre una mujer para mantener dicha proporción.

discapacidad y miembros de otras minorías como las étnicas y lingüísticas. Por último, se incluye una precisión que hace especial referencia a la identidad de género y la condición sexual. Como se puede observar, estos criterios son muy similares a los empleados en el Senado, institución donde es más fácil que se materialicen dado el mayor número de integrantes de la institución y la mayor periodicidad en la renovación de la misma. En el caso del Tribunal Supremo, estos criterios deberán servir de inspiración, siendo prácticamente imposible la materialización de la mayoría dado el limitado número de candidatos que satisfacen dicho perfil.

Ante la próxima cobertura de vacantes que hagan que el nuevo sistema vuelva a activarse, hay dos factores de especial relevancia que serán analizados a continuación pues están llamados a ser decisivos a la hora de elaborar la lista de potenciales candidatos.

1.3.3.3.C.b.1. El bilingüismo funcional, ¿límite o valor añadido?

Otra de las novedades del sistema de selección puesto en marcha por el gobierno liberal es el compromiso de nombrar únicamente magistrados que sean funcionalmente bilingües. La conveniencia de que los integrantes del Tribunal Supremo sean bilingües ha sido un aspecto controvertido desde hace años, en especial tras la *patriación* constitucional de 1982¹⁶¹. Este hito supuso la consagración del bilingüismo como valor constitucional en el artículo 16, aspecto que fue refrendado en la Ley de Lenguas Oficiales. Esta norma regula el derecho a dirigirse a los tribunales federales en cualquiera de las dos lenguas oficiales de Canadá, así como el derecho a ser entendido por el juez en el idioma de elección sin necesidad de intérprete. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria de la misma se introdujo una excepción a este último derecho, que no es de aplicación ante el Tribunal Supremo¹⁶².

El bilingüismo funcional incorporado como requisito por la reforma hace referencia a la capacidad del juez de leer y comprender exposiciones tanto orales como escritas en inglés y en francés, así como formular y responder preguntas en ambas lenguas. Esta condición se fundamenta en el hecho de que ante el Tribunal Supremo se sustancian apelaciones en ambas lenguas oficiales, aspecto que hace necesario que los integrantes del mismo sean capaces de desempeñar sus funciones sin necesidad de

¹⁶¹ Desde mediados del siglo pasado, RUSSELL (1969) ponía de manifiesto este problema, señalando la limitada influencia del francés en la institución.

¹⁶² Esta excepción se encuentra regulada en el artículo 16 de la *Official Languages Act* (R.S.C., 1985, c. 31 (4th Supp.)).

traducción o interpretación, dado que la misma hace perder valor a la argumentación jurídica, menoscabando el derecho a una tutela judicial efectiva¹⁶³. Cabe resaltar que este requisito no ha sido formalmente incorporado mediante una reforma de la *Supreme Court Act*, como se ha demandado desde Quebec, por lo que no constituye una obligación legal, cuya incorporación ha sido expresamente rechazada por el gobierno federal¹⁶⁴. Sin embargo, sí se ha configurado como práctica a seguir por parte del panel consultivo, figurando entre los criterios que deben regir su funcionamiento.

La condición del Tribunal Supremo como intérprete último tanto de la Constitución como de las leyes subordinadas a la misma plantea la necesidad que sus integrantes sean funcionalmente bilingües dado que en numerosas ocasiones la norma aplicable goza de versiones oficiales en las dos lenguas oficiales, siendo ambas iguales en aplicabilidad y estatus¹⁶⁵. En Canadá, se ha ido extendiendo la opinión de que parece necesario que un juez pueda comprender por sí mismo ambas, siendo frecuentes las situaciones en las que el tribunal ha resuelto un caso comparando las dos versiones para interpretar la verdadera naturaleza de un concepto¹⁶⁶. Además, la condición de bilingüe de un juez le permite acceder a la vasta literatura académica existente en francés, que es utilizada en muy reducidas ocasiones por el Tribunal Supremo y, casi siempre, por jueces procedentes de la tradición civilista¹⁶⁷.

La extensión del bilingüismo a la última instancia judicial de Canadá supone continuar avanzando hacia la consolidación de Canadá como una federación plenamente bilingüe, en aplicación del mandato contenido en el artículo 16.3 de la Constitución de 1982, previsión que urge al Parlamento federal en dicho sentido. Esta senda ya ha sido transitada por el nivel provincial, dada la condición de lengua oficial del francés en las

¹⁶³ GRAMMOND y POWER (2013): 52-53 detallan como su intervención original en francés ante el Tribunal Supremo quedó totalmente desnaturalizada en la versión en inglés, hasta el punto de apreciarse contradicciones significativas entre ambas versiones.

¹⁶⁴ En octubre 2017 fue rechazado el proyecto de ley C-203, el cual proponía una modificación de los requisitos de elegibilidad contenidos en el artículo 5 de la *Supreme Court Act*, añadiendo la obligación de comprender las dos lenguas oficiales sin necesidad de intérprete. Esta proposición fue rechazada por 224 a 65, obteniendo una mayoría favorable entre los diputados quebequenses de 37 a 31, evidenciando la diferente sensibilidad existente en la provincia respecto a este asunto.

¹⁶⁵ Este es el caso de la legislación federal, así como de las normas de las provincias de Quebec, Nuevo Brunswick y Manitoba, y los territorios del Yukón, Nunavut y Noroeste. Dicha cualidad también se predica de todas las normas de Ontario aprobadas con posterioridad a 1992, así como de algunas normas en otras provincias como Saskatchewan.

¹⁶⁶ A título de ejemplo se puede consultar *R. v. Mac*, [2002] 1 S.C.R. 856, 2002 SCC 24, *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62, *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6 o *R. v. S.A.C.*, [2008] 2 S.C.R. 675, 2008 SCC 47.

¹⁶⁷ A partir de los datos publicados por MCCORNICK (2004): 634-655, GRAMMOND y POWER (2013): 56 infieren que existe una proporción de 7 a 1 en relación a las citas académicas en inglés por parte del Tribunal Supremo con respecto a las de obras escritas en francés.

provincias de Quebec y Nuevo Brunswick, así como el amplio reconocimiento del derecho a recibir servicios en francés en Ontario¹⁶⁸. Este proceso supone concebir el Tribunal Supremo como un instrumento para conseguir la plena integración de la comunidad francófona, especialmente la de Quebec por su condición de mayoritaria en la provincia, en el seno de la federación canadiense, adoptando una concepción del Tribunal Supremo como institución integradora y garantista de la identidad cultural particular de Quebec¹⁶⁹.

Si bien el bilingüismo supone un valor añadido, existe la posibilidad de que la exigencia de dicha condición pueda configurarse como un límite, erigiéndose como barrera de acceso al tribunal, reduciendo el número de candidatos aptos y dificultando la representatividad territorial de la institución. Por esta razón, la exigencia de la condición bilingüe ha despertado recelos en las provincias exclusivamente anglófonas, ante el riesgo de ver mermada su presencia en el Tribunal¹⁷⁰. Sin embargo, GRAMMOND y POWER demuestran en su estudio que la evidencia empírica contradice esta tesis dado que existen jueces que reúnen las características requeridas en prácticamente todas las provincias¹⁷¹. En dicho estudio, únicamente en las provincias de Nueva Escocia, Terranova y Labrador y la Isla del Príncipe Eduardo no había ningún juez bilingüe entre aquellos que reunían los requisitos para ser elegibles. Aunque esta ausencia de candidatos pueda parecer problemática, especialmente dado que las tres provincias pertenecen a la región atlántica, es posible que la misma se revierta en el futuro al convertirse el requisito lingüístico en un incentivo para que los jueces mejoren sus competencias en francés. Además, no se debe olvidar que también es posible nombrar un nuevo integrante del Tribunal Supremo de entre los abogados de la provincia, por lo que el *pool* de potenciales candidatos aumenta.

1.3.3.3.C.b.2 Indigenismo y Tribunal Supremo: una cuestión por resolver

La integración de la comunidad aborígen presente en Canadá con anterioridad a la colonización europea es una de las cuestiones pendientes del sistema constitucional

¹⁶⁸ *French Language Services Act*, R.S.O. 1990, c. F.32.

¹⁶⁹ BROUILLET y TANGUAY (2013): 135-143. Una muestra de este carácter integrador de la institución era la costumbre de nombrar un juez francófono que no perteneciera la cuota de Quebec. A sensu contrario, la convención de nombrar un juez anglófono entre la cuota de Quebec se interrumpió durante en 1954, restaurándose brevemente en el periodo 2004-2012.

¹⁷⁰ La jueza MARTIN, nombrada por Alberta, no tuvo problemas para acreditar su bilingüismo funcional al haber nacido y estudiado –si bien en una universidad anglófona– en Montreal.

¹⁷¹ GRAMMOND y POWER (2013): 58-59.

canadiense¹⁷². En el Acuerdo de Charlottetown se contempló por primera vez la participación indígena en el Tribunal Supremo, si bien no existía consenso de todos los actores implicados al respecto, emplazándose la implementación de la cuestión a una futura conferencia constitucional que nunca llegó a celebrarse. Esta participación debía consistir en la articulación de un mecanismo que garantizara que las comunidades indígenas fueran consultadas durante el proceso de selección con la participación del Consejo de Ancianos, así como que se les permitiera proponer candidatos para integrar el Tribunal.

Al igual que en el caso de Quebec con su sistema propio de derecho civil, las comunidades indígenas de Canadá también poseen su propio sistema legal –en parte basado en la tradición y la costumbre–, aunque varía entre las diferentes tribus, el cual se completa con los tratados firmados entre las mismas y los ejecutivos federal y provinciales¹⁷³. Esta circunstancia ha llevado a algunas comunidades indígenas a reclamar la presencia de un juez aborígen con el objetivo de garantizar la continuidad de dichos sistemas, de la misma manera que sucede con Quebec. Dado que el Tribunal Supremo, en su condición de última instancia judicial, está llamado a interpretar este sistema jurídico, la incorporación de un juez procedente de estas comunidades garantizaría una mayor familiaridad con dichos sistemas, redundando en una mejor integración de estas comunidades.

Una posible vía para incorporar esta representación podría ser el nombramiento de un juez procedente de la región norte. Esta cuestión es especialmente relevante en el caso de Nunavut, dado que la mayor parte de su población es de origen indígena¹⁷⁴. A pesar de que el número de candidatos potenciales es reducido, también hay algunos jueces de tribunales provinciales superiores y de apelación que reúnen los requisitos de elegibilidad para formar parte del Tribunal Supremo, sin olvidar a los miembros de la abogacía.

Otra posibilidad sería modificar la *Supreme Court Act* para incluir con carácter permanente un representante de la tradición jurídica indígena, aspecto que culminaría el carácter multicultural de Canadá como unión de sus tres comunidades fundadoras, la

¹⁷² Sobre las relaciones entre federalismo y gobierno aborígen son de interés las obras de GAUDREAU-DESBIENS (2013): 51-82 y LECLAIR (2013): 21-20.

¹⁷³ PAPILLON (2012): 299-303

¹⁷⁴ LÉGARE (2008): 337- 339.

anglófona, la francófona y la indígena o de las Primeras Naciones¹⁷⁵. Este reconocimiento y protección de las tradiciones jurídicas indígenas supondría un gran impulso a la función representativa del Tribunal, como garante de la pluralidad de la sociedad, poniendo en valor la aportación de las Primeras Naciones al desarrollo del Canadá moderno y profundizando en la política de reconciliación nacional con las mismas puesta en marcha por los últimos gobiernos. Una modificación en tal sentido debería ir acompañada de una ampliación del Tribunal Supremo a un total de diez magistrados con el objetivo de mantener el equilibrio regional de manera que no se vea mermada la representación de ninguna de las otras regiones.

A pesar de la aparente voluntad política y popular existente¹⁷⁶, un nombramiento de tal calado no está exento de dificultades. La introducción del bilingüismo funcional como requisito para el nombramiento ha causado descontento entre las comunidades indígenas, al entender que dicho requisito supone una nueva traba al nombramiento de un miembro de dichas comunidades como magistrado del Tribunal Supremo. Esto se debe a que para la mayor parte de los miembros de las comunidades indígenas el bilingüismo supone un sobreesfuerzo adicional, al requerir dominar una tercera lengua, lo que supone una desventaja comparativa con el resto de potenciales candidatos no indígenas. A pesar de todo, hay algunos jueces y abogados pertenecientes a las Primeras Naciones, en particular a las comunidades Creek y Métis que cumplen con los requisitos de elegibilidad, así como con la prescripción lingüística. Por lo tanto, el nombramiento de un miembro de estas comunidades como integrante del Tribunal Supremo parece quedar, exclusivamente, a la voluntad gubernamental.

2. LA CRECIENTE NECESIDAD DE COOPERACIÓN: EL SISTEMA DE RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES

En un estado compuesto, ya sea de naturaleza federal o de devolución, la necesidad de diálogo territorial entre los diferentes gobiernos que conforman el mismo es constante. La necesidad de cooperación es inherente a los sistemas federales, dada la interconexión existente en un entorno cada vez más globalizado, que genera múltiples

¹⁷⁵ Esta solución tendría el problema de que solo representaría a una de las tradiciones indígenas, siendo estas muy dispares entre las comunidades los Inuit, Creek o Mohaw. Por ello, podría ser deseable que dicho representante fuera rotando entre las comunidades indígenas mayoritarias.

¹⁷⁶ El *Toronto Star*, uno de los periódicos con más tirada en Canadá, ha publicado varios editoriales a favor del nombramiento de un juez indígena, mostrando reiteradamente su apoyo a dicha medida. TORONTO STAR – 14 de junio de 2017 y 23 de octubre de 2017.

intersecciones y solapamientos entre las diferentes esferas competenciales¹⁷⁷. Un diálogo fluido entre las diferentes unidades que integran un estado federal puede evitar situaciones de tensión, así como reconducir y solucionar aquellas que surjan como consecuencia de la complejidad intrínseca al funcionamiento del mismo¹⁷⁸.

Esta necesidad se ve acrecentada en Canadá por la incapacidad del Senado para actuar como cámara de representación territorial, limitándose a un papel de cámara de reflexión o segunda lectura, aspecto que hace necesario articular la participación de las provincias en la federación por otras vías¹⁷⁹. Esta circunstancia ha resultado en el desarrollo de un importante sistema de relaciones intergubernamentales, a través del que se canalicen el diálogo y la cooperación entre los diferentes gobiernos, tanto a nivel vertical como horizontal con la finalidad de reconducir las tensiones que puedan surgir entre los dos niveles de gobierno así como se posibilite la interacción fluida entre los mismos. Este sistema puede tanto complementar la labor de la Cámara Alta, como suponer una alternativa viable a la misma, especialmente si esta no cumple su función constitucional de representación territorial.

Según los actores intervinientes, las relaciones intergubernamentales pueden agruparse en verticales, aquellas que se desarrollan entre el gobierno federal y las provincias, u horizontales, las que se sustancian entre las unidades constituyentes –las provincias– sin intervención federal. A su vez, estas pueden desagregarse en bilaterales o multilaterales según si intervienen dos o más actores.

2.1. Las relaciones verticales

2.1.1. *Marco general*

Las relaciones verticales permiten la interacción entre el ejecutivo estatal y los gobiernos de las entidades sub-estatales. Es importante reseñar que, a pesar de lo que pueda sugerir el término vertical, este no implica la existencia de una relación de jerarquía entre el gobierno federal y las provincias¹⁸⁰. El diseño constitucional canadiense, orientado hacia un sistema con dos niveles de gobierno con competencias exclusivas en sus esferas de poder, no contempla mecanismos de interrelación entre gobiernos. Este hecho explica que los mecanismos de relaciones intergubernamentales fueran prácticamente inexistentes hasta mediados del siglo XX, limitándose los mismos

¹⁷⁷ PALERMO y KÖSSLER (2017): 177.

¹⁷⁸ AGRANOFF (2004): 26-65.

¹⁷⁹ ROMERO CARO (2016): 197-199.

¹⁸⁰ POIRIER y SAUNDERS (2010): 3.

a asuntos de naturaleza constitucional. En la segunda mitad de dicho siglo, la tendencia comienza a variar, especialmente tras la *patriación* constitucional de 1982 y las rondas constitucionales de los años posteriores, prevaleciendo la discusión de políticas públicas y cuestiones de naturaleza fiscal y financiera sobre la temática estrictamente constitucional.

En Canadá, estas interacciones se suscitaban únicamente entre el ejecutivo federal y los gobiernos de las provincias, ampliándose a partir de 1992 las mismas a los territorios, que con anterioridad solo eran invitados a título de observadores¹⁸¹.

2.1.1.A. Las relaciones multilaterales: la Conferencia de Primeros Ministros y las reuniones sectoriales

Las relaciones multilaterales posibilitan que todas las unidades sub-estatales se reúnan de manera conjunta con el nivel federal. Este sistema permite dar voz por igual a todas las provincias con independencia de su población y/o riqueza en una negociación con el gobierno federal. Este tipo de relaciones suelen desarrollarse mediante foros o conferencias convocados con una cierta periodicidad y que suelen tratar una materia convenida con anterioridad.

El principal foro multilateral a través del que se articulan las relaciones verticales es la Conferencia de Primeros Ministros (CPM). En la CPM se reúnen los líderes de los ejecutivos provinciales y territoriales con el Primer Ministro federal. Estas reuniones son de carácter eminentemente político, sirviendo frecuentemente para fijar las posiciones de cada gobierno con respecto a un tema o para firmar un texto previamente acordado en citas sectoriales.

El primer antecedente se remonta a 1906, cuando LAURIER, a petición de las provincias, convocó a los ejecutivos de las mismas a una reunión en Ottawa con el objetivo de abordar la concesión de ayudas financieras, dado que varias de ellas se encontraban cercanas a la bancarrota¹⁸². Esta práctica se ha ido repitiendo de forma discontinua, ganando regularidad a partir de los años 50 del siglo pasado, habiéndose celebrado, hasta finales de 2018, un total de 82 Conferencias.

A pesar de esta pluralidad de convocatorias, este sistema se caracteriza por su falta de institucionalización, no estando articulada la CPM por ningún instrumento

¹⁸¹ ALCANTARA (2013): 28.

¹⁸² Nótese que en dicha época la imposición directa era frontalmente rechazada por el electorado, por lo que los ingresos tributarios de las provincias eran muy reducidos, dependiendo estas del gobierno federal para poder financiar sus gastos.

normativo, aspecto que provoca que la convocatoria de la misma quede a la discrecionalidad del Primer Ministro. La discrecionalidad de la convocatoria por parte del Primer Ministro ha provocado que la periodicidad de las mismas fluctúe en función del panorama político. Líderes como P.E. TRUDEAU o MULRONEY convocaron la CPM en numerosas ocasiones, con una media cercana a una por año. Otros, como HARPER, no eran partidarios de este sistema, reuniéndose la CPM solo en dos ocasiones, ambas centradas en la materia económica, durante sus casi diez años al frente del ejecutivo federal¹⁸³. Esta falta de interés por el sistema de relaciones multilaterales parecía responder a una visión unilateral de la federación, siguiendo el modelo de los compartimentos estancos, en el que cada nivel de gobierno actúa dentro de su esfera competencial, limitándose la cooperación a las relaciones bilaterales¹⁸⁴.

La CPM ha vuelto a cobrar relevancia con la llegada de J. TRUDEAU a la jefatura del ejecutivo, quien ha celebrado cuatro convocatorias en su primera mitad de mandato. Estas citas han abordado dos asuntos principales: el cambio climático y la crisis mundial de refugiados¹⁸⁵. La invitación de los principales líderes indígenas a una de las reuniones, cuyo contenido se centró en el desarrollo socio-económico de estas comunidades, ha supuesto una novedad. Esta intención parece responder a un intento de integrar las reivindicaciones de este colectivo, en línea con lo acordado en la ronda constitucional de Charlottetown, pues, si bien la competencia sobre las comunidades aborígenes pertenece al gobierno federal, las provincias también han llegado a numerosos acuerdos con las comunidades que residen en su territorio en relación con asuntos de competencia provincial. Como resultado, la cooperación entre los dos niveles de gobierno, se configura como un aspecto clave para abordar las reivindicaciones históricas de estas comunidades –fundamentalmente en educación y medioambiente–

¹⁸³ Como ilustra DUNN (2016): 9, la falta de interés del gobierno conservador por las relaciones multilaterales se limitó a la CPM, realizándose convocatorias periódicas de conferencias multilaterales a nivel inferior, especialmente sectoriales en justicia, agricultura, cultura, empleo, inmigración, vivienda o energía.

¹⁸⁴ BAKVIS, BAIER y BROWN (2009): 129-130.

¹⁸⁵ El cambio climático fue el eje central de las tres primeras conferencias celebradas por TRUDEAU, en particular, en lo relativo a la firma del Acuerdo de París, pues este afecta directamente a las competencias que las provincias ostentan en materia de medio ambiente. Igualmente, al ser la inmigración una competencia compartida, la llegada de refugiados sirios también fue abordada de manera conjunta con las provincias.

con el objetivo de alcanzar un correcto acomodo de las mismas en el seno de la federación¹⁸⁶.

Junto a la CPM, que agrupa exclusivamente a los jefes de gobierno, coexisten otros foros de carácter sectorial donde se reúnen los ministros encargados de aquellas áreas afectadas por el asunto en discusión. Estas reuniones suelen estar precedidas y/o simultaneadas por reuniones de carácter técnico, en las que participan expertos y funcionarios de ambos ejecutivos. La discreción de las mismas, en particular de las integradas por técnicos y funcionarios, es otra nota característica de las reuniones de carácter sectorial.

Las reuniones sectoriales se caracterizan por ser más pragmáticas y poseer un enfoque más técnico que la CPM –que está altamente politizada¹⁸⁷–, dotándolas de más flexibilidad¹⁸⁸, celebrándose las mismas con una periodicidad mayor, generalmente anual o bianual, que las integradas por los líderes de los ejecutivos. En estas reuniones los ministros provinciales se reúnen con su homólogo federal para definir y coordinar las políticas en un campo determinado. Estas reuniones son especialmente trascendentes tanto en aquellas aéreas de competencias concurrentes entre los dos niveles de gobierno, como es el caso de la agricultura o el medioambiente; como en materias –como el comercio o las relaciones laborales– que, si bien están atribuidas a un nivel de gobierno, se interrelacionan con otras pertenecientes al otro nivel¹⁸⁹. La naturaleza de estas materias hace esencial la coordinación entre los dos niveles de gobierno, pues hay determinados fenómenos cuya complejidad hace imposible que sean atajados unilateralmente de forma eficaz por solo uno de ellos.

2.1.1.1.B. Las relaciones bilaterales

El enfoque a la hora de afrontar las interacciones entre los diferentes ejecutivos que componen la federación tiene una notable influencia tanto en la potencialidad de generación de tensiones y conflictos como en la resolución de los mismos y el buen funcionamiento del sistema de relaciones intergubernamentales. Un enfoque bilateral

¹⁸⁶ Como resultado de estas reuniones el Primer Ministro se comprometió a aplicar las recomendaciones de la *Truth and Reconciliation Commission*, encargada de investigar los abusos cometidos en el sistema de educación indígena, el cual era administrado por comunidades religiosas cristianas.

¹⁸⁷ SIMMONS y GRAEFE (2013): 28.

¹⁸⁸ Esta flexibilidad negociadora es menor en el caso de Quebec, pues la posición de la provincia en una conferencia intergubernamental debe haber sido previamente fijada por un decreto del ejecutivo.

¹⁸⁹ A título de ejemplo se pueden citar las Conferencias Anuales (*Annual Conference of Federal-Provincial-Territorial Ministers and Deputy Ministers*) en agricultura, sanidad o transporte, así como la bianual de ministros de finanzas.

permite una relación más directa e individualizada entre los diferentes ejecutivos. La bilateralidad tiende a aumentar la influencia provincial sobre el nivel federal, de manera que la entidad sub-estatal puede hacer valer sus necesidades particulares y entablar una negociación de igual a igual con el gobierno central. Un enfoque bilateral es el paradigma del modelo clásico del federalismo dual de compartimentos estancos definido por WHEARE, donde cada nivel de gobierno se limita a su esfera de competencias y apenas hay cooperación entre los mismos¹⁹⁰. Sin embargo, el modelo clásico no responde a las necesidades de sociedades complejas como las actuales donde la cooperación entre los diferentes niveles gubernativos es necesaria para la implantación de políticas públicas que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos¹⁹¹.

Un enfoque bilateral de las relaciones intergubernamentales puede conllevar la creación de un escenario de rivalidad entre los gobiernos provinciales, donde estos compitan entre sí para tener mayor influencia sobre el gobierno federal que otros, y así obtener políticas más favorables a sus intereses¹⁹². Esta rivalidad puede tener efectos positivos cuando se traduzca en competir por implementar políticas de mejor calidad y ofrecer mejores servicios a los ciudadanos¹⁹³. Los problemas pueden surgir cuando se disputen recursos limitados, generalmente los financieros, así como determinadas actuaciones del gobierno federal cuya realización en un territorio suponga la imposibilidad de la realización en otro o conlleve externalidades negativas para un

¹⁹⁰ WHEARE (1969): 11.

¹⁹¹ BANTING (1987) muestra en su obra cómo la cooperación ha sido decisiva a la hora de implantar el estado social en Canadá, desbordando los límites del modelo de distribución de competencias de 1867.

¹⁹² Un ejemplo de esta rivalidad fue el contrato de mantenimiento de la flota de los aviones militares CF-18 que el gobierno federal de MULRONEY adjudicó en 1986. A este contrato, valorado en más de cien millones de dólares y con una duración de 20 años, aspiraban dos empresas: Bristol Aerospace con sede en Winnipeg (Manitoba) y Bombardier, de Montreal (Quebec). A pesar de que la oferta de Bristol Aerospace era mejor en términos económicos, el gobierno federal adjudicó el contrato a Bombarider tras una intensa campaña de presión por parte del ejecutivo de Quebec, que hizo cambiar de opinión al gobierno federal, variando el compromiso de adjudicar el contrato a la mejor oferta tal como recuerda el entonces líder del gobierno provincial PAWLEY (2011) 190-195. Las repercusiones de este enfrentamiento fueron tales que SIMPSON (1993): 113 las considera germen de la creación del Partido Reformista en el oeste.

¹⁹³ Piénsese, por ejemplo, en los acuerdos en áreas concurrentes donde cada provincia podría adaptar sus acuerdos con el nivel federal a las necesidades concretas de su sociedad. Otro ejemplo de los efectos positivos de la competencia entre territorios puede encontrarse en la subida del salario mínimo anunciada por Ontario a finales de 2017 (revertida posteriormente por el gobierno Progresista-Conservador tras llegar al poder) que generó una reacción que acabó desencadenando que Alberta y Quebec tomarán decisiones similares.

tercero¹⁹⁴. En este caso, la falta de coordinación conllevará la generación de tensiones y problemas en el seno de la federación.

Desde la óptica del gobierno federal es posible identificar dos ventajas de la bilateralidad. Este tipo de enfoque supone debilitar la posición común de los gobiernos provinciales sobre una materia en cuestión, restando poder negociador a las provincias a favor del gobierno federal. La estrategia romana de *divide y vencerás* es especialmente fuerte en una federación con una elevada disparidad territorial como Canadá. En el caso de que el gobierno federal llegue a acuerdos en un determinado campo con algunas de las provincias más pobladas, la fuerza negociadora de las más pequeñas queda menoscabada¹⁹⁵. A sensu contrario, el gobierno federal puede debilitar una posición provincial común llegando a acuerdos con las provincias más pequeñas, dada su mayor dependencia financiera del mismo, como ha evidenciado la última renegociación del acuerdo sanitario.

Las relaciones bilaterales cobran especial relevancia en asuntos que generan grandes controversias. Esta fórmula permite una relación más directa con el ejecutivo federal, al estar la negociación centrada en dos actores y no en múltiples. De esta manera se aumenta el poder de negociación (*bargaining power*) frente al gobierno federal al sustanciarse una negociación de igual a igual. En el caso de los foros multilaterales, los acuerdos se suelen tomar por mayoría, o incluso por unanimidad, reduciendo el poder de negociación de los actores, a riesgo de quedarse excluidos de un acuerdo que se les aplicará igualmente salvo que exista un derecho de *opt-out*. En federaciones como Canadá, con grandes desequilibrios económicos y de población entre territorios, las relaciones bilaterales son un buen instrumento para que las provincias más pequeñas puedan hacer valer su voz e intereses frente al gobierno federal. En foros multilaterales su influencia puede quedar diluida al imponerse el peso poblacional de Ontario y Quebec si no hay cohesión entre las provincias. Por otro lado, los foros bilaterales favorecen las negociaciones discretas en un clima de mayor confianza. La pluralidad de actores presentes en los foros multilaterales hace más propicias las

¹⁹⁴ El fuerte rechazo de Quebec al oleoducto *Energy East* llevó al gobierno federal a elevar los requisitos medioambientales para la construcción del mismo, lo que finalmente derivó en la cancelación del proyecto a finales de 2017. Esta decisión fue duramente criticada por Alberta, Saskatchewan y Nuevo Brunswick, cuyos gobiernos entendían que el gobierno federal primaba los intereses de Quebec sobre los de sus provincias.

¹⁹⁵ La experiencia histórica demuestra que las provincias más pobladas suelen ser las más combativas a la hora de negociar con el gobierno federal. Un acuerdo con las mismas puede generar un efecto *catching up* que fuerce a las provincias pequeñas a cerrar acuerdos similares con el objetivo de no verse aisladas en la negociación.

filtraciones interesadas con el objetivo de influir sobre las otras partes. En las relaciones bilaterales el nivel de confianza es más alto, pues es fácilmente identificable el responsable de la rotura de la misma. Por ello, las relaciones intergubernamentales bilaterales suelen ser las elegidas en Canadá para tratar asuntos de especial trascendencia cuya negociación tiene importantes repercusiones en el funcionamiento de la federación y donde la presencia de terceros podría bloquear cualquier acuerdo en función de las externalidades del mismo.

Además, la conclusión de acuerdos bilaterales con las provincias contribuye a mejorar la imagen del gobierno federal en esa provincia, aspecto que suele redundar en réditos electorales positivos. Esta razón contribuyó a los acuerdos a los que el gobierno de MARTIN –quien se encontraba en minoría y azotado por numerosos escándalos de corrupción– llegó en 2005 con Nuevo Brunswick y Terranova y Labrador mediante los cuales ambas provincias quedaban protegidas frente a posibles reducciones en los pagos del programa de nivelación debido al cómputo de los ingresos generados por los recursos naturales frente a la costa (*offshore*)¹⁹⁶. La misma lógica electoral dominó el proceso negociador de los acuerdos sobre cuidado infantil –*Child Care Agreements*– entre 2004 y 2005¹⁹⁷. La necesidad del gobierno federal de mejorar sus perspectivas electorales en Ontario dominó la negociación con dicha provincia, mientras que los gobiernos del NDP en Manitoba y Saskatchewan abrazaron la cooperación por razones igualmente políticas. Alberta, por su parte, lideró la oposición al acuerdo convirtiéndose en punta de lanza de la oposición conservadora a los programas sociales diseñados por el ejecutivo federal.

Por estas razones, el enfoque bilateral ha sido el preferido por Quebec para desarrollar las negociaciones tendentes a lograr un mejor acomodo en la federación canadiense con el objetivo de evitar bloqueos por parte de otras provincias ante asimetrías que pudieran ser vistas como un privilegio. Las sucesivas negociaciones bilaterales en materia de inmigración entre el gobierno federal y Quebec han resultado en una de las mayores asimetrías presentes en el sistema federal canadiense, obteniendo Quebec unas ventajas –entre ellas, las contenidas en el acuerdo del Lago Meech, gracias al Acuerdo McDougall-Gagnon-Tremblay de 1991– no extensibles a otras provincias,

¹⁹⁶ Los *Offshore Arrangements* de 2005 suponían un tratamiento asimétrico y especialmente ventajoso para estas dos provincias, que serían totalmente compensadas por parte del gobierno federal ante cualquier reducción en los fondos del sistema de nivelación que les correspondieran durante un periodo de ocho años.

¹⁹⁷ LENNOX ESSELMONT (2012): 713-718.

pues llevarían al sistema al borde del colapso¹⁹⁸. Otro de los pilares de la política federal de integración de Quebec en la federación es el acuerdo por el que se establecía la presencia permanente de un miembro designado por el gobierno de Quebec en la representación de Canadá ante la UNESCO¹⁹⁹. Este acuerdo es el paradigma del enfoque bilateral llevado a cabo por los sucesivos gobiernos conservadores de HARPER, en consonancia con su visión clásica del federalismo basada en el modelo de los compartimentos estancos rebautizada como federalismo abierto (*open federalism*)²⁰⁰. TRUDEAU ha abogado por desmarcarse de este planteamiento, impulsando los foros multilaterales y los procesos de codecisión con las provincias. Sin embargo, el acuerdo sanitario pone de manifiesto que la negociación bilateral continúa siendo de gran importancia con independencia del partido político en el gobierno.

2.1.2. *Las relaciones verticales y su impacto sobre el sistema federal: una puerta hacia la asimetría*

Los foros anteriormente reseñados han sido la piedra angular del sistema canadiense de relaciones intergubernamentales desde su creación, no siendo posible entender la evolución del sistema federal sin los mismos. La CPM suele versar sobre una temática decidida previamente por el gobierno federal, quien, generalmente, preside la reunión. Desde sus inicios, el sistema ha estado dominado por dos materias principales: la economía, cuestión principal en cuarenta y seis conferencias, y la temática constitucional, que ha sido objeto central de debate en veinticuatro ocasiones.

2.1.2.A. Reforma constitucional

El sistema de relaciones intergubernamentales y, en particular, la CPM ha sido un instrumento a través del que articular las propuestas de reforma constitucional. Así, en 1931, las provincias se reunieron con el gobierno federal para evaluar el impacto que el Estatuto de Westminster, por el que se rompió el vínculo colonial entre el Reino Unido y Canadá, tendría sobre las mismas. A partir de 1950, con la celebración de dos

¹⁹⁸ KOSTOV (2008): 100. Esta asimetría se ha ido agrandado dado que a la vez que Quebec ha ido aumentado sus competencias en la materia gracias a nuevos acuerdos, el gobierno federal ha renunciado a renovar los existentes con otras provincias. Sobre este proceso de recentralización vid. STRAZZARI (2017): 72-73.

¹⁹⁹ *Accord Entre le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada Relatif à l'organisation des Nations Unies pour L'éducation, la Science et la Culture (Unesco)* – Febrero de 2006.

²⁰⁰ PELLETIER (2014): 132-139. Sobre la influencia de Quebec en el federalismo abierto de HARPER vid. HÉBERT (2007).

conferencias al respecto en dicho año, la agenda constitucional se centró en la búsqueda de un mecanismo doméstico de reforma.

La elección P. E. TRUDEAU, quien hizo de la *patriación* constitucional una prioridad, supuso un impulso a la discusión constitucional en la CPM, hasta el extremo de que de las veintitrés conferencias que se celebraron bajo su mandato, doce versaron sobre este tema. Compromisos como el de la malograda *Victoria Charter* han sido alcanzados gracias al diálogo interterritorial suscitado en la CPM. La *patriación* constitucional de 1982 también fue discutida en estos foros, siendo decisiva la cita celebrada en noviembre de 1981 en Ottawa. En dicha conferencia, el gobierno federal consiguió atraer a Nuevo Brunswick al acuerdo constitucional, quedando únicamente Quebec fuera del mismo. Esta conferencia intergubernamental es una de las que mayor impacto ha tenido sobre el sistema federal canadiense, pues fruto de la misma son aspectos centrales del sistema actual como la cláusula *notwithstanding*, la fórmula de reforma o el derecho de retirada con compensación financiera contemplado en el artículo 40 de la Constitución de 1982 para las competencias de educación y cultura²⁰¹. La exclusión de Quebec del acuerdo constitucional de 1982 ha influido en la manera de afrontar la CPM durante los periodos de gobierno del PQ, cuyos ejecutivos, con la excepción del comandado por BOUCHARD, han adoptado un papel pasivo en estas citas, declinando participar activamente en la gobernanza de la federación²⁰².

A través de la CPM también se articularon las rondas constitucionales auspiciadas por MULRONEY. El germen del Acuerdo del Lago Meech se encuentra en la CPM celebrada en abril de 1985, que tendría continuidad en marzo de 1987 fijándose los aspectos fundamentales del mismo, firmándose definitivamente en una Conferencia convocada a tal efecto en 1987. La CPM fue también el foro elegido en 1990 para intentar salvar el acuerdo, ante la falta de ratificación del mismo por todos los ejecutivos provinciales, aunque finalmente este se vio abocado al fracaso²⁰³. Un patrón similar fue seguido en 1992 con el Acuerdo de Charlottetown, cuyo nombre se deriva de la ciudad donde se celebró la CPM en la que se acordó el texto final del mismo.

²⁰¹ BASTIEN (2013): 173-210 realiza un recuento de los hechos y como las negociaciones entre las provincias y el gobierno federal llevaron al texto actual pese a los numerosos desencuentros existentes entre las partes.

²⁰² CAMERON y SIMEON (2002): 53. Este fue el caso de los ejecutivos de PARIZEAU y LANDRY. Durante el mandato de MAROIS no se celebró ninguna CPM, por lo que el diálogo con el ejecutivo federal quedó limitado a encuentros bilaterales.

²⁰³ STEIN (1997): 315-329.

2.1.2.B. La unión económica

El fracaso de las rondas constitucionales del Lago Meech y de Charlottetown evidenció la necesidad de buscar alternativas a la vía constitucional para modernizar y mejorar el funcionamiento de la federación²⁰⁴. Una vez el gobierno federal vio frustradas sus aspiraciones de asumir mayores competencias con el objetivo de garantizar la unidad económica interna por la vía constitucional, su enfoque viró hacia el sistema de relaciones intergubernamentales²⁰⁵. El mismo ha sido un elemento decisivo para avanzar hacia un mayor grado de cohesión económica interna en Canadá. Gracias a las relaciones intergubernamentales, se articularon las negociaciones que cristalizaron en el *Agreement on Internal Trade* (AIT) en 1995, mediante el que se pretendía crear un mercado interno estable y eficiente, reduciendo al máximo las barreras internas al movimiento de personas, mercancías y capital de forma similar a lo contemplado en los artículos 4 a 6 del Acuerdo de Charlottetown²⁰⁶. Este acuerdo ilustra la importancia de las reuniones a nivel ministerial y, especialmente, entre funcionarios y técnicos provinciales. El peso en la redacción de un acuerdo complejo como este, en el que la mayor parte de las disposiciones son de carácter técnico, fue llevado por los funcionarios provinciales bajo la dirección de sus respectivos gabinetes ministeriales. Una vez el texto final fue aprobado por el nivel técnico, el AIT fue ratificado por el gobierno federal y los ejecutivos provinciales en una conferencia multilateral celebrada en julio de 1994.

El AIT fue sustituido en 2017 por el *Canadian Free Trade Agreement* (CFTA), que comparte los objetivos de su antecesor, con la finalidad de paliar las deficiencias de éste y adaptar el texto a las obligaciones internacionales de Canadá derivadas de los acuerdos de libre comercio con la Unión Europea (CETA)²⁰⁷ y el Acuerdo Transpacífico (TPP/CTPP)²⁰⁸. El CFTA replicó el proceso negociador de su predecesor, limitando la participación de los líderes gubernamentales a la iniciativa y conclusión del

²⁰⁴ CHOUDHRY (2003): 80-82.

²⁰⁵ CAMERON y SIMEON (2002): 55.

²⁰⁶ *Agreement on Internal Trade*, Artículo 100.

²⁰⁷ Sobre este acuerdo y su impacto sobre las relaciones entre el gobierno federal y las provincias vid. KUKUCHA (2016).

²⁰⁸ Tras la decisión del Presidente TRUMP de retirar a los Estados Unidos del TPP, el gobierno canadiense ha manifestado su decidida voluntad de continuar con el acuerdo, resultando en la firma *del Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP), por el cual el gobierno federal mantiene los compromisos alcanzados con el resto de miembros del TPP a pesar de la retirada de EE.UU.

proceso, recayendo, de nuevo, el peso negociador del acuerdo sobre el nivel técnico y funcional.

Las conferencias sectoriales han posibilitado la cooperación vertical en áreas de competencia que se solapan con las de otro nivel de gobierno. Este es el caso de las relaciones laborales, materia de competencia provincial, que se encuentra interrelacionada con el título federal relativo a la planificación económica. Esta interrelación ha resultado en acuerdos bilaterales entre el gobierno federal y las provincias con el objetivo de atajar problemáticas comunes. En esta línea, el gobierno federal concluyó en 1996 una serie de acuerdos para transferir la competencia en materia de políticas activas de empleo y formación laboral. Esta competencia constituía un claro ejemplo del modelo de competencias en forma de queso gruyereño propio del sistema federal de Canadá, pues la planificación económica federal se encuentra estrechamente relacionada con las competencias provinciales en relaciones laborales y educación.

Mediante estos acuerdos, denominados *Labour Market Development Agreements* (LMDAs), el gobierno federal se comprometía a retirarse de este campo competencial y transferir a las provincias que lo desearan la financiación y los medios necesarios para que pudieran ejercer esta competencia²⁰⁹. A su vez, los LMDAs podían implicar la retirada completa del gobierno federal y la asunción total de la competencia por parte de la provincia o una retirada parcial en la que la competencia fuera ejercida de manera conjunta y coordinada por los dos niveles de gobierno²¹⁰. Estas negociaciones fueron llevadas a cabo de manera bilateral, siendo Alberta la primera provincia en concluir un acuerdo con el gobierno federal, asumiendo la competencia en su conjunto. Rápidamente emergió una reacción de *catching-up* por parte de otras provincias, que imitaron este patrón llegando a acuerdos similares con el gobierno federal, extendiendo el federalismo asimétrico ya existente en el campo migratorio al de las relaciones laborales. Quebec, Manitoba y Saskatchewan firmaron sus propios acuerdos para asumir la competencia de manera plena, mientras que Nuevo Brunswick optó por la coordinación conjunta del programa con el gobierno federal. El proceso de *catching-up* continuó durante los años siguientes, siendo Ontario la única provincia que

²⁰⁹ KLASSEN (2002): 174-179.

²¹⁰ La gestión conjunta no conllevaba transferencia de fondos ni de medios técnicos o humanos, limitándose a un proceso de decisión conjunto por parte de los gobiernos federal y provincial.

rechazó asumir competencias en relación con las políticas activas de empleo debido a sus desencuentros con el gobierno federal²¹¹.

Los LDMAs constataron la diferente intensidad en las demandas de mayor autonomía por parte de los diferentes gobiernos provinciales, que no se limitaba a Quebec sino también a las provincias del oeste, siendo esta menor en Ontario y las Provincias Marítimas, que eran más proclives a la coordinación con el gobierno federal. Sin embargo, la puesta en marcha de estos acuerdos no estuvo exenta de conflicto. Por un lado, las provincias que habían optado por la coordinación deseaban completar el proceso de *catching up* y asumir de manera completa la competencia, mientras que las que ya lo habían hecho reclamaban más fondos²¹². Dicho conflicto ha llevado a un proceso de modernización y renegociación de los acuerdos, ampliándose las competencias provinciales a otras materias conexas como la formación laboral, consolidándose el sistema de relaciones intergubernamentales como herramienta a través de la cual canalizar el trasvase de competencias desde el gobierno federal a las provincias.

La transferencia de la competencia en políticas activas de empleo como parte de los LDMAs fue profundizada en 2007 con los *Labour Market Agreements* (LMAs). La aprobación de los LMAs que transfería el personal técnico y descentralizaba la financiación, supuso la constatación de la flexibilidad que permite el sistema de relaciones intergubernamentales como alternativa al proceso de reforma constitucional, pues permitió trasladar una competencia federal a la esfera jurisdiccional provincial de forma rápida y eficiente²¹³. Además, estos acuerdos bilaterales han generado asimetrías sin que las mismas sean percibidas como un privilegio para unas provincias en detrimento de otras, como ocurría con las cláusulas de interpretación constitucional contenidas en los fracasados acuerdos del Lago Meech y Charlottetown. El reconocimiento de la asimetría por parte de estos acuerdos ha permitido adaptar los mismos a las necesidades de cada provincia, aspecto que de otra forma solo hubiera sido posible mediante una reforma constitucional con derecho de retirada. Estas asimetrías han vuelto a materializarse con la firma en 2014 de los *Job Fund Agreements*. Aunque

²¹¹ WOOD y KLASSEN (2008): 336-337. Finalmente, en 2006, Ontario concluyó su propio LMDA con el gobierno federal, culminando el proceso de asunción de las competencias en políticas activas de empleo por parte de las provincias.

²¹² Los fondos de los que las provincias disponían para ejercer la competencia continúan siendo determinados por el ejecutivo federal, así como parte de la normativa relativa a la elegibilidad de los beneficiarios.

²¹³ KLASSEN (2002): 192-194.

estos acuerdos fueron concluidos de manera bilateral con las provincias, los mismos –a excepción de los concernientes a Quebec, Saskatchewan y Terranova y Labrador– siguen una estructura común por la que los gobiernos provinciales ostentan la responsabilidad principal (*primary responsibility*) a la hora de diseñar y ejecutar los programas relativos al mercado laboral²¹⁴. En cambio, los acuerdos concluidos con estas tres provincias establecen que las mismas determinarán las prioridades provinciales y la orientación de los programas existentes, así como podrán poner en marcha programas nuevos siempre que estos se ajusten a una serie de criterios acordados entre las dos partes²¹⁵. La reseñada flexibilidad que posibilitan las relaciones intergubernamentales ha posibilitado a estas provincias un grado superior de autonomía que el resto, sin que ello haya supuesto tener que renunciar a la financiación federal de estas políticas.

2.1.2.C. Políticas públicas: sanidad, educación y políticas sociales

Con el paso de los años, las políticas públicas se han ido abriendo camino en el sistema de relaciones intergubernamentales, cobrando mayor trascendencia materias como la sanidad y la educación en detrimento de otras, en particular, de las de naturaleza puramente constitucional.

Junto a la unidad económica, la unión social era otro de los pilares principales del Acuerdo de Charlottetown que no llegaron a materializarse por el fracaso del mismo. Este acuerdo pretendía dotar a la misma de rango constitucional, introduciendo un precepto que obligara a los diferentes gobiernos a definir y garantizar un sistema de previsión social común en áreas como la sanidad, la educación o los servicios sociales.

De nuevo, la cooperación vertical a través del sistema de relaciones intergubernamentales se configuró como la vía a través de la que materializar las medidas que no habían podido articularse mediante una reforma constitucional. En 1995 el gobierno federal creó el *Canada Health and Social Transfer* (CHST), un fondo que aglutinaba las transferencias federales en áreas como sanidad, educación secundaria o servicios sociales, reduciendo significativamente las aportaciones con respecto a planes anteriores²¹⁶. Esta decisión por parte del gobierno federal causó un profundo

²¹⁴ Esta fórmula se encuentra recogida en el artículo 6.1 de los *Canada Job Fund Agreements* concluidos por el gobierno federal con las provincias a excepción de los relativos a Quebec, Saskatchewan y Terranova y Labrador.

²¹⁵ *L'entente Canada-Québec 2014-2020 visant le transfert des sommes du fonds canadien pour l'emploi*, artículos 2.3 y 2.4 y artículo 6.1 de los *Canada Job Fund Agreements* con Saskatchewan y Terranova y Labrador.

²¹⁶ FIERLBECK (2015): 111.

descontento entre los ejecutivos provinciales, los cuales comenzaron a elaborar su propia propuesta. Así, en 1999, tras meses de negociaciones entre los ejecutivos provinciales y el gobierno federal, se firmó el *Social Union Framework Agreement* (SUFA), del que Quebec quedó descolgado al negarse el gobierno de BOUCHARD a suscribirlo²¹⁷. Este acuerdo suponía un reconocimiento formal del poder de gasto federal en áreas de competencia provincial, tratando de limitarlo a una serie de principios generales, así como supeditaba la creación de nuevos programas a la aprobación mayoritaria de los mismos por parte de las provincias²¹⁸. Además, el acuerdo contemplaba el compromiso de colaboración y decisión conjunta entre los dos niveles de gobierno, a la vez que reconocía la competencia provincial a la hora de diseñar e implementar las políticas sociales.

Las relaciones intergubernamentales han continuado jugando un papel decisivo a la hora de coordinar la política sanitaria. En 2004, el gobierno federal llegó a un nuevo acuerdo intergubernamental con las provincias mediante el que se creaba el *Canada Health Transfer* (CHT), escindiéndolo del CHST. El gobierno federal se comprometía a aumentar las transferencias de fondos a los gobiernos provinciales durante un plazo de diez años, siempre que estos cumplieran con unos determinados estándares nacionales. El acuerdo sanitario de 2004 introdujo nuevas asimetrías en el sistema federal canadiense, pues junto al mismo se negociaron varios acuerdos accesorios que permitieron otorgar un tratamiento diferenciado a Quebec²¹⁹. Dichos acuerdos permitían a Quebec separarse del modelo común y establecer sus propias políticas en base a criterios propios, siempre que estos no contravinieran los criterios de la *Canada Health Act*. Gracias a los mismos, Quebec puso en marcha su propio programa tendente a asegurar la reducción de las listas de espera, así como consolidar sus programas de atención domiciliaria y cobertura farmacéutica²²⁰.

A pesar de que la vigencia de los acuerdos concluidos en 2004 era de diez años, el gobierno federal los modificó parcialmente en 2011, introduciendo un incremento anual de los fondos destinados del 6%, extendiendo su vigencia hasta abril de 2017. La renovación de estos acuerdos suscitó fuertes tensiones entre el gobierno federal y los

²¹⁷ Sobre las razones que llevaron a Quebec a no firmar el acuerdo vid. GAGNON y SEGAL (2000).

²¹⁸ CAMERON y SIMEON (2002): 56-57.

²¹⁹ MAIONI (2008): 169.

²²⁰ En relación con la cobertura farmacéutica, Quebec es la única provincia donde aquellas personas que no reúnen las condiciones para adquirir un seguro privado están obligadas a asegurarse bajo un esquema público, evitando situaciones de desprotección con la consiguiente falta de acceso a prescripciones farmacéuticas.

ejecutivos provinciales pues, pese a que TRUDEAU esbozó durante la campaña electoral su compromiso de poner en marcha un modelo colaborativo, no se comprometió a mantener el incremento anual de seis por ciento vigente²²¹. A finales de 2016, el Primer Ministro se reunió con sus homólogos provinciales sin que fuera posible llegar a acuerdo alguno debido a que los vetos cruzados de diferentes gobiernos provinciales bloqueaban el acuerdo en tanto no se vieran satisfechas sus demandas²²².

El gobierno federal decidió cambiar de estrategia procediendo a entablar negociaciones bilaterales con Nuevo Brunswick, logrando que esta provincia firmase su propio acuerdo con el gobierno federal, separándose de la posición común de las provincias. Este cambio de estrategia supuso la renuncia por parte del gobierno federal a un acuerdo nacional, consolidando el federalismo asimétrico iniciado en acuerdos anteriores. El acuerdo federal con Nuevo Brunswick debilitó la unidad provincial, menoscabando la fuerza negociadora de las provincias. El mismo desencadenó un efecto imitación entre otros gobiernos, anunciándose pocos días después acuerdos con Nueva Escocia y Terranova y Labrador, que pocas semanas más tarde se extendieron a Saskatchewan y la Isla del Príncipe Eduardo²²³. La estrategia negociadora del gobierno federal se basó en llegar a acuerdos con las provincias más pequeñas, cuya dependencia de las transferencias federales es mayor, con el objetivo de debilitar la fuerza negociadora de las más pobladas, que son las que determinan la mayor parte del coste del nuevo sistema sanitario. La rotura de la posición de bloqueo por parte de las provincias menos pobladas entrañaba una oposición a la demanda de asimetrías por parte de Quebec, Alberta, la Columbia Británica o Manitoba, que supeditaban un acuerdo nacional al reconocimiento de sus demandas particulares. Esta dinámica de bloqueo evidencia las diferentes demandas de autonomía existentes en la federación, siendo las mismas aprovechadas por el gobierno federal en su propio beneficio.

La resistencia del resto de provincias comenzó a menguar cuando la Columbia Británica, una de las que, junto a Quebec, más radicalmente se opuso a la firma de acuerdos bilaterales, cerró su propio acuerdo con el gobierno federal. El efecto *catching up* no se hizo esperar y menos de un mes después Alberta, Ontario y Quebec llegaron a sus propios acuerdos, siendo Manitoba la última en sumarse durante el verano de 2017.

²²¹ LIBERAL PARTY (2015): 9-10.

²²² El gobierno federal ofrecía un incremento anual del 3%, salvo que el incremento del PIB fuera mayor, mientras que los gobiernos provinciales exigían uno de, al menos, el 5.2%.

²²³ Por su parte, los territorios también concluyeron sus propios acuerdos con el gobierno federal, si bien su fuerza negociadora es menor dada su condición de unidades territoriales no soberanas.

Los acuerdos sanitarios concluidos entre 2016 y 2017, que cuentan con una vigencia de diez años, vienen a consolidar la existencia de asimetrías en el campo sanitario. Aunque el gobierno federal consiguió imponer un incremento del CHT del tres por cien anual a todas las provincias, todos los acuerdos contienen provisiones específicas para cada provincia o territorio, con las que se pretende atajar las necesidades particulares de cada sociedad. De esta manera, las provincias atlánticas acordaron partidas específicas para enfermedades mentales y cuidados domésticos, materias de especial interés para ellas dada su envejecida población. Saskatchewan consiguió un periodo transitorio para adaptar su sistema privado de salud mientras que Alberta y la Columbia Británica obtuvieron partidas especiales destinadas a combatir la epidemia de consumo de opiáceos que afecta a estas provincias. En cambio, Manitoba no vio cumplidas sus aspiraciones de conseguir partidas específicas para la comunidad indígena y el control de la diabetes²²⁴. Por su parte, Quebec consolidó las asimetrías relativas al diseño y orientación de sus programas sanitarios presentes en los acuerdos anteriores, así como se garantizó total autonomía a la hora de determinar el fin de determinadas partidas relativas a infraestructuras sanitarias, ampliando el tratamiento diferencial del que goza la provincia francófona. Es importante resaltar que los acuerdos con Quebec se separan del marco común, otorgándose a esta provincia un tratamiento diferenciado al reconocer el gobierno federal su voluntad de asumir plenamente la planificación, organización y gestión del sistema sanitario, ahondando en el tratamiento asimétrico iniciado en 2004.

La colaboración intergubernamental vertical también ha tenido presencia en otras áreas sociales como la educación, como evidencia la puesta en marcha del *Post-Secondary Institutions Strategic Investment Fund*, con el que se pretende poner en marcha un plan de infraestructuras para modernizar las instalaciones universitarias. Si bien la financiación del programa es íntegramente federal –a través de una partida separada del *Canada Social Transfer* (CST), que financia servicios sociales y educación post-secundaria en general–, la elección de los centros universitarios que pueden beneficiarse del mismo se realiza de forma conjunta entre el gobierno federal y los ejecutivos provinciales. De esta forma, se integra a las provincias en el proceso de toma de decisiones, reduciéndose la unilateralidad federal a la hora de intervenir en áreas de

²²⁴ Esta provincia, pese a ser la última en firmar, no consiguió que el gobierno federal incrementara los pagos en más de un 3% anual, limitándose a incluir un partida especial para el tratamiento de enfermedades de riñón.

competencia provincial. Uno de los más recientes ejemplos de colaboración intergubernamental en materia social es la conclusión del acuerdo sobre la reforma del *Canada Pension Plan* (CPP) entre el gobierno federal y las provincias²²⁵, a excepción de Quebec que cuenta con su propio plan en virtud de la asimetría que permite el artículo 94A de la Constitución de 1867. Esta provincia firmó una declaración separada en la que apoyaba los esfuerzos cooperativos entre el gobierno federal y las provincias, así como emplazaba al ejecutivo de TRUDEAU a una renegociación del *Quebec Pension Plan*.

2.1.3. Defectos del sistema y propuestas de reforma

Pese a su largo recorrido, el sistema multilateral de relaciones intergubernamentales verticales no está exento de defectos y disfuncionalidades, los cuales tienen un impacto directo sobre el funcionamiento del sistema de relaciones.

El primer rasgo característico del sistema de relaciones verticales es la falta de institucionalización del mismo. La CPM no se encuentra regulada en ningún instrumento normativo, quedando su convocatoria a discreción del Primer Ministro. La informalidad de la CPM pone en cuestión su utilidad como herramienta de canalización del diálogo entre las provincias y el gobierno federal, dado que su celebración queda supeditada a la voluntad política. En aras de una mayor fluidez en el diálogo entre los dos niveles de gobierno, sería deseable que la Conferencia de Primeros Ministros pasara a ser recogida en un instrumento normativo de manera que su convocatoria, funciones y mecanismos de decisión estuvieran formalizados y no quedaran a la mera discrecionalidad del jefe del gobierno federal. Aun así, el modelo australiano demuestra que es posible contar con un sistema de relaciones verticales que, pese a no estar institucionalizado, se reúna de forma periódica gracias a un compromiso político²²⁶.

La falta de institucionalización de la CPM resulta en que la misma solo se convoque cuando ello satisface los intereses del gobierno federal y así obtener rédito político. A sensu contrario, las provincias también utilizan estos foros como arma arrojadiza contra el gobierno federal, de manera que la cooperación territorial queda relegada a un segundo plano en pos de la lucha partidista. La prerrogativa unilateral del

²²⁵ Este acuerdo contempla una mejora de la financiación del CPP, así como modificaba algunos requisitos de elegibilidad y las cantidades máximas de contribución al mismo.

²²⁶ El *Council of Australian Governments* se reúne de manera bianual a propuesta del Primer Ministro pese a no estar regulado en ningún instrumento normativo. A su vez, este órgano se estructura en grupos de trabajo, ocupando un papel central en el sistema federal de Australia. Sobre el modelo australiano de relaciones intergubernamentales vid. FENNA y PHILLIMORE (2015): 192-212.

Primer Ministro para convocar la CPM la ha transformado en un órgano ad-hoc, que se reúne para tratar un asunto predeterminado con antelación, desnaturalizándose el foro como instrumento de diálogo y cooperación interterritorial. La institucionalización de la CPM con reuniones anuales periódicas contribuiría a ampliar el ámbito del debate al funcionamiento del sistema federal en su conjunto, sin que ello suponga prescindir de la celebración de reuniones extraordinarias ad-hoc para abordar asuntos cuya naturaleza o trascendencia haga aconsejable dicha convocatoria²²⁷. Un aumento del grado de institucionalización de la CPM no debe ser confundido con un aumento de la rigidez del sistema, siendo la flexibilidad de este una de sus principales ventajas, pues el establecimiento de pautas de reunión y asuntos a debatir no implica que no puedan celebrarse convocatorias más genéricas o extraordinarias según las necesidades de los ejecutivos implicados.

A diferencia de la CPM, las conferencias sectoriales gozan de un mayor grado de institucionalización, estando pautada su convocatoria periódica en algunas materias como la agricultura, educación y medioambiente –de carácter anual–, o las finanzas –bianual–. Esta mayor institucionalización se explica por la necesidad de colaboración intergubernamental existente en estos campos, donde es necesaria una actitud coordinada de ambos niveles de gobierno. El mayor contenido técnico de estas reuniones, a pesar de que estén integradas por miembros del poder ejecutivo, facilita su desarrollo y convocatoria, desligándolas del carácter eminentemente político que caracteriza la CPM.

La necesidad de unidad y lealtad entre los actores es vital a la hora de afrontar un proceso negociador en el marco de la CPM. Si algunos actores priman sus intereses particulares sobre los generales de la federación, un foro de estas características está abocado al fracaso, siendo improbable que se llegue a un acuerdo en estas circunstancias. Ante la posibilidad de que surjan estos problemas, la formalización del sistema de adopción de acuerdos podría ser una herramienta útil. Un sistema de acuerdo de consenso supone dotar de un mayor poder negociador a las entidades más pequeñas, pues gozarían de capacidad de bloqueo²²⁸. Este sistema podría llevar a un colapso del sistema ante la imposibilidad de llegar a acuerdos satisfactorios para todas las partes,

²²⁷ Una alternativa a la convocatoria periódica de reuniones de la CPM podría ser la creación de un mecanismo que obligara al Primer Ministro a su convocatoria en caso de concurrir una determinada mayoría provincial favorable a la misma.

²²⁸ BOLLEYER (2006): 476 resalta esta circunstancia, que se ve amplificada en el que caso de que una unidad grande como Quebec decida autoexcluirse del proceso negociador, como ha sucedido en numerosas ocasiones como el Acuerdo de Charlottetown o SUFA.

especialmente si entran en juego intereses puramente electorales, de manera que se use el foro como arma electoral contra el gobierno central²²⁹. Definir los mecanismos de decisión, prescindiéndose del consenso como regla, contribuiría a formalizar el sistema reduciendo el grado de informalidad, lo que redundaría en una mayor idoneidad de la CPM como herramienta de resolución de conflictos dado que hasta ahora los acuerdos alcanzados son de mínimo común denominador²³⁰. La mayoría cualificada puede presentarse como la mejor opción, requiriéndose un amplio acuerdo para poner en marcha determinadas políticas entre los dos niveles de gobierno. La ponderación del voto en función de la población podría ser elemento a considerar en una federación con tan amplia disparidad territorial como es Canadá. Ahora bien, prescindir del consenso como mecanismo de decisión, en favor de un sistema de mayoría reforzada, podría despertar importantes recelos en Quebec, dado que dicha provincia carecería de derecho de veto, alimentando el miedo a verse derrotada en una votación ante las provincias anglófonas. Ante esta eventualidad, sería importante implementar derechos de retirada con compensación, a semejanza del artículo 40 de la Constitución de 1982, para que la provincia francófona pudiera descolgarse de algunos acuerdos que considerara perjudiciales para sus intereses, con el objetivo de salvaguardar los valores distintivos de la sociedad quebequesa.

Además, para potenciar este tipo de conferencias, no solo es necesaria su formalización en un instrumento normativo, sino que deben dotarse de un soporte burocrático y financiero autónomo que permita su funcionamiento, pues, en caso contrario, existirán únicamente sobre el papel, careciendo de capacidad real para ser un foro de toma de decisiones²³¹.

Junto a la falta de institucionalización, el otro defecto principal del sistema canadiense de relaciones verticales, que afecta tanto a las relaciones multilaterales como a las bilaterales, es la falta de validez jurídica de los acuerdos alcanzados. Los acuerdos

²²⁹ Tal como ilustra LENNOX ESSELMET (2012): 709-173 la oposición de Nuevo Brunswick, Terranova y Manitoba al Acuerdo del Lago Meech se debió fundamentalmente a cambios políticos en estas provincias, las cuales utilizaron el mismo como arma arrojada frustrándose el compromiso intergubernamental alcanzado anteriormente.

²³⁰ MCROBERTS (1993): 157. En determinadas ocasiones algunas provincias expresan su disconformidad con lo acordado, emitiendo su propio comunicado –como sucedió tras la cumbre de ministros de justicia en abril de 2017 donde Quebec exigía más recursos para la administración de justicia– o añadiendo una nota a pie de página en el comunicado de prensa conjunto. En este sentido, Quebec suele incluir frecuentemente estas precisiones, así como reitera la existencia de asimetrías en su favor, como hizo tras la reunión de ministros de inmigración en 2016 y de energía y minas en 2017.

²³¹ En Canadá existe un organismo federal, el *Canadian Intergovernmental Conference Secretariat*, que se encarga de proveer de soporte burocrático a las relaciones entre gobiernos. Al depender del gobierno federal, no es un organismo autónomo, sino que se encuentra supeditado a la voluntad de este.

concluidos entre gobiernos mediante el sistema de relaciones intergubernamentales verticales, ya sea de forma multilateral o bilateral son meros compromisos políticos, los cuales no vinculan a los firmantes, de manera que no son judicialmente exigibles²³². La propia naturaleza de estos acuerdos es controvertida, pues muchas veces no implican un texto articulado, sino que se reducen a simples compromisos políticos explicitados en un comunicado de prensa²³³. La inexigibilidad judicial de estos acuerdos constituye una traba para la cooperación entre gobiernos, resultando en altos grados de incertidumbre – especialmente ante cambios de gobierno²³⁴–, dado que el cumplimiento de los compromisos depende exclusivamente de la voluntad política²³⁵.

A la hora de abordar la validez y exigibilidad de los acuerdos intergubernamentales hay que diferenciar entre la exigibilidad externa y la interna. La exigibilidad externa es aquella que se realiza en los tribunales, mientras que la interna es la contemplada en los propios acuerdos, pudiendo contener mecanismos de sanción ante su incumplimiento. La exigibilidad externa de los acuerdos intergubernamentales supondría otorgarles valor legal, de manera que podrían hacerse valer ante los tribunales en casos de incumplimiento o modificaciones unilaterales por parte de uno de los firmantes. Sin embargo, la exigibilidad externa de los acuerdos intergubernamentales fue expresamente rechazada por el Tribunal Supremo en relación con el *Canada Assistance Plan*, al negarse el Tribunal a limitar la facultad del gobierno federal para desligarse de los compromisos de financiación acordados con las provincias²³⁶. En la misma línea, el Tribunal entendió que corresponde al gobierno provincial decidir las medidas a implementar para cumplir los objetivos establecidos por dicho programa sin que dicha cuestión esté sujeta a control judicial²³⁷.

Una vía para paliar la falta de exigibilidad externa de la que adolecen los acuerdos intergubernamentales, es la inclusión de mecanismos internos que aseguren el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los participantes. Esta práctica se

²³² BOLLEYER (2009): 145.

²³³ ADAM, BERGERON y BONNARD (2015): 154-155.

²³⁴ Este fue el caso tanto del *Kelowna Accord*, concluido en 2005 por el gobierno de MARTIN con todas las provincias y territorios y las principales comunidades indígenas de Canadá con el objetivo de mejorar las condiciones de vida de la población aborígen. Sin embargo, las previsiones financieras del mismo nunca se cumplieron tras la llegada de HARPER al poder, el cual decidió destinar menos recursos de los inicialmente comprometidos. Lo mismo sucedió con como de los acuerdos en materia de cuidado infantil, los cuales fueron rescindido por el gobierno conservador.

²³⁵ En virtud de dicha discrecionalidad política, en 2012 el gobierno federal modificó unilateralmente los acuerdos en materia de inmigración concluidos con Alberta y la Columbia Británica, así como decidió no renovar el suscrito con Ontario.

²³⁶ *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525.

²³⁷ *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1993] 1 S.C.R. 1080.

generalizó tras el fracaso del Acuerdo de Charlottetown, aspecto que ha resultado en que varios de los acuerdos mencionados anteriormente contengan mecanismos internos de resolución de disputas. El precursor en la materia fue el AIT, que contenía tanto mecanismos generales como específicos. El AIT consagraba la cooperación como principio rector, de manera que, si surgía alguna discrepancia en relación con las obligaciones que el mismo entrañaba, estas debían resolverse mediante la negociación entre las partes afectadas. En caso de no alcanzar un acuerdo, el capítulo 17 contenía un mecanismo formal de resolución de disputas. Sin embargo, los mecanismos de exigibilidad del AIT se demostraron poco eficaces dado que estaban fuertemente dominados por los gobiernos provinciales, cuya aquiescencia era necesaria para que los operadores económicos pudieran recurrir a los mismos²³⁸. El CFTA ha seguido la estela de su antecesor y también ha incorporado una sección relativa a la resolución de disputas en la que la cooperación vuelve a configurarse como un pilar básico del mismo. Además, el acuerdo ha reforzado el valor vinculante del mismo mediante un sistema institucional ad-hoc encargado de dirimir los posibles conflictos cuyas resoluciones serán vinculantes al gozar de la misma fuerza que las emitidas por los tribunales superiores (*superior courts*) de las partes firmantes, tanto si afectan a otra parte contratante como a un operador privado²³⁹. Esta extensión pretende corregir algunas de las disfuncionalidades del AIT, reforzando el mecanismo interno de exigibilidad del CFTA.

Los mecanismos de exigibilidad internos no solo han tenido predicamento en el campo económico, sino que también han alcanzado otros como el sanitario o las infraestructuras. El SUFA fue el primer acuerdo en materia social en contener mecanismos internos de exigibilidad, aunque estos eran muy débiles. Así, el capítulo seis de dicho acuerdo esbozaba un marco de solución de conflictos donde la flexibilidad y la cooperación se erigían como los pilares maestros del sistema. Sin embargo, estos principios no se concretaban en la creación de marco formal alguno para dirimir las numerosas disputas generadas por dicho acuerdo. El SUFA contemplaba un mecanismo

²³⁸ El dominio provincial de los mecanismos de resolución de disputas resultó en un sistema ineficaz en el que los actores operadores económicos requerían de la colaboración provincial para poder iniciar una demanda. BAIER (2008): 32-33 ilustra la poca operatividad de estos mecanismos en relación con la disputa entre Unilever y Quebec a causa de la prohibición de venta de margarina amarilla. Ante la ineficacia de los mecanismos la empresa británica intentó hacer valer las medidas contenidas en el AIT ante los Tribunales siendo rechazadas sus pretensiones.

²³⁹ Artículo 1001.4 del *Canadian Free Trade Agreement*. Este artículo será de aplicación una vez hayan transcurrido dieciocho meses desde la entrada en vigor del CFTA, lo cual se producirá el 1 de enero de 2019.

de evaluación interna, que debía realizarse una vez el acuerdo llevara tres años en vigor. Estas evaluaciones del desempeño de estos acuerdos se han generalizado, recogándose también en los acuerdos sanitarios que siguieron al SUFA, los cuales emplazaban a monitorizar la aplicación y resultados de los mismos en el seno de la CPM. Los acuerdos sanitarios han introducido la vía de las penalizaciones económicas, a través de la retención o denegación de los pagos acordados, en el caso de que los gobiernos provinciales dejen de cumplir con los requisitos establecidos en la *Canada Health Act*²⁴⁰. Sin embargo, estos mecanismos no han sido utilizados debido al enorme coste político que su aplicación conlleva para el gobierno federal.

La articulación de penalizaciones económicas por el incumplimiento de los acuerdos intergubernamentales contenida en los acuerdos sanitarios puede ser una vía a extender a acuerdos en otras materias –como ha ocurrido en los acuerdos bilaterales sobre infraestructuras²⁴¹–, con el objetivo de mejorar los mecanismos de exigibilidad interna de los mismos, si bien desplaza todo el coste político al gobierno federal al ser este el encargado de decidir sobre la posible suspensión de los fondos afectados por la disputa. Establecer organismos arbitrales independientes, cuyos integrantes sean nombrados por las partes en conflicto –generalmente el gobierno federal y las provincias y/o territorios–, parece ser la alternativa más conveniente, pues supone clarificar el procedimiento a seguir en caso de disputa y evita que uno de los actores soporte todo el coste político de la resolución del conflicto. Estos mecanismos tienen la finalidad de aumentar la vinculación de las partes al acuerdo, evitando incumplimientos unilaterales de los mismos como sucedió en el caso de numerosos programas sociales cofinanciados entre el gobierno federal y las provincias en la década de los 90. Aun así, la voluntad política continuará siendo un factor decisivo a la hora de cumplir con los compromisos contraídos, configurándose estos mecanismos como soluciones de último recurso, quedando al arbitrio político que no vuelvan a suceder más casos como las cancelaciones de los *Kelowna* y *Child Care Accords*.

El lenguaje es otro factor a tener en cuenta a la hora de determinar la exigibilidad de los acuerdos intergubernamentales pues, en ocasiones, varía entre un lenguaje contractual –cuyo uso implica un mayor grado de vinculación para las partes–

²⁴⁰ CHOUDHRY (1996): 503-505.

²⁴¹ El punto trece de los acuerdos bilaterales sobre infraestructuras relativos a transporte público y purificación de agua, *Clean Water and Wastewater Fund and Public Transit Infrastructure Fund*, recoge la potestad federal de suspender los pagos a las provincias en caso de que surjan disputas sobre la aplicación de dichos acuerdos.

o uno meramente “aspiracional”, que suele inspirar compromisos sujetos a la pura voluntad política²⁴². La elección de uno u otro entraña diferentes grados de vinculación para las partes y, por tanto, puede constituir un elemento determinante para constatar si ha habido, o no, un incumplimiento del acuerdo intergubernamental en cuestión.

El déficit democrático del sistema de relaciones ha sido señalado como otra de las disfuncionalidades de las que adolece²⁴³, especialmente en términos de transparencia, dado que estas reuniones se celebran a puerta cerrada y, en muchos casos, ni siquiera hay constancia de los asistentes o de los temas que se abordaron. Sin embargo, esta opacidad permite que las discusiones se celebren en un clima de confianza donde sea más fácil hacer concesiones. Una mayor transparencia podría desembocar en un mayor control político de las reuniones, dificultándose la concreción de acuerdos. Por ello, dirigir los mecanismos de *accountability* hacia este tipo de reuniones podría tener efectos perjudiciales para el desempeño del sistema de relaciones, pudiendo realizarse dicho proceso mediante el control a los ejecutivos firmantes en sus respectivos parlamentos.

2.2. La cooperación interprovincial: las relaciones horizontales

Las relaciones horizontales son las que se sustancian entre las provincias y territorios. Por lo general, las mismas están enfocadas a dos fines principales: la cooperación entre unidades sub-estatales, generalmente limítrofes o pertenecientes a una misma región, o la preparación de reuniones multilaterales con el nivel estatal²⁴⁴. Al igual que las relaciones verticales, estas pueden articularse tanto de manera bilateral como multilateral, si bien en las horizontales la diferencia en función de los asuntos a tratar es más marcada.

2.2.1. *El Consejo de la Federación*

En Canadá, las relaciones horizontales multilaterales se remontan a 1887 cuando las provincias de Quebec y Ontario se reunieron con el objetivo de demandar más recursos financieros al gobierno federal. A comienzos del siglo XX, se celebraron algunas reuniones más con carácter discontinuo, no siendo hasta los años 60 cuando, a

²⁴² POIRIER (2004): 433.

²⁴³ KANOJIA Y SIMEON (2008): 134-144.

²⁴⁴ GIBBINS (2003): 31-46 describe los orígenes del SUFA, que se gestó gracias a la cooperación interprovincial, acordando las provincias las líneas maestras del plan que deseaban que incluyera el plan antes de presentárselo al gobierno federal con el objetivo de buscar su aprobación.

propuesta de Quebec, se creó un foro anual –la *Annual Premiers Conference* (APC)– que reuniera a los líderes de los ejecutivos provinciales. La APC perseguía dos objetivos principales: crear un foro de cooperación interprovincial y servir de reunión preparatoria para fijar posiciones comunes a la hora de entablar relaciones verticales con el gobierno federal. La APC compartía con la CPM su carácter eminentemente informal, rigiéndose por la costumbre, dado que no existía una reglamentación que regulara sus convocatorias y actuaciones.

En claro contraste con la CPM, los ejecutivos provinciales decidieron, de nuevo a iniciativa de Quebec, dotar de mayor institucionalización a este foro sustituyéndose en 2003 la APC por el Consejo de la Federación (COF). El COF –también denominado *Canada's Premiers*– es el encargado de promover la cooperación interterritorial entre provincias y está integrado por los líderes de los ejecutivos provinciales y territoriales.

La creación del COF a iniciativa de Quebec supuso la cristalización de un proceso de revitalización de las relaciones intergubernamentales bajo el mandato de Benoît PELLETIER como Ministro de Relaciones Intergubernamentales de Quebec²⁴⁵. Esta figura ministerial, que se generalizó entre los ejecutivos provinciales en los años 60, es la encargada de canalizar las interacciones con otros gobiernos ya sean el federal o los del resto de provincias y territorios. El COF suponía la apuesta del gobierno de Quebec por una mayor implicación en la federación con el objetivo de conseguir el apoyo de otras provincias en determinados conflictos con el gobierno federal, como el reparto de recursos financieros o la renovación de los acuerdos sanitarios. A través de este foro, Quebec pretendía iniciar un proceso de modernización del sistema federal canadiense en el que se garantizara el respeto de la autonomía provincial, poniéndose fin a la intrusión federal en áreas de competencia provincial exclusiva. Además, el ejecutivo quebequés pretendía que este incremento de la cooperación intergubernamental supusiera la consolidación del modelo asimétrico ya existente en algunas áreas de competencias y su extensión a otras materias con el objetivo de lograr un acomodo que suponga el reconocimiento de su especificidad dentro de la federación, así como de sus características nacionales particulares²⁴⁶. Dado que el COF fue una iniciativa del gobierno federalista del PLQ, la utilidad del mismo ha sido puesta en entredicho por el PQ. Este cuestionamiento tuvo su culmen con la retirada en 2013 del gobierno de MAROIS del grupo de trabajo en materia sanitaria auspiciado por el COF,

²⁴⁵ PELLETIER (2013): 22-24.

²⁴⁶ *Ibid.* 26.

dentro de una dinámica de confrontación con el gobierno federal que suponía una vuelta a la política territorial aislacionista tradicional del PQ puesta en marcha por todos sus líderes, con la consabida excepción de BOUCHARD. El interés de Quebec por construir un marco de relaciones intergubernamentales horizontales fuerte que contrarreste el dominio federal del sistema de relaciones verticales puede responder a que, como muestra el caso australiano, la combinación de un sistema de relaciones verticales fuerte con uno horizontal débil resulta en una mayor centralización del sistema federal²⁴⁷.

En su acuerdo fundacional, se detallan los fines y objetivos del COF, entre los que destacan el fortalecimiento de la cooperación territorial, la mejora de las relaciones con el gobierno federal, de manera que se permita a las provincias tener voz en las grandes decisiones nacionales, y un aumento de la transparencia. Estos objetivos deben estar supeditados a dos elementos fundamentales: el respeto del orden constitucional y el reconocimiento de la diversidad existente en la federación. Además, se incluyen disposiciones relativas a su organización interna, que se estructura en tres niveles: un Consejo formado por los líderes provinciales y territoriales, así como Consejos de Ministros sectoriales y comités directivos integrados por viceministros y funcionarios. También queda regulada la financiación del COF, sufragada de forma proporcional según la población de sus miembros. Asimismo, el COF cuenta con un pequeño secretariado que desarrolla funciones de apoyo y preparación de las reuniones.

Se establece la periodicidad de sus convocatorias, fijada en un mínimo de dos reuniones anuales, pudiendo convocarse reuniones ad-hoc sobre temas de actualidad²⁴⁸, así como citas especiales a las que se podrá invitar al gobierno federal, sin que hasta la fecha se haya celebrado ninguna, dado que este ha declinado asistir²⁴⁹. Al igual que en la CPM, los acuerdos del COF se adoptan por consenso, si bien la unanimidad es la tónica dominante. En aquellas materias, como la política sanitaria, que generan mayor confrontación los acuerdos resultantes suelen recoger incisos donde se especifican dichas discrepancias²⁵⁰.

En la última década, el COF se ha mostrado mucho más proactivo que la CPM a la hora de canalizar el diálogo territorial en Canadá desarrollando el mandato que tiene

²⁴⁷ PHILLIMORE y FENNA (2017): 597-621.

²⁴⁸ En diciembre de 2017 los primeros ministros provinciales se reunieron por videoconferencia para abordar la posible renegociación del NAFTA así como el impacto en sus competencias de la legalización del cannabis anunciada por el gobierno federal.

²⁴⁹ WALLNER (2017): 718.

²⁵⁰ En este sentido es frecuente la referencia a que Quebec no ha firmado el texto constitucional de 1982, si bien no debe olvidarse que en el acuerdo fundacional del COF esta provincia se compromete a respetar el marco constitucional vigente.

encargado desde su creación. Esta institución ha servido para desarrollar posiciones comunes a la hora de entablar relaciones con el gobierno federal, como ocurrió durante la negociación del CFTA donde primero se alcanzó un acuerdo interprovincial²⁵¹, que fue posteriormente presentado a gobierno federal para cerrar el acuerdo final; o el rechazo al plan de emergencias federal al considerar insuficiente la dotación presupuestaria del mismo²⁵². Estos trabajos preparatorios son de especial relevancia a la hora de abordar las conferencias sectoriales que se celebran de manera periódica con el gobierno federal. Así, el COF ha establecido una serie de grupos de trabajo encargados de diseñar una estrategia común en unas áreas consideradas estratégicas por los gobiernos provinciales, donde se pretende aumentar el nivel de cohesión e interrelación entre provincias y territorios. Estas son salud, fiscalidad, economía e innovación – creados en 2012– y energía, creado en 2015²⁵³.

Estos grupos de trabajo han permitido el desarrollo de estrategias comunes tendentes a una mayor armonización regulatoria interprovincial –como la creación de estándares comunes en la certificación energética de edificios o el establecimiento de códigos comunes para tratar las enfermedades de corazón y la diabetes–, eliminando obstáculos que imposibilitaban una mayor integración económica –reduciendo el proteccionismo en el mercado de las bebidas alcohólicas como el vino, la cerveza y los licores– así como mejoras en la eficiencia a la hora de prestar servicios públicos –caso de la promoción de las interconexiones eléctricas y de transporte público entre provincias o la compra conjunta de medicamentos para reducir su coste a través de la *pan-Canadian Pharmaceutical Alliance*–. Esta última iniciativa ha tenido gran éxito, constituyendo un claro ejemplo de liderazgo provincial en materias de interés nacional, el cual llevó en 2016 al gobierno federal a sumarse al programa –tras haberlo rechazado durante las negociaciones de creación del mismo– para lograr sinergias entre ambos niveles de gobierno que se transformen en una mayor reducción del precio de los medicamentos²⁵⁴. Este ejemplo de federalismo *bottom-up* ilustra cómo la cooperación interprovincial producida en el seno del COF puede servir para generar políticas y

²⁵¹ *Premiers Strike an Agreement in Principle on Internal Trade*, COF 22 de julio de 2016.

²⁵² *Emergency Management and Response*, COF 17 de julio de 2015.

²⁵³ Este grupo de trabajo dio lugar a la *Canadian Energy Strategy*, la cual ha sido posteriormente adoptada por el ejecutivo liberal como modelo a seguir, aspecto que se materializó en la Declaración de Vancouver sobre Cambio Climático y Crecimiento Limpio, en la que se reconocía el liderazgo provincial y territorial en la materia, así como los avances realizados por estos.

²⁵⁴ HEALTH CANADA (2016).

lograr acuerdos que posteriormente involucren al gobierno federal y tengan un impacto positivo en los dos niveles de gobierno.

Las iniciativas ideadas en estos grupos de trabajo, que deben ser ratificadas posteriormente en el Consejo del COF, apuestan por alcanzar una mayor cohesión territorial a través del diálogo interprovincial con el objetivo de implementar medidas que redunden en el beneficio de todas las unidades.

Otra de las tareas llevadas a cabo por el COF es la evaluación del impacto de las políticas federales en la esfera competencial de las provincias, así como realizar un seguimiento del desempeño de los acuerdos y programas conjuntos actualmente en marcha entre los ejecutivos provinciales y el gobierno federal. Con este fin, se han puesto en marcha iniciativas tendentes a diseñar un marco común que presentar al gobierno federal a la hora de renegociar el programa de nivelación federal con el objetivo de asegurar que el reparto de fondos satisface las necesidades de todos los gobiernos. Además, la COF ha elaborado informes tendentes a evaluar los resultados de los programas federales en áreas de competencia exclusiva provincial denunciando los incumplimientos y cambios de política llevados a cabo de manera unilateral por el gobierno federal²⁵⁵.

La modernización del sistema horizontal de relaciones intergubernamentales introducida con el COF ha contribuido a incrementar la cooperación entre las unidades federadas aumentando los intercambios multilaterales entre las provincias y territorios. Estas reuniones han permitido que los gobiernos provinciales lleven la iniciativa en asuntos de interés nacional como sucedió con el CFTA o la política energética, guiando la actuación federal en relación con estas materias. Este liderazgo provincial puede suponer un avance hacia un Canadá más *confederal* donde los gobiernos provinciales decidan sobre cuestiones de interés nacional²⁵⁶. Sin embargo, a pesar de la institucionalización que ha conllevado el COF, el diálogo interprovincial continúa siendo frágil y muy dependiente del nivel político, mostrando deficiencias a la hora de

²⁵⁵ Como resultado de la 55ª. reunión del COF celebrada en 2014 los líderes provinciales emitieron un comunicado conjunto en el que detallaban los numerosos incumplimientos por parte del gobierno federal, así como denunciaban las consecuencias negativas que estos tenían para sus ciudadanos. *55th Annual Premiers' Conference*, 29 de julio de 2014.

²⁵⁶ SIMEON y TURGEON (2006): 30.

abordar asuntos controvertidos como la construcción de nuevos oleoductos²⁵⁷ o la adopción de una postura común en torno a la negociación del último acuerdo sanitario.

2.2.2. La cooperación regional

La cooperación multilateral interprovincial no se encuentra limitada al COF, sino que coexiste con otros mecanismos regionales de menor entidad como la Conferencia de Primeros Ministros del Oeste o la Conferencia de Primeros Ministros del Atlántico. En el plano regional, se suelen abordar temáticas de competencia provincial de interés particular para los gobiernos en cuestión y que, por tanto, carecen de relevancia para ser tratadas de forma conjunta por el COF.

La *Western Premiers Conference* (WPC) fue creada en 1973 y está integrada por las provincias de Columbia Británica, Alberta, Saskatchewan y Manitoba, así como por los territorios del Noroeste, el Yukón y Nunavut. Por su parte el *Council of Atlantic Premiers* (CoAP) data de 2000 y está formado por Nueva Escocia, Nuevo Brunswick y la Isla del Príncipe Eduardo –que también forman parte del *Council of Maritime Premiers* creado en 1971– así como por Terranova y Labrador. Estas organizaciones suelen reunirse con periodicidad anual en el caso de la WPC y bianual en el del CoAP para tratar unos asuntos decididos previamente de común acuerdo, siendo el consenso la fórmula de adopción de acuerdos. En las mismas, se suelen tomar acuerdos en materias de especial impacto en estas provincias como inmigración, comercio, innovación tecnológica o energía en el caso del CoAP, así como la energía, los recursos naturales, la regulación laboral y el medioambiente y el cambio climático en el de la WPM. En ambas organizaciones es posible identificar a la economía como elemento vertebrador, resaltando la especial trascendencia de la misma en un país donde, pese a avances como los que conlleva el CFTA, todavía existen numerosas barreras comerciales internas.

Al margen de estos foros multilaterales, la cooperación regional se fundamenta en acuerdos y reuniones bilaterales o multilaterales entre provincias limítrofes y/o que comparten intereses y problemáticas comunes. La cooperación bilateral de algunas provincias se asemeja a la existente en los foros multilaterales regionales antes mencionados –cuyo desempeño han generado un efecto contagio–, si bien carecen de la institucionalización de estos. Este es el caso de las relaciones entre Saskatchewan y

²⁵⁷ Las discrepancias de Quebec impidieron al COF tomar una posición firme al respecto como demandaban provincias como Alberta o Saskatchewan muy dependientes de la industria petrolera y gasista.

Manitoba y entre Ontario y Quebec. Las dos últimas, integran el Canadá central, que carece de un mecanismo institucionalizado de integración. La cooperación bilateral entre Ontario y Quebec es especialmente relevante dado que, entre ambas, agrupan al 61% de la población de Canadá, por lo que cualquier acuerdo tiene una gran trascendencia para el conjunto de la federación.

Este tipo de relaciones posibilita acuerdos en materias de diversa índole como la armonización normativa, el cambio climático, la cooperación educativa o la formación de profesionales sanitarios. La consecución de dichos acuerdos supone un avance hacia una mayor cooperación intergubernamental, al abordarse los problemas de manera conjunta por diferentes gobiernos, estableciendo relaciones de diálogo entre los mismos con el fin de atajar problemáticas comunes. La cooperación regional entre provincias ha generado, en algunos casos, un efecto *spillover*, de manera que ciertas iniciativas que originalmente se limitaban a solo dos provincias se han extendido a otras, ampliándose el alcance territorial de las mismas. Este es el caso del acuerdo sobre comercio, inversión y movilidad laboral (TILMA) concluido en 2010 entre la Columbia Británica y Alberta, y que posteriormente fue ampliado con la incorporación de Saskatchewan – en 2009–, quedando rebautizado como *New West Partnership Trade Agreement* (NWPTA), y Manitoba –en 2017–²⁵⁸. El NWPTA pretende impulsar la unidad económica –hasta alcanzar una suerte de mercado único– entre estas provincias, garantizando la movilidad laboral entre ellas, así como permitiendo el libre establecimiento de empresas que se encuentren debidamente registradas en una de las provincias participantes, con el objetivo de que no exista discriminación entre los operadores económicos de las provincias firmantes. Este acuerdo, uno de los más avanzados en cooperación regional en Canadá, incorpora un secretariado propio, así como un mecanismo interno de resolución de disputas disponible tanto para los gobiernos provinciales como para los distintos operadores económicos.

Otras provincias han concluido acuerdos de naturaleza similar como el ya reseñado objetivo de reducir las barreras comerciales internas. Este es el caso del *Atlantic Procurement Agreement*, de 1996, entre las provincias atlánticas, el *LMACS*²⁵⁹ entre Nuevo Brunswick y Quebec, de 2009, o el *Trade and Cooperation Agreement*, que agrupa a Ontario y Quebec desde 2009. La cooperación entre estas dos provincias

²⁵⁸ Dada su reciente incorporación, Manitoba goza de un periodo transitorio que oscila, según las materias, entre uno y tres años para que el NWPTA despliegue totalmente sus efectos dando suficiente tiempo a esta provincia para que su normativa converja con la de los otros integrantes del acuerdo.

²⁵⁹ *Québec / New Brunswick Labour Mobility Agreement for the Construction Sector*.

se ha intensificado en los últimos años con acuerdos relativos al mercado de la electricidad²⁶⁰, la investigación agroalimentaria²⁶¹ o el medioambiente²⁶². La intensificación de la colaboración entre Ontario y Quebec supone ejercer un rol de liderazgo a la hora de aumentar la cooperación interprovincial en el seno de la federación, con la expectativa de promover un efecto *catching-up* que resulte en la suma de otros gobiernos a algunos de estos acuerdos, como se espera en el caso de los acuerdos de lucha contra el cambio climático y el del mercado de emisiones.

La proliferación de los acuerdos intergubernamentales, tanto multilaterales como bilaterales, entre provincias y territorios en los últimos años no se limita a Ontario y Quebec, sino que es una tónica generalizada. Entre los más recientes destacan el acuerdo entre Manitoba y Alberta sobre energías renovables²⁶³, el relativo a las aguas territoriales entre los Territorios del Noroeste y la Columbia Británica²⁶⁴ o el acuerdo entre Manitoba, Quebec y Ontario sobre cambio climático de 2015²⁶⁵.

Junto a estos mecanismos de relaciones intergubernamentales puramente canadienses también existen mecanismos de cooperación de naturaleza similar a estos que trascienden las fronteras de la federación, como es el caso del *New England Governors and Eastern Canadian Premiers' Annual Conference* (NEG/ECP), organismo que agrupa a las provincias canadiense de Nuevo Brunswick, Nueva Escocia, Terranova y Labrador, Quebec y la Isla del Príncipe Eduardo con los estados de Connecticut, Maine, Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island y Vermont de los EE.UU. En el seno de este organismo se han alcanzado acuerdos de importancia transfronteriza como transporte o comercio, siendo especialmente numerosos los relativos al medioambiente en materias como el cambio climático o la reducción de los gases de efecto invernadero.

²⁶⁰ *Electricity Trade Agreement between Québec and Ontario.*

²⁶¹ *Quebec-Ontario Cooperation for Agri-Food Research Competition.*

²⁶² En 2017 Ontario se sumó al *Western Climate Initiative cap-and-trade market* vigente entre California y Quebec desde 2013, constituyendo el segundo mercado de emisiones del mundo tras el de la Unión Europea.

²⁶³ *Memorandum of Understanding on Renewable Energy and Climate Change Initiatives between the Government of Manitoba and the Government of Alberta.*

²⁶⁴ *NWT-British Columbia Transboundary Water Agreement.*

²⁶⁵ *Memorandum of Understanding Between the Government of Québec, the Government of Manitoba and the Government of Ontario Concerning Concerted Climate Change Actions and Market-Based Mechanisms.*

2.3. Relaciones intergubernamentales y sistema federal: una vía para corregir las disfuncionalidades de la Cámara Alta

Una vez constatada la incapacidad actual del Senado para desempeñar su papel de cámara de representación territorial y, dadas las reducidas expectativas sobre una futura reforma, el sistema de relaciones intergubernamentales se presenta como un instrumento mediante el cual canalizar las tensiones territoriales entre centro y periferia.

Como se ha resaltado con anterioridad, la falta de legitimidad democrática directa de los senadores contribuye a que los mismos se sientan más vinculados al nivel federal, aspecto que no ha variado con la última reforma y el carácter independiente de los mismos. Además, la federación canadiense se caracteriza por seguir el modelo de Westminster, donde el ejecutivo predomina sobre el legislativo²⁶⁶. Dado que los ejecutivos provinciales no tienen influencia alguna sobre el Senado, el papel territorial de la Cámara Alta se ve aún más reducido. Este dominio del sistema federal canadiense por parte del poder ejecutivo, aspecto que se ha denominado como federalismo ejecutivo²⁶⁷, refuerza la condición de alternativa al Senado del sistema de relaciones intergubernamentales.

Sin embargo, parece más apropiado hablar del sistema de relaciones intergubernamentales como complemento al Senado que como alternativa al mismo. Las relaciones intergubernamentales pueden suplir el papel de cámara de representación territorial que, hasta la fecha, el Senado ha sido incapaz de desempeñar. En cambio, las funciones de enfriamiento (*sober second thought*) y estudio y mejora legislativa continuarían siendo desempeñadas por la Cámara Alta, siendo las mismas de gran importancia para el buen funcionamiento del sistema federal²⁶⁸.

La CPM es el órgano que se encuentra más capacitado para desarrollar esta labor, dado que es el que agrupa a todas las provincias y territorios con el gobierno federal. A pesar de ello, sería necesario fortalecer y revitalizar este foro para que pueda desempeñar de forma óptima la labor antes descrita. Este fortalecimiento pasaría, en la línea de lo expuesto anteriormente, por paliar los principales déficits de los que adolece la institución: la falta de institucionalización y la no vinculación de los acuerdos alcanzados. En este sentido, la CPM debería gozar de convocatorias ordinarias

²⁶⁶ WOEHLING (2011): 444-445.

²⁶⁷ SMILEY (1976): 54. WATTS (1989): 3.

²⁶⁸ A pesar de la importancia de esta labor (DOCHERTY, 2002: 34-46; JOYAL, 2003), especialmente a través de las comisiones (LAWLOR y CRANDALL, 2013: 557-564), la mejora legislativa es una labor oscura que goza de poca repercusión pública en Canadá, infravalorándose la importante labor de trabajo que realizan las comisiones del Senado en sus numerosas publicaciones.

periódicas, así como de la posibilidad de celebrar citas extraordinarias a petición de sus integrantes. Implementar mecanismos de vinculación, ya sean por la vía judicial o mediante la creación de una convención que haga que las partes se sientan vinculadas a respetar los acuerdos tomados en la CPM, es otro de los aspectos a corregir si se quiere que la CPM pueda desempeñar satisfactoriamente un papel de canalizador del diálogo interterritorial. Definir mecanismos de toma de decisiones es otro elemento necesario para fortalecer el sistema. En este caso, prescindir del consenso como regla en aras de un sistema de mayorías, más acorde con el rol de una cámara parlamentaria a la que se pretende sustituir sería una posible alternativa. La posibilidad de ponderar el voto en función de la población u otorgar un derecho de retirada con compensación financiera a Quebec en materias especialmente relacionadas con su carácter de sociedad distinta son otros factores que podrían favorecer el buen desempeño de la CPM como institución que garantice la representatividad territorial. Todo este proceso de reforzamiento de la institución debería realizarse a través de un documento de validez legal, preferiblemente dotando de rango constitucional a la institución. No obstante, las dificultades crónicas existentes en Canadá para realizar cualquier modificación de la Carta Magna hacen muy improbable este extremo.

A pesar de lo anterior, recurrir a las relaciones intergubernamentales y, en particular, a la CPM como alternativa a la función territorial del Senado, no está exenta de inconvenientes. La excesiva politización de este foro, dada la alta conflictividad que entrañan las reuniones a primer nivel, podría lastrar la utilidad de la CPM como herramienta de canalización del diálogo entre territorios. Otros puntos negativos de este sistema serían la consolidación del federalismo ejecutivo, que, pese a periodos de crisis, sigue enraizado en la cultura política canadiense²⁶⁹ como mecanismo de toma de decisiones en la federación, reduciendo la transparencia y el control público de los procesos de negociación. Esta característica va en consonancia con la preponderancia del ejecutivo sobre el legislativo antes descrita, siendo difícil su reversión. Además, no conviene olvidar que la apertura de un proceso de negociación compleja como fue el del Acuerdo de Charlottetown resultó en fracaso al ser rechazado en referéndum²⁷⁰. Por ello, el oscurantismo propio del federalismo ejecutivo tiene un componente pragmático

²⁶⁹ BROCK (1995): 103-106.

²⁷⁰ Este rechazo ha sido interpretado por autores como SIMEON (2006) y BAKVIS, BAIER y BROWN (2009): 106 como un rechazo a la acomodación de élites, dejando en un segundo plano las necesidades ciudadanas.

positivo, que favorece el acuerdo y la cesión entre posturas divergentes sin el condicionante de la presión externa propia de la dinámica parlamentaria.

Por lo tanto, la combinación de un sistema de relaciones intergubernamentales fuerte con un Senado que ejerza labores de cámara de reflexión puede contribuir a mejorar el funcionamiento del sistema federal, reduciendo tensiones y contribuyendo a cohesionar la federación, canalizando las tensiones y el diálogo entre el gobierno federal y los ejecutivos provinciales y/o territoriales²⁷¹.

²⁷¹ Un enfoque de esta naturaleza responde a la diferenciación promovida por SMILEY y WATTS (1985) entre federalismo intraestatal, aquel que permite la articulación de los intereses provinciales dentro de las instituciones federales, y federalismo interestatal, que conlleva la defensa de los intereses provinciales a través del sistema de relaciones intergubernamentales. PALERMO y KÖSSLER (2017): 177 ahondan en esta idea, resaltando cómo los sistemas de relaciones intergubernamentales han ido ganando peso como mecanismos de participación de las entidades sub-estatales a nivel nacional, aunque sin llegar a sustituir totalmente a las segundas cámaras, por ineficientes que estas sean. Estos autores atribuyen este proceso a dos factores principales: la incapacidad, ya sea real o percibida, de las segundas cámaras para representar a las entidades sub-estatales de forma efectiva y el creciente solapamiento de numerosas áreas competenciales, aumentando la complejidad del proceso de decisión política, lo que favorece la co-decisión entre ejecutivos por encima del debate parlamentario.

CAPÍTULO V

EL FEDERALISMO FISCAL. SU PAPEL COMO ELEMENTO DE INTEGRACIÓN

El acomodo de las entidades sub-estatales dentro de un estado compuesto está íntimamente ligado con la distribución de recursos financieros en el seno del mismo. La autonomía política sin recursos financieros para materializarla en políticas públicas supone la virtualización de esta, dejando vacío e inservible su contenido. Las disputas en materia fiscal son consustanciales a la historia del federalismo, siendo uno de los detonantes de la Revolución Americana la aprobación en 1765 por parte del Parlamento Imperial de Londres de la *Stamp Act*¹. Esta norma obligaba a los colonos americanos a pagar un impuesto por cada página de papel timbrado con el objetivo de sufragar los costes en que incurría la Corona dado el despliegue de tropas británicas en las colonias americanas tras la Guerra de los Siete Años². La norma en cuestión generó un enorme descontento en las colonias americanas, pues se imponía un impuesto contra la voluntad de sus habitantes³, quienes carecían de representación en el Parlamento de Londres. De este conflicto político se derivó el conocido lema de “*no taxation without representation*”⁴.

La falta de representación no es una materia conflictiva en los estados compuestos contemporáneos puesto que existen instituciones, generalmente estructuradas en dos niveles, mediante las cuales se articula la representación del cuerpo electoral. La conflictividad en materia fiscal ha virado hacia la disponibilidad de recursos financieros que permitan a las unidades sub-estatales ejercer de forma completa su autogobierno, articulando políticas públicas dentro de sus competencias. Esta conflictividad ha servido de catalizador de las demandas de algunos movimientos soberanistas, aspecto que ha provocado que la descentralización del sistema fiscal sea

¹ *Duties in American Colonies Act 1765; 5 George III, c 12.*

² Esta norma recogía que el pago del impuesto debía hacerse en moneda británica, no admitiéndose efectos timbrados o papel moneda emitidos por las colonias americanas.

³ Aunque el coste del impuesto no era elevado, el descontento residía en la naturaleza puramente recaudatoria del tributo dado que, a diferencia de otros anteriores, carecía de voluntad regulatoria alguna.

⁴ Sobre las demandas de las colonias americanas son de interés los escritos de BURKE acerca de la aprobación y derogación de la *Stamp Act* de 21 de febrero de 1776, así como el relativo a la *American Taxation* de 19 de abril 1774 en los que repasa las demandas de las colonias americanas y critica la actuación del gobierno imperial en América. De igual modo, Burke propuso una serie de resoluciones para reconducir el conflicto en su discurso *Conciliation with the American Colonies* de 22 de marzo de 1775. Todos ellos pueden ser consultados en los volúmenes II y III de la obra editada por LANGFORD y TODD (1981).

empleada por los gobiernos centrales como elemento disuasorio de los procesos secesionistas⁵. Si bien la conflictividad en este campo es paralela al desarrollo del estado del bienestar tras la Segunda Guerra Mundial, la misma se ha acrecentado en un contexto de crisis económica mundial donde los recursos tributarios disminuyen a la par que aumenta el gasto en las partidas de naturaleza social.

Tradicionalmente, la literatura académica sobre la integración y acomodo de las diferentes sensibilidades territoriales no ha mostrado gran interés por el federalismo fiscal como motor de integración, centrándose en otros aspectos como el reconocimiento de la identidad nacional⁶. Sin embargo, el federalismo fiscal puede desempeñar un papel relevante como motor de integración desde dos vertientes. La primera de ellas reside en la flexibilidad que puede aportar al modelo federal, permitiendo combinar la unidad y la diversidad dentro de un estado común, persiguiendo garantizar la autonomía de las unidades sub-estatales sin que ello menoscabe un cierto grado de homogeneidad y coordinación. Junto a esta, debe tenerse en cuenta el importante potencial que tienen los programas de redistribución territorial como impulsores de la unidad nacional reduciendo las tensiones secesionistas y promoviendo la integración de la pluralidad territorial.

1. LA DISPONIBILIDAD DE RECURSOS FINANCIEROS: LA IMPORTANCIA DE LOS DESEQUILIBRIOS ENTRE GOBIERNOS

Uno de los principales focos de tensión en los estados compuestos reside en la disparidad existente entre ingresos y gastos entre los diferentes niveles de gobierno. Este desequilibrio fiscal vertical ocurre cuando las fuentes de recursos tributarios asignadas constitucionalmente a un nivel de gobierno no son suficientes para poder cubrir las necesidades de gasto que igualmente se derivan del diseño constitucional⁷. Generalmente, esto se debe a que la titularidad de competencias que suponen un mayor nivel de gasto (educación, sanidad o servicios sociales) se encuentra en manos de las entidades sub-estatales, mientras que el nivel estatal tiene mayor capacidad para generar recursos tributarios en base al diseño constitucional del sistema de competencias. Esta asimetría en materia de gastos e ingresos suele responder a concepciones de proximidad

⁵ SORENS (2016): 45-46.

⁶ Entre otros, ELAZAR (1987), BURGESS (2006) y GAGNON y IACOVINO (2007).

⁷ WATTS (2008): 103.

y eficiencia económica⁸. Por un lado, se considera que el nivel federal o estatal debe ser titular de ciertos tributos, con el objetivo de asegurar una unidad económica entre todo el territorio, así como por la difícil territorialización de algunos de ellos, como es el caso de los aranceles o derechos de aduana. Por su parte, las materias consustanciales al estado del bienestar se encuentran generalmente asignadas constitucionalmente al nivel inferior al entenderse que una administración regional del mismo será más eficiente dada la mayor proximidad entre este nivel y los ciudadanos destinatarios de dichos servicios. Junto a estas razones de diseño constitucional, se encuentra otro elemento que contribuye a acrecentar el desequilibrio fiscal entre los niveles de gobierno. Los ingresos tributarios evolucionan en función de la situación económica, lo cual los hace volátiles y variables en el tiempo. En cambio, los gastos relativos a las partidas de educación y sanidad son mucho más estables, pues dependen fundamentalmente de la estructura poblacional –con variables como la edad– que conlleva que se mantengan en niveles similares, con independencia de la situación económica⁹. En cambio, los relacionados con la asistencia social no solo no se reducen ante un contexto económico desfavorable sino que se incrementan notablemente dada su función paliativa de la carencia de recursos económicos. Por lo tanto, en contextos de recesión económica, el desequilibrio se acentúa al reducirse los ya de por sí insuficientes recursos financieros de las entidades sub-estatales, mientras que los gastos derivados de sus competencias aumentan.

Junto a estos desequilibrios verticales coexisten los denominados desequilibrios fiscales horizontales. Las disparidades fiscales interregionales surgen cuando algunas unidades sub-estatales no puedan ofrecer servicios públicos equiparables a niveles de presión fiscal similares¹⁰. Esta situación provoca que determinadas entidades regionales de un estado compuesto tengan que elevar su carga impositiva para poder financiar unos servicios públicos comparables a los ofrecidos por las otras unidades sub-estatales con las que comparten estado. El estado de ingresos y de gastos varía enormemente entre regiones en función de sus características internas, lo cual genera estos desequilibrios. La estructura demográfica, la dispersión poblacional, las características de los mercados de trabajo locales, el entorno físico y medioambiental o la existencia de recursos

⁸ BROWN (2008): 67-68.

⁹ AHN, ALONSO MESEGUER y HERCE SAN MIGUEL (2003): 15.

¹⁰ WATTS (2008): 104. BOADWAY y SHAH (2007): 17.

naturales son factores que afectan tanto al coste de proveer servicios a la población como a la capacidad del territorio en cuestión para generar ingresos.

Los desequilibrios fiscales existentes entre los diferentes niveles de gobierno, ya sean verticales u horizontales, contribuyen a avivar los conflictos secesionistas, configurándose hoy en día como uno de los pilares de reivindicación por parte de los movimientos independentistas, junto a la defensa de la lengua y la cultura. La canalización de estos conflictos encaminada a mejorar el acomodo de dichas comunidades requiere de diálogo intergubernamental entre los dos niveles con el objetivo de reducir los desequilibrios y reforzar el espacio común de convivencia. Con el fin de reducir estos desequilibrios la mayor parte de los estados compuestos, tanto federales como de naturaleza análoga, han adoptado sistemas tendentes a reducirlos y a paliar así los déficits de financiación de los que adolecen las unidades sub-estatales¹¹.

Los programas de redistribución pueden adoptar diversas modalidades, según el tipo de desequilibrio al que se dirijan. Los desequilibrios verticales suelen conllevar transferencias de recursos en forma de fiscalidad compartida o transferencias de fondos. Estas últimas pueden ser incondicionales o condicionadas al cumplimiento de determinados estándares fijados por el nivel que transfiere los fondos. Como se tratará posteriormente, la condicionalidad es uno de los elementos más conflictivos en los casos de acomodo de comunidades minoritarias. Para eliminar los desequilibrios horizontales se suele recurrir a medidas asistenciales hacia las unidades territoriales más desfavorecidas. Dichas medidas redistributivas pueden consistir en la transferencia de fondos federales o en la transferencia de fondos correspondientes a las unidades sub-estatales más desarrolladas a través de instituciones de control estatal.

Como se tratará a continuación, Canadá no es ajena estos fenómenos, los cuales se ven agudizados por una constitución de carácter antiguo que contiene una distribución de competencias en materia financiera pensada para un mundo radicalmente distintito al de hoy en día.

2. LA ASIMETRÍA CONSTITUCIONAL DESDE EL LADO DEL INGRESO

2.1. Modelo formal

La creación de la Confederación supuso la liquidación de las administraciones coloniales preexistentes y la unificación de los ingresos y deudas de estas. Con esta

¹¹ WATTS (1999c): 111-129.

finalidad, el artículo 10 de la Constitución de 1867 creaba un fondo consolidado en el que se integraban todas las rentas pertenecientes a las colonias, a excepción de aquellas que fueran expresamente atribuidas a los nuevos gobiernos provinciales¹². De la misma manera, el artículo 126 establecía un fondo consolidado para cada provincia en el que se integrarían las rentas procedentes de los poderes tributarios que le asignaba el texto constitucional, así como de las rentas que el gobierno federal estuviera obligado a transferir a las provincias¹³. Por su parte, los elevados niveles de deuda que habían contraído las colonias debido a las fuertes inversiones realizadas por estas en la construcción de obras públicas –como ferrocarriles y canales– pasaban a ser asumidos por el gobierno federal, quien, a su vez, recibía la titularidad de los activos conectados a dichas deudas¹⁴.

La asunción por parte de la federación de las abultadas deudas coloniales tuvo una influencia decisiva a la hora de configurar constitucionalmente la distribución de las fuentes de financiación, privilegiando al nivel federal sobre el provincial.

El artículo 91.3 atribuye a la federación la potestad de recaudar tributos bajo cualquier sistema impositivo y para cualquier fin¹⁵. Este título competencial supone la atribución al nivel federal de un poder general en materia tributaria, que se extiende a cualquier sistema impositivo, ya sea directo o indirecto¹⁶. La amplitud de este título no significa que el mismo sea ilimitado pues está sujeto a una serie de restricciones establecidas en el texto constitucional, las cuales obligan a que la aprobación de un impuesto se haga mediante una ley que debe originarse en los Comunes tras obtener un dictamen del *Governor in Council* (artículos 53 y 54 de la Constitución de 1867), y no puede afectar a tierras o propiedades del gobierno federal o las provincias (artículo 125)¹⁷. Junto a estas figuras de carácter impositivo o tributario, la federación también

¹² En la terminología propia del constitucionalismo de origen británico, el fondo consolidado hace referencia a la cuenta bancaria en el Banco Central donde se depositan todos los ingresos del gobierno federal con independencia de su naturaleza u origen.

¹³ El artículo 118, derogado en 1950, establecía unos subsidios anuales que debían ser pagados por la federación a las provincias con el fin de sostener financieramente la administración de estas, avanzando la posibilidad de que estas no generaran suficientes recursos para autofinanciarse.

¹⁴ Artículos 110 a 116 de la Constitución de 1867.

¹⁵ El Parlamento federal goza de absoluta discreción a la hora de decidir en qué gastar los recursos que recaude, no pudiendo entenderse limitado su campo de acción a fines federales como efecto corolario de la restricción del poder tributario provincial a fines provinciales. Este extremo fue confirmado por la Corte de Apelación de Alberta en *Winterhaven Stables Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1988), 53 *Dominion Law Reports (4th Series)* 413, siendo hasta la fecha el más alto tribunal en pronunciarse al respecto.

¹⁶ SCOTT (1977): 292. MAGNET (1978): 475.

¹⁷ Estas restricciones son igualmente aplicables a los poderes tributarios provinciales. Sobre el alcance de las mismas FERNÁNDEZ AMOR (1999): 51-55.

tiene la capacidad de financiarse mediante la emisión de deuda pública (artículo 91.A de la Constitución de 1867) o la contracción de créditos (art. 91.4).

En claro contraste con el poder general en materia tributaria asignado al gobierno federal, el título provincial en la materia (artículo 92.2) fue configurado de manera restrictiva bajo la siguiente fórmula: *direct taxation within the province in order to the raising of a revenue for provincial purposes*. Esta proposición nos permite identificar los tres rasgos característicos de la competencia provincial para establecer impuestos: deben ser directos, limitados al territorio de la provincia y su finalidad debe ser sufragar fines provinciales¹⁸.

Las provincias también gozan de competencias para establecer tasas, licencias y recargos a la luz del artículo 92.9 de la Constitución de 1867, siempre que estén destinadas a obtener recursos para fines provinciales. A pesar de que el precepto constitucional no restringe estas figuras a la imposición directa, la doctrina se inclina por entender que la misma debe serlo cuando su fin sea impositivo admitiendo las tasas indirectas cuando estas sean meramente regulatorias.¹⁹ Siguiendo esta línea, ha sido considerado como imposición directa, y por tanto bajo competencia provincial, la imposición de tasas o cánones por la explotación de recursos naturales de titularidad provincial o el establecimiento de recargos en las ventas de bienes y servicios ofertados comercialmente por las mismas, caso del alcohol, la electricidad o, más recientemente, el cannabis²⁰.

En relación con las tasas meramente regulatorias, estas pueden ser de naturaleza indirecta siempre que queden conectadas a un esquema legislativo basado en un título competencial provincial, al ser consideradas como accesorias al mismo. Así, ha sido confirmada por la jurisprudencia la constitucionalidad de tasas provinciales o municipales que gravaban la extracción de gravilla²¹ o de contribuciones especiales para

¹⁸ Esta limitación fue, desde los inicios de la Confederación, relativizada por el *Privy Council* quien en *James Dow and others v William T Black and others* (1875), L.R. 6 P.C. 272, [1875] UKPC 17 (P.C.), pp. 8-9 entendió válida la creación por parte de Nuevo Brunswick de un impuesto para financiar la construcción de un ferrocarril interprovincial, materia de competencia federal. Esta interpretación ha derivado en la irrelevancia de dicha precisión, aceptándose como fin provincial aquel que el Parlamento provincial estime oportuno.

¹⁹ LA FOREST (1981): 155-165.

²⁰ En el caso del cannabis el gobierno federal ha acordado la imposición de un impuesto federal cuya recaudación será dividida con las provincias, la cuales recibirán el 75% del mismo. Adicionalmente, las provincias que lo deseen pueden establecer sus propios impuestos. Este es el caso de Alberta, que ha anunciado un impuesto extra del diez por ciento para los productores.

²¹ *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371. El Tribunal fundamentó la validez de la norma provincial que autorizaba a los municipios a establecer la tasa en que la misma estaba destinada a mejorar el estado de las carreteras, por lo que su naturaleza era regulatoria y no impositiva.

financiar la construcción de instalaciones educativas²². Por lo tanto, el elemento decisivo para reputar como constitucional una tasa provincial indirecta es que el objetivo de esta sea en *pith and substance* regulatorio. Si, por el contrario, esta oculta la intención de recaudar fondos deberá ser considerada de naturaleza impositiva y, por tanto, *ultra vires* del Parlamento provincial²³.

El marco constitucional en materia tributaria ha permanecido invariable desde la creación de la Confederación, a excepción de una única modificación relativa a los recursos naturales. Esta reforma (art. 92A.4 de la Constitución de 1867), introducida en 1982²⁴, concede a las provincias capacidad tributaria para generar ingresos a través de cualquier sistema impositivo sobre los recursos naturales no renovables, el aprovechamiento forestal y la generación de energía eléctrica siempre que dichas actividades sean clasificadas como primarias²⁵. Tal como se detalló en el epígrafe relativo a las competencias provinciales, la inclusión de este precepto no supuso, en la práctica, otorgar a las provincias una nueva competencia en materia tributaria, sino la constitucionalización de un poder que previamente se venía ejerciendo indirectamente a través del artículo 109.

A diferencia del nivel federal, no existe una previsión expresa que les permita la emisión de deuda pública, aspecto que parece pretender evitar las bancarrotas surgidas en los gobiernos coloniales en los albores de la Confederación²⁶. Sin embargo, y de forma análoga al nivel federal, las provincias tienen capacidad constitucional para suscribir préstamos contra el tesoro público provincial (artículo 92.3), lo que unido al hecho de que no hay previsión alguna que les impida incurrir en déficits hace que en la práctica pueden endeudarse de manera similar al gobierno federal.

²² *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929.

²³ Así fue establecido por el Tribunal Supremo en *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, par. 20, al considerar que una tasa judicial de Ontario tenía naturaleza recaudatoria al ser la cantidad a pagar notablemente superior al coste efectivo del servicio.

²⁴ Este artículo fue introducido por el artículo 50 de la Constitución de 1982, el cual quedó automáticamente derogado tras entrar en vigor al agotar su finalidad, que no era otra que enmendar el texto de 1867 para crear un nuevo artículo 92A.

²⁵ El concepto de actividad primaria se encuentra recogido en el anexo sexto de la Constitución de 1867 siendo esta la recogida o aprovechamiento de un recurso tal como se encuentra en la naturaleza o mediante técnicas de transformación y refinado siempre que no suponga un producto transformado y derivado del petróleo o el gas licuado. El concepto de aprovechamiento forestal también se encuentra definido en el anexo, el cual estipula que se refiere a actividades de producción de serrín, astillas, postes o madera o pulpa de esta, quedando excluidos todos los productos derivados de la madera al no ser considerados producción primaria.

²⁶ Esta situación de bancarrota se reprodujo en el Dominio de Terranova a finales de los años 40, siendo decisiva para su entrada en la Confederación, siguiendo la voluntad del gobierno británico.

2.2. La naturaleza directa o indirecta del impuesto: una especificidad puramente canadiense

Como se ha visto, el rasgo distintivo de la competencia provincial en materia fiscal es la limitación de la capacidad tributaria a los impuestos directos. Por lo tanto, procede cuestionarnos qué se entiende en Canadá por imposición directa, así como las implicaciones de esta restricción, dado que la concepción de la misma en 1867 puede haber variado significativamente hasta nuestros días.

Desde los primeros años de la Confederación, la noción de imposición directa fue controvertida, siendo resuelta por el *Privy Council* en 1887. Los miembros de dicho tribunal optaron por acudir al pensamiento clásico de John Stuart MILL en búsqueda de un concepto que acabaría marcando el devenir de la interpretación constitucional en la materia²⁷. De esta forma, recogieron la definición acuñada por el pensador británico quien conceptualizó la imposición directa en contraste con la indirecta afirmando que:

*A direct tax is one which is demanded from the very persons who, it is intended or desired, should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another*²⁸.

Partiendo de la concepción de MILL, el *Privy Council* fundamentó su decisión en la tendencia general a la hora de aplicar el impuesto²⁹. Cuando la misma sea que el impuesto sea satisfecho por aquella persona que es gravada, el impuesto se reputará como directo, mientras que cuando quien satisfaga el pago del mismo sea diferente del sujeto gravado, el impuesto será concebido como indirecto. Esta concepción hace que el elemento decisivo para describir la naturaleza del impuesto sea la persona que satisfaga el mismo. Esta conceptualización servía a la realidad económica del S. XIX, cuando no existían gran variedad de impuestos y la imposición personal y al consumo eran contrarias a la mentalidad de la época. Sin embargo, los cambios tecnológicos, la globalización y las mayores necesidades financieras de los gobiernos debido al desarrollo del estado social han provocado la creación de impuestos que son difícilmente reconciliables con el marco teórico de MILL.

Piénsese por ejemplo en la traslación de la carga impositiva propia de los impuestos al consumo o de los de valor añadido. Atendiendo a los conceptos de MILL, si el impuesto puede trasladarse y ser satisfecho por un tercero que no es sobre el que recae, este debería ser considerado indirecto, lo cual lo sustraería de la esfera

²⁷ *The Bank of Toronto v Lambe (Quebec)* [1887] UKPC 29, pp. 5-6.

²⁸ MILL (1885): 551.

²⁹ *The Bank of Toronto v Lambe (Quebec)* [1887] UKPC 29, p. 5.

competencial provincial, dejándose en exclusiva al gobierno federal. Con el objetivo de evitar una reducción de las bases tributarias provinciales a la mínima expresión, la jurisprudencia ha restringido la trascendencia constitucional del traslado del impuesto, entendiendo como indirectos aquellos casos en los que el impuesto se traslada al consumidor final dentro del precio, suponiendo un incremento adicional de la cantidad que pagaría si no existiera el impuesto³⁰. En cambio, cuando el impuesto tiende a trasladarse al consumidor final como un coste más de producción no individualizable por unidad de bien, este se considera como imposición directa y, por tanto, entra dentro del radio de acción de las provincias³¹. Igualmente, en aquellas situaciones en las que el impuesto es satisfecho por el consumidor final, de manera que este no puede trasladar la carga a otro sujeto, el impuesto se considera como directo atendiendo al modelo de MILL, abriendo el campo de los impuestos al consumo y de valor añadido a las provincias³². También son directos los impuestos especiales sobre la producción de determinados bienes como el alcohol, los combustibles o el tabaco al ser estos de naturaleza análoga a aquellos sobre el consumo.

Siguiendo estos criterios, son directos los impuestos sobre la renta³³, tanto procedente del trabajo como de explotaciones económicas³⁴, los de sociedades³⁵ y los de patrimonio³⁶. De igual modo, el impuesto de sucesiones es directo siempre que grave

³⁰ Esta línea fue iniciada por el *Privy Council* en *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934, p. 938, al considerar como indirecto, y por tanto *ultra vires*, un impuesto establecido por la Columbia Británica que imponía un gravamen proporcional a la cantidad adquirida de gasóleo. En *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, el Tribunal Supremo continuó con esta interpretación al considerar que un impuesto proporcional a cada unidad, es decir, variable en función de la cantidad, debía ser considerado de naturaleza indirecta en su tendencia general debido a que este suele incorporarse directamente al precio al entrar al mercado (pp. 397-398).

³¹ En cambio, si este se trata de una tasa fija esta se considerará directa siguiendo el razonamiento del *Privy Council* en *The Bank of Toronto v Lambe (Quebec)* [1887] UKPC 29 (*Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371 p. 394).

³² *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, p. 1186.

³³ LA FOREST (1981): 101-103. En este sentido pronunció el Tribunal Supremo *Forbes v. The Attorney General of Manitoba / Worthington v. The Attorney General of Manitoba*, [1936] S.C.R. 40, p. 62, en una sentencia posteriormente confirmada por *Privy Council* en [1937] *Forbes v. The Attorney General of Manitoba* A.C. 860, p. 269.

³⁴ Los beneficios procedentes de una explotación minera fueron entendidos como objeto de imposición directa en *Newfoundland and Labrador Corporation Ltd. et al. v. Attorney General of Newfoundland*, [1982] 2 S.C.R. 260, p. 272 al entenderse que gravar una determinada parte de los ingresos del contribuyente no altera la naturaleza directa del gravamen.

³⁵ Los impuestos sobre los beneficios empresariales han sido considerados como imposición directa por la jurisprudencia tanto si adoptan la forma de un gravamen fijo (*Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney General for Ontario*, [1897] A.C. 231) como si son variables (*The Bank of Toronto v Lambe (Quebec)* [1887] UKPC 29).

³⁶ Entiéndase patrimonio en sentido amplio, incluidas las tierras y otros activos fijos (LA FOREST, 1981: 104-106). *C.P.R. v. A.G. for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231.

directamente al beneficiario de la herencia³⁷. Si, por el contrario, se grava la propiedad con indiferencia de su localización y del beneficiario, este impuesto es indirecto y, por consiguiente, solo está dentro de la esfera competencial del nivel federal.

La concepción de imposición directa, y la limitación de las provincias a este campo está estrechamente ligada a la restricción de los poderes tributarios provinciales al territorio de las mismas. Siguiendo el modelo teórico de MILL, en caso de permitir a las provincias intervenir en el campo de la imposición indirecta, la aplicación de la restricción territorial sería de difícil concreción, pues el impuesto podría ser fácilmente trasladable a sujetos que se encontraran en otras provincias. Por lo tanto, no es aventurado pensar que detrás de este diseño constitucional se encuentra la voluntad de los fundadores de evitar un problema de agencia, en el que un impuesto recayera sobre sujetos que carecían de capacidad política para decidir sobre el mismo, confinando la capacidad tributaria provincial aquellos impuestos que permanecerán íntegramente en el territorio de la provincia.

Por lo tanto, es importante recalcar que la distinción entre imposición directa e indirecta imperante en Canadá a efectos constitucionales es sustancialmente diferente de aquella que podemos encontrar en otros modelos como los EE.UU o la Unión Europea³⁸. Esta especificidad del modelo constitucional canadiense es producto de la combinación del carácter antiguo del texto constitucional con el pensamiento clásico de MILL, tan enraizado en la cultura británica del *Privy Council* y el contexto en el que actuaba³⁹. De nuevo, la evolución del modelo y la interpretación judicial han sido decisivos para reconciliar el diseño constitucional original y la marcada influencia de la tradición británica a la hora de interpretar el mismo, con un entorno económico que dista mucho del propio del S. XIX, posibilitando que las provincias gocen de acceso a

³⁷ *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co. et al.*, [1980] 2 S.C.R. 466, p. 472. La naturaleza directa de este impuesto se justifica en que el mismo no puede ser transmitido por el beneficiario de la herencia a otra persona. En cambio, cuando se grava a la masa patrimonial en su conjunto y no al heredero, este impuesto sí es susceptible de transmisión y, por tanto, es indirecto.

³⁸ PALERMO y KÖSSLER (2017): 214-215. En los EE.UU. la imposición directa se entiende referida a aquella que grava la propiedad o al individuo (*poll tax*) (*Fernandez v. Wiener*, 326 U.S. 340 (1945)) mientras que en la Unión Europea los impuestos de valor añadido se consideran como imposición indirecta, siendo la misma una competencia comunitaria como parte integrante del mercado interior, quedando regulada la misma al amparo de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006.

³⁹ El *Privy Council* justificó la adopción del marco teórico de MILL, el cual caracterizó como un *common understanding* siguiendo un criterio originalista de interpretación constitucional, dada la alta probabilidad, a su juicio, de que el mismo hubiera estado presente en el pensamiento de los Padres de la Confederación (*The Bank of Toronto v Lambe (Quebec)* [1887] UKPC 29, p. 6).

ciertas bases tributarias que les permitan financiar las competencias que tienen asignadas constitucionalmente.

2.3. La evolución del sistema: ¿una tendencia hacia la centralización?

Como se ha podido comprobar durante el análisis del sistema competencial, el diseño constitucional original no puede separarse de la práctica constitucional, pues esta es un elemento determinante para entender el funcionamiento del sistema en su conjunto y cómo este puede actuar como una fuerza integradora.

2.3.1. *La cesión voluntaria: los Wartime Tax Agreements*

En los inicios de la Confederación las provincias dependían totalmente de las transferencias que recibían del gobierno federal para poder ejercer sus competencias, pues en torno al 80% de los recursos financieros se derivaban de los aranceles y derechos de aduana, los cuales son de competencia exclusiva federal⁴⁰. Estos impuestos, que gravan tanto la importación como la exportación de bienes y servicios, fueron expresamente transferidos por las provincias al gobierno federal con la creación de la Confederación, tal como quedó recogido en el artículo 122 de la Constitución de 1867. Sin embargo, este precepto agotó su vigencia una vez puesto en marcha el acuerdo federal. A pesar de ser una materia con íntima relación con la cláusula *trade and commerce*, tal como se vio en el bloque relativo al sistema competencial, el alcance de la misma queda limitado a la regulación del comercio internacional, derivándose la competencia impositiva para el cobro de los mismos del poder general tributario del artículo 91.3⁴¹.

Este periodo inicial se caracterizó por una constante lucha entre las provincias y el gobierno federal para obtener mayores transferencias de recursos con los que poder ejercer su autonomía, una técnica que no era habitual en otros estados federales⁴². Con el paso de los años, y ante la necesidad de obtener recursos con los que financiar sus competencias, las provincias fueron ampliando sus bases tributarias creando nuevos impuestos, sobre la venta de alcohol o la matriculación de automóviles al amparo del poder provincial para establecer tasas y licencias (artículo 92.9). La naturaleza de estos

⁴⁰ NOËL (2009): 279.

⁴¹ La posibilidad de que la competencia en materia de aduanas esté comprendida dentro de la cláusula *trade and commerce* fue apuntada en *The Attorney General of British Columbia v. The Attorney General of Canada*, [1924] A.C. 222, sin que finalmente cristalizara dicha postura.

⁴² RUGGERI (2005): 88-89.

tributos hace que estén íntimamente ligados con el ciclo económico, lo que provocó una abrupta caída de los ingresos provinciales durante la Gran Depresión. Esta situación, unida al corolario aumento de los gastos debido a la mala situación económica, redujo la capacidad financiera de las provincias, aumentando su dependencia de las transferencias del gobierno federal, aspecto que conllevó una reducción de su autonomía política al no tener recursos con los que ejercer sus competencias.

Con el estallido de la Segunda Guerra Mundial y el consiguiente incremento del gasto militar, las necesidades financieras del gobierno federal aumentaron. Ante esta acuciante necesidad de recursos, las provincias y las entidades municipales aceptaron ceder su parte de los impuestos societarios y sobre la renta al gobierno federal⁴³. Esta idea no era nueva, pues la Comisión Rowell-Sirois ya había recomendado en 1941 que las provincias se retiraran de los campos tributarios de sucesiones, sociedades e impuesto sobre la renta para que estos fueran asumidos por el gobierno federal con el fin de alcanzar una mejor unión económica, combatir el desempleo y reducir la abultada deuda provincial⁴⁴.

De esta manera, mediante los *Wartime Tax Agreements*, las provincias abandonaban su capacidad constitucional de establecer impuestos directos a favor del gobierno federal, recibiendo a cambio unos pagos compensatorios por parte del mismo⁴⁵. Los pagos establecidos en este sistema tenían la intención de garantizar la estabilidad financiera de las provincias durante estos años, asegurando un nivel de ingresos igual al obtenido en 1940 por los tributos renunciados a favor del gobierno federal, así como una compensación por los ingresos derivados de la venta de alcohol y gasolina, en caso de que estos se redujeran debido al racionamiento impuesto por el gobierno federal⁴⁶.

Las modificaciones iniciadas en 1941 supusieron un impulso centralizador en la dinámica tributaria de la federación. Las cesiones tributarias contenidas en los *Wartime Tax Agreements* se materializaron mediante una ley federal en la que se plasmaba jurídicamente el acuerdo al que habían llegado las provincias con el gobierno federal⁴⁷. Dicha ley estaba limitada en el tiempo, puesto que el acuerdo inicial tenía una duración

⁴³ KRAFT (1943): 91-97.

⁴⁴ *Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* pp. 111-121.

⁴⁵ HARVEY PERRY (1956): 3.

⁴⁶ Este sistema coexistía junto con otro que compensaba a las provincias en función de los intereses de su deuda, pero que únicamente fue elegido por Saskatchewan y las Provincias Marítimas. Alberta optó por este sistema en 1945 al serle más favorable que el otro para dicho ejercicio fiscal.

⁴⁷ *Dominion-Provincial Agreement: An Act to authorize and implement an Agreement between the Dominion and the Provinces*. 5 & 6 Geo. 6. Chap. 7. 1941-42.

prevista de 6 años –entre 1941 y 1946, ampliándose hasta septiembre de 1947 para algunos impuestos societarios– tras los cuales el gobierno federal reduciría su acción, dejando margen a las provincias para volver a ocupar estos campos tributarios⁴⁸. Esta limitación temporal dejaba patente la transitoriedad de la medida ante una situación excepcional como era la causada por el conflicto bélico en Europa, y obligaba a una nueva formulación legal en el caso de que se quisiera prorrogar la cesión tributaria al gobierno federal.

2.3.2. *La homogeneización del modelo impositivo y la reafirmación de la autonomía de Quebec*

Una vez finalizada la contienda, el gobierno federal manifestó su intención de mantener el sistema de cesión de impuestos acordado. Tras varias rondas de negociaciones, este llegó a un acuerdo con todas las provincias, a excepción de Ontario y Quebec, firmándose los *Tax Rental Agreements*⁴⁹. Gracias a estos acuerdos, el gobierno federal mantenía la titularidad de los tributos cedidos durante la guerra a cambio de una serie de pagos per cápita en base a la población de 1942 junto al 50% de lo correspondiente a cada provincia en función de los *Wartime Tax Agreements*. Los subsidios especiales que algunas provincias gozaban por ley se mantenían inalterables y serían percibidos por las mismas pese a la intención inicial del gobierno federal de suprimirlos al aprobarse la cesión de tributos de un orden de gobierno a otro⁵⁰. Mediante dichos acuerdos, el gobierno federal se apropiaba de la totalidad del impuesto sobre la renta y del de sucesiones, así como de la mayoría del de sociedades. Únicamente el 5% de este último se mantenía en la esfera de las provincias si bien sometido a una legislación común y recaudado y administrado por el gobierno federal.

Las provincias de Quebec y Ontario optaron por un camino diametralmente distinto. Las dos provincias del Canadá central se negaron a firmar un nuevo acuerdo de cesión con el gobierno federal y, una vez finalizaron totalmente los *Wartime Tax Agreements* en 1947, recobraron su plena autonomía fiscal en estos campos impositivos. Ambas provincias decidieron establecer sus propios impuestos, los cuales divergían con los fijados por el gobierno federal en las otras provincias⁵¹. De esta manera, se volvían a

⁴⁸ MILTON MOORE y HARVEY PERRY (1953): 25.

⁴⁹ BURNS (1980) nos ofrece un recuento histórico de este periodo y de cómo se forjaron dichos acuerdos.

⁵⁰ *Ibid.* 28-34.

⁵¹ Inicialmente ambas provincias fijaron un tributo del 7% sobre el impuesto de sociedades, que una vez corregido por el tipo efectivo suponía una tributación superior en un 3,5% a la del resto de provincias.

producir divergencias interprovinciales en la carga fiscal. Con la vuelta de Ontario al sistema de cesión en 1952, si bien retuvo sus competencias sobre el impuesto de sucesiones, únicamente la provincia de Quebec mantenía su total autonomía en los campos tributarios constitucionalmente asignados. Dicho proceso fue completado por la provincia francófona en 1954 con la introducción de un impuesto sobre la renta siguiendo las recomendaciones de la Comisión Tremblay⁵².

Los acuerdos de cesión de impuestos volvieron a renovarse en 1957 con algunas modificaciones que aumentaban el margen de actuación de los gobiernos provinciales. El cambio más relevante fue el que permitía a las provincias recaudar sus propios impuestos en lugar de cederlos completamente al gobierno federal⁵³. El procedimiento consistía en una reducción del impuesto federal en la misma cuantía que el impuesto provincial que se establecía, de manera que la carga impositiva se mantuviera constante. Por lo tanto, se compartía el espacio fiscal entre los dos órdenes de gobierno, manteniéndose la recaudación en manos de un organismo federal que posteriormente transfería a la provincia en cuestión la cantidad que le correspondía. De nuevo, la homogeneización del sistema fue la tónica dominante, con ocho provincias cediendo los tres impuestos principales (renta, sucesiones y sociedades) al gobierno federal. Por su parte, Ontario únicamente cedió el impuesto sobre la renta, mientras que Quebec volvió a reafirmar su autonomía rechazando ceder tributo alguno al gobierno federal en línea con los planteamientos autonomistas que darían lugar a la Revolución Tranquila.

El acuerdo de 1957 contenía otra innovación importante, el establecimiento del programa de nivelación, sobre el que se discutirá más adelante, con el objetivo de que todas las provincias tuvieran una recaudación per cápita similar que les permitiera prestar servicios públicos comparables a niveles similares de presión fiscal⁵⁴. Esta fórmula compensatoria era de aplicación con independencia de que la provincia en cuestión participara, o no, en los *Tax Rental Agreements*. Estos acuerdos de cesión llegaron a su fin en 1962, siendo sustituidos por los *Tax Collection Agreements*. Dichos acuerdos materializaron la recuperación por parte de las provincias de su capacidad normativa para imponer sus propios tributos directos y determinar sus propios tipos, ocupando el espacio tributario que dejó el gobierno federal al reducir los suyos. Los *Tax*

⁵² *Loi assurant à la province les revenus nécessités par ses développements*, 2-3 Elizabeth II, c. 17 ; KWAVNICK (1973): 150-151.

⁵³ RUGGERI (2005): 103-105.

⁵⁴ DAVENPORT (1982): 116. *Federal-Provincial Tax-Sharing Arrangements Act, 1956*, 4 & 5 Eliz. 2, ch. 29.

Collection Agreements posibilitaron la actuación del gobierno federal como recaudador de los impuestos establecidos por las provincias de manera que el contribuyente solo tuviese que realizar una declaración. Esta posibilidad ha sido aprovechada por la mayor parte de los gobiernos provinciales, quienes se ahorran el coste de poner en marcha un sistema propio. De nuevo, Quebec optó por mantenerse fuera del sistema común, contando con su propia agencia, *Revenu Québec*, para encargarse de la recaudación.

2.3.3. *El sistema en la actualidad: la cooperación como nota dominante*

El análisis de los sucesivos acuerdos de cesión y colaboración tributaria nos muestra cómo, con el paso del tiempo, algunas provincias han ido divergiendo del modelo común hacia sus propios esquemas, ejercitando la autonomía en el campo fiscal que le es reconocida por la Constitución.

La cooperación entre gobiernos, canalizada a través del sistema de relaciones intergubernamentales, ha posibilitado que determinadas provincias hayan podido configurar su propio sistema tributario en coordinación con el gobierno federal. Esta coordinación ha permitido a las provincias ejercer su autonomía constitucional de la manera que han considerado más adecuada para sus intereses⁵⁵. Quebec ha optado por mantenerse al margen de cualquier acuerdo de cesión con el gobierno federal más allá del producido durante la Segunda Guerra Mundial, siendo la única provincia que establece y recauda todos sus impuestos. Siguiendo la estela de la provincia francófona, Ontario y Alberta han establecido sus propias agencias de recaudación para el impuesto de sociedades, rechazando formar parte del programa de recaudación federal, como sí lo hacen para el impuesto sobre la renta. El hecho de que estas provincias se hayan apartado del sistema común tiene especial trascendencia dado el gran peso poblacional de Ontario en la federación, así como la gran cantidad de recursos naturales existente en Alberta. La recuperación en 1962 de la capacidad provincial para ejercer su autonomía fiscal también provocó la existencia hasta 2015 de un sistema de tributación personal en Alberta totalmente diferente al del resto de la federación, dado que hasta dicha fecha imperaba un sistema de tipo único del 10% sobre los ingresos, mientras que en el resto de la federación se aplicaban tipos progresivos⁵⁶.

Esta disparidad entre las diferentes provincias que conforman Canadá es consustancial al modelo federal. La unión en la diversidad es una de las características

⁵⁵ KRESS (2018): 293.

⁵⁶ MILLIGAN y SMART (2015): 675.

intrínsecas del federalismo y la interrelación tributaria así lo pone de manifiesto⁵⁷. Como ya se ha reiterado, para que una entidad sub-estatal pueda ejercer con autonomía las competencias que se encuentran dentro de su esfera jurisdiccional es necesario que disponga de los recursos financieros para ello. La experiencia histórica canadiense demuestra que la falta de financiación ha llevado a las provincias a desprenderse de parte de su soberanía, caso del seguro de desempleo, o a cederla temporalmente al otro nivel de gobierno, a cambio de unos pagos fijos para reducir su exposición a las vicisitudes del ciclo económico, dada la naturaleza de los campos tributarios de los que disponían en aquel momento las mismas.

Por lo tanto, era necesario buscar soluciones a este problema para evitar una progresiva recentralización basada en las circunstancias económico-financieras. El cambio producido tras la Conferencia intergubernamental de 1962 supuso una revolución en la estructura impositiva provincial, permitiendo adaptarla a sus necesidades sin tener que renunciar a colaborar con el gobierno federal. La canalización del problema de disponibilidad de recursos financieros a través de las relaciones intergubernamentales ha permitido a Canadá aumentar la seguridad financiera de las provincias sin menoscabar la autonomía de las mismas, a la vez que posibilita la cooperación con el gobierno federal. Este proceso de aumento de la autonomía tributaria, unida a la creación de nuevos impuestos, ha permitido reducir el desequilibrio fiscal que existía en Canadá desde los inicios de la Confederación entre lo recaudado por las provincias y lo recaudado por la federación, gozando las mismas de uno de los mayores niveles de descentralización fiscal en términos comparados⁵⁸.

La cooperación entre los dos niveles de gobierno en relación con el sistema tributario también está presente en el campo de los impuestos sobre el consumo. Basándose en su poder general tributario, el gobierno de MULRONEY introdujo en 1989 un impuesto de bienes y servicios (GST), el cual generó gran polémica en Canadá, obligando al Primer Ministro a nombrar senadores adicionales para sortear el bloqueo liberal en la Cámara Alta a la ley que aprobaba dicho tributo, como ya se ha mencionado. La posibilidad de que las provincias pudieran adoptar este tipo de impuestos al consumo fue validada en diversos pronunciamientos del *Privy Council*, siempre que los mismos tuvieran naturaleza directa gravando al comprador o al

⁵⁷ TARLTON (1965): 869-870.

⁵⁸ Los datos recopilados por WATTS (1999c): 52-53 y (2008): 100-108 muestran como el nivel de descentralización fiscal se ha mantenido prácticamente constante desde mediados de los años 80, aumentando ligeramente a favor de las provincias.

consumidor final⁵⁹. Como ya se ha visto, dada la limitación constitucional en relación a los impuestos directos, las provincias no pueden introducir un impuesto sobre la venta que tenga naturaleza indirecta, por lo que tienen que recurrir a un impuesto sobre la venta que recaiga directamente sobre el comprador. En consecuencia, el establecimiento de un impuesto a la venta que recaiga sobre el comprador se reputa como imposición directa y, por tanto, bajo jurisdicción provincial al cumplir los requisitos del artículo 92.2 de la Constitución de 1867.

Así pues, en este campo tributario coexisten dos impuestos de naturaleza análoga, pero de titularidad competencial diferente, estando obligado el consumidor final a satisfacer la suma del tributo federal y del provincial. De nuevo, vuelve a evidenciarse la necesidad de cooperación e interrelación entre los dos niveles de gobierno para alcanzar resultados eficientes en términos económicos. Tras su introducción en 1989, el gobierno federal ha mantenido el GST vigente, si bien ha ido variando el tipo porcentual, que se sitúa actualmente en el 5%⁶⁰. Si observamos el proceder de los gobiernos provinciales, se evidencia, de nuevo, la amplia diversidad de políticas que es característica del modelo federal. Todas las provincias, a excepción de Alberta y los territorios, han recurrido a este tributo para obtener ingresos con los que financiar sus competencias⁶¹. Sin embargo, su naturaleza, tipo impositivo y forma de recaudación difiere ampliamente entre provincias. En función de su naturaleza coexisten tres modalidades del mismo impuesto. La Columbia Británica, Manitoba y Saskatchewan tienen un impuesto de ventas provincial (PST, *Provincial Sale Tax*) que grava los bienes en función de la normativa provincial y que es recaudado por la entidad provincial competente⁶². En cambio, las Provincias Marítimas, Terranova y Ontario han optado por un sistema de colaboración con el gobierno federal que ha dado lugar a un impuesto armonizado que une el tributo federal con el provincial denominado HST, *Harmonized Sales Tax*. La creación de este impuesto fue posible gracias al *Comprehensive Integrated Tax Coordination Agreement* firmado en 1996 por Nueva Escocia, Nuevo Brunswick y Terranova y Labrador con el gobierno federal para

⁵⁹ En los casos *A.G. British Columbia v. Canadian Pacific Railway* (1927) y *A.G. British Columbia v. Kingcombe Navigation Co.* (1933) el *Privy Council* perfiló la diferencia entre un tipo y otro de impuesto y su consiguiente encuadramiento competencial.

⁶⁰ Existen algunos bienes como los alimentos o los productos de higiene íntima femenina a los que se aplican un tipo cero.

⁶¹ Tanto en Alberta como en los tres territorios no existe un impuesto provincial sobre el consumo, por lo que únicamente se aplica el 5% federal correspondiente al GST. En la provincia de Alberta sí que existe un impuesto especial del 4% que grava las habitaciones de hotel, aplicable junto al GST.

⁶² En Manitoba este impuesto se denomina RST, *Retail Sale Tax*.

integrar el impuesto provincial y federal sobre el consumo, los cuales han sido actualizados en diversas ocasiones⁶³.

Este acuerdo multilateral, cuya implementación comenzó al año siguiente de su firma, constituye otro ejemplo de estrecha colaboración entre los dos órdenes de gobierno gracias al sistema de relaciones intergubernamentales. El objetivo del mismo era conseguir una mejor unión económica y una mayor eficiencia a la hora de ejercer la potestad tributaria para poder prestar mejores servicios a la población. Mediante este esquema integrado, el gobierno federal recauda a través de una agencia federal, la *Canada Revenue Agency*, no solo el impuesto federal, sino que también lo hace con el provincial, quedando sujetos ambos a la misma normativa. Esta sujeción a una normativa común ha generado polémica debido al cambio de base impositiva del PST con respecto al HST, con la consiguiente subida del precio a pagar por parte del consumidor⁶⁴. Las provincias participantes conservan la capacidad de determinar el tipo impositivo provincial, el cual sumado al federal es el que se aplica al consumidor final en forma de un impuesto único sobre el valor añadido. Esta aplicación conjunta supone una reducción de los costes burocráticos dada la consiguiente simplificación administrativa, así como el hecho de que sea una agencia federal la que recaude el mismo. Tras sucesivas negociaciones con el gobierno federal, se alcanzaron acuerdos bilaterales que permitieron ampliar el sistema de impuesto integrado a Ontario y a la Isla del Príncipe Eduardo en 2010 y 2013, respectivamente⁶⁵. La Columbia Británica también lo hizo, pero finalmente volvió en 2013 al sistema de PST tras un referéndum⁶⁶.

En otra muestra de la voluntad de Quebec de reforzar su autogobierno y reafirmar su carácter distintivo, la provincia francófona ha optado por un modelo propio y singular en el campo de la imposición al consumo. Quebec es la única provincia que cuenta con un impuesto de valor añadido provincial, la *Taxe de vente du Québec* (TVQ). La transformación del impuesto de venta provincial en un impuesto de valor añadido generó alguna controversia jurídica sobre si el mismo podía considerarse un impuesto

⁶³ Estos acuerdos pueden consultarse para NE, NB, TN en https://www.novascotia.ca/finance/site-finance/media/finance/taxation/Canada-NS_CITCA_2010-04-01.pdf, <http://www2.gnb.ca/content/gnb/en/departments/finance/taxes/hst.html> y http://www.fin.gov.nl.ca/fin/tax_programs_incentives/personal/CITCA.pdf, respectivamente.

⁶⁴ MURREL y YU (2000): 453.

⁶⁵ Los acuerdos concluidos con Ontario y la Isla del Príncipe Eduardo pueden consultarse en <https://www.fin.gov.on.ca/en/publications/2009/citca.pdf> y https://www.princeedwardisland.ca/sites/default/files/publications/hst_citca_e.pdf, respectivamente.

⁶⁶ Durante el verano de 2011 el gobierno de la Columbia Británica consultó a sus ciudadanos sobre la posibilidad de sustituir el HST por un sistema de PST + GST, siendo esta la opción ganadora con alrededor del 55% de los votos.

directo o si, por el contrario, su naturaleza era la de un tributo indirecto. La cuestión fue dirimida por el Tribunal Supremo en el *Reference re Quebec Sales Tax*, el cual consideró que la forma impositiva del valor de añadido es una forma de recaudación sin que ello suponga la aplicación del impuesto en los diferentes estadios de la cadena de valor⁶⁷. El destinatario final del impuesto es el consumidor, actuando los intermediarios como recaudadores sin que estos soporten la carga tributaria ni la transmitan con la venta. Así pues, la naturaleza del tributo se mantiene invariable y, para el Tribunal, estamos ante una forma de imposición directa susceptible de implementación por parte de un gobierno provincial⁶⁸. A lo largo del tiempo Quebec ha optado por dos sistemas de tributación diferentes. Inicialmente el impuesto provincial se aplicaba sobre el precio del bien una vez aplicado el impuesto federal, de manera que un TVQ del 9,5% suponía un tipo efectivo del 9,975%. En 2013 este sistema fue sustituido por el mismo imperante en el resto de provincias situándose el tipo del TVQ en el 9,975, resultando en un tipo combinado para el consumidor del 14,975%.

La recaudación de ambos impuestos, tanto el federal como el provincial, la realiza la agencia provincial *Revenu Québec*, la cual posteriormente remite al gobierno federal la cantidad correspondiente al GST. La decisión de Quebec de ejercer el más amplio grado posible de autonomía tributaria no debe ser entendida como una falta de interrelación y/o cooperación con el gobierno federal. Indudablemente, la existencia de un sistema tributario propio sin intervención federal en la provincia francófona reduce la necesidad de diálogo con el otro nivel de gobierno en la materia, sin que esto suponga un federalismo de compartimientos estancos en materia fiscal. Sin embargo, la cooperación entre gobiernos sigue siendo nota característica del sistema. Así, Quebec y el gobierno federal han negociado acuerdos con el objetivo de que la base fiscal de ambos impuestos sea homogénea y así conseguir una unión económica más fuerte⁶⁹. El último de estos acuerdos⁷⁰, concluido en 2011, contiene una previsión, el artículo 1, estipulando que nada de lo dispuesto en el mismo supone un acuerdo relacionado con el artículo 8.3.1 de la *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act*⁷¹. Es decir, que dicha cooperación no constituye cesión o armonización alguna del impuesto provincial al

⁶⁷ *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715, p. 730.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 732-733.

⁶⁹ Este ha sido el caso del CITCA que se puede consultar en http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/Autres/en/AUTEN_Tax-agreement.pdf

⁷⁰ *Memorandum of Agreement Regarding Sales Tax Harmonization with a View to Concluding a Canada-Quebec Comprehensive Integrated Tax Coordination Agreement*. Disponible en http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/Communiqués/en/COMEN_20110930-memorandum.pdf

⁷¹ *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act* (R.S.C., 1985, c. F-8)

gobierno federal, reafirmando la plena soberanía constitucional en materia tributaria de la provincia francófona. Además, la cláusula 25 recalca que el CITCA concluido con Quebec es diferente al del resto de provincias por lo que no le son de aplicación los mismos criterios que a estas, consagrando la especificidad de Quebec en la materia.

El análisis del modelo formal de distribución de las bases tributarias, así como de la evolución e interpretación del mismo, nos muestra un proceso de progresiva ganancia de autonomía en materia tributaria por parte de los gobiernos provinciales, siendo esta especialmente acusada en el caso de Quebec, desde los orígenes de la Confederación en 1867 hasta situarse en las más altas cotas en términos comparados⁷². Dicha ampliación se ha fundamentado en la menor dependencia provincial de las transferencias federales gracias a su capacidad para generar ingresos propios. Aun así, queda patente la existencia de una asimetría constitucional desde el lado del ingreso a favor del gobierno federal, dado que este puede recaudar tributos por cualquier medio impositivo, mientras que el nivel provincial se encuentra constreñido a la imposición directa dentro de la provincia. La interpretación que los tribunales han dado al concepto de imposición directa ha matizado esta asimetría, permitiendo ampliar las bases tributarias de las provincias a gravámenes que, dada su naturaleza, son entendidos como indirectos en términos estrictamente fiscales. Pese a ello, la repartición del espacio tributario entre los dos niveles de gobierno y la negativa federal a ceder la recaudación de algunos tributos continúa favoreciendo la existencia de un desequilibrio vertical que resulta en una infrafinanciación de las provincias con respecto al coste de las competencias que estas tienen asignadas constitucionalmente⁷³.

2.4. Las consecuencias de la asimetría: el desequilibrio vertical

La noción de desequilibrio fiscal vertical es inherente a los sistemas federales debido a la frecuente falta de equilibrio existente entre la descentralización de las bases tributarias y la de las competencias de gasto, el cual suele resultar en una mayor centralización de la capacidad recaudatoria con respecto a la de gasto. En términos genéricos, el desequilibrio fiscal vertical puede ser definido, tal como hacen BOADWAY

⁷² AMBROSANIO, BALDUZZI, y PEITI (2018): 124-125

⁷³ Debe resaltarse que aunque es posible ceder la recaudación, bien transfiriendo el dinero a las provincias o rebajando el impuesto federal para que dicho espacio tributario sea ocupado por estas, la delegación del poder tributario federal no es posible dado que la creación de impuestos debe ser hecha mediante ley tal como se ha reseñado y, además, ello supondría una alteración del sistema de división de competencias. En cambio, no hay obstáculos desde el punto de vista constitucional a la delegación del poder regulatorio del impuesto una vez el mismo ha sido establecido legalmente por el nivel federal. Sobre la delegación legislativa en Canadá vid. LA FOREST (1975): 130-147 y la jurisprudencia ya citada al respecto.

y SHAH como la diferencia entre los ingresos y las necesidades de gasto de las unidades sub-estatales⁷⁴.

Como no podía ser de otra manera, el fenómeno del desequilibrio vertical ha estado presente en la dinámica federal canadiense desde su creación. Aunque el mismo ha sido una figura frecuentemente invocada en el plano político, especialmente por las provincias⁷⁵, la mera existencia de este fenómeno ha sido tradicionalmente rechazada por el gobierno federal hasta el punto de ser calificada por DION, en su etapa como Ministro de Relaciones Intergubernamentales, como un mito⁷⁶, pese a que se ha discutido sobre la misma en varias Conferencias de Primeros Ministros⁷⁷. El reconocimiento federal de su existencia y de las implicaciones que conlleva para la práctica federal canadiense no se produjo hasta la llegada de HARPER, siendo su gobierno el primero en aceptar la existencia del mismo⁷⁸. Esta controversia ha dificultado su conceptualización en el plano interno, siendo difícil elaborar un concepto conciso debido a lo complejo del fenómeno que describe y a la falta de acuerdo sobre el mismo⁷⁹.

La mejor conceptualización puramente canadiense del fenómeno del desequilibrio fiscal vertical es la que realizó la Comisión Séguin en 2001. Esta comisión, creada por el Primer Ministro de Quebec LANDRY, venía a retomar parte de la labor realizada por la Comisión Tremblay con el fin de identificar y analizar las causas del desequilibrio fiscal existente entre Quebec y el gobierno federal para, subsiguientemente, evaluar las consecuencias de este y proponer soluciones al mismo⁸⁰.

⁷⁴ BOADWAY y SHAH (2007): 293.

⁷⁵ Los gobiernos provinciales han llevado la iniciativa a la hora de reivindicar la necesidad de poner fin a este desequilibrio, llegando a crear en 2005 el *Council of the Federation Advisory Panel on Fiscal Imbalance* con el objetivo de buscar soluciones al mismo dentro del Consejo de la Federación.

⁷⁶ DION (2005b): 168. Además, es de interés consultar el documento titulado "*The Fiscal Balance in Canada: The Facts*" editado por el gobierno federal en 2002 donde se negaba la existencia de un desequilibrio vertical estructural, reduciendo cualquier déficit coyuntural a una mala gestión de las competencias a su alcance por parte de las provincias.

⁷⁷ La idea del desequilibrio fiscal fue discutida por primera vez en la Conferencia de Primeros Ministros de agosto de 1999. Posteriormente, este asunto ha sido incluido de manera regular en la agenda de las siguientes conferencias a petición de los ejecutivos provinciales.

⁷⁸ En el Discurso del Trono celebrado el 4 de abril de 2006 el Primer Ministro se comprometió a trabajar en este asunto al afirmar que "*This new government will take a new approach. It is committed to building a better federation in which governments come together to help Canadians realize their potential. To this end, the Government will respond to concerns about the fiscal imbalance and will work to ensure fiscal arrangements in which all governments have access to the resources they need to meet their responsibilities*"

⁷⁹ LAZAR (2008a): 53.

⁸⁰ *Order-in-council no 533-2001 concerning the constitution of the Commission on Fiscal Imbalance* de 9 de mayo de 2001.

En sus trabajos, la Comisión definió las pautas para determinar la existencia de un desequilibrio fiscal, circunstancia que estimó en aquellas situaciones donde concurren algunos de los siguientes factores:

- La diferencia entre los ingresos propios y los gastos derivados de las competencias asignadas constitucionalmente a un nivel de gobierno es negativa, de manera que carece de recursos tributarios suficientes para financiarlas.
- En el caso de que dicha diferencia se compense con transferencias del nivel federal, existe un desequilibrio si estas, debido a su naturaleza o diseño, suponen una reducción de la autonomía constitucionalmente asignada.
- Finalmente, también se produce un desequilibrio si el nivel federal interviene directamente en la esfera competencial provincial haciendo uso del poder de gasto⁸¹.

Siguiendo las líneas maestras esbozadas por la Comisión Séguin, pasaremos a centrarnos en la primera de las condiciones, pues las otras dos serán tratadas más adelante. Así, procede determinar si la asimetría constitucional en el ingreso va más allá del plano teórico y se refleja también en datos fácticos en el plano económico. Ello se hará calculando cuánto suponen las transferencias federales sobre el total de ingresos provinciales, así como si sería posible financiar los niveles de gasto actuales con los ingresos propios que estas recaudan.

En la siguiente tabla observamos el cuadro general de financiación de los gobiernos provinciales y territoriales en porcentaje al total de ingresos (columnas segunda y tercera), así como el porcentaje del gasto provincial que podría financiarse exclusivamente con los ingresos propios de dichos gobiernos (cuarta columna).

Provincia/ Territorio	Ingresos propios	Transferencias federales⁸²	Gasto financiable con ingresos propios
Alberta	81,18%	18,82%	64,72%
Columbia Británica	84,13%	15,87%	88,86%
Isla del Príncipe Eduardo	63,33%	36,67%	62,87%
Manitoba	73,68%	26,32%	69,79%

⁸¹ Comisión Séguin, p. 16.

⁸² Incluye transferencias federales de todo tipo, tanto condicionadas como incondicionadas, así como el programa de nivelación y cualquier acuerdo especial de transferencia de fondos.

Nueva Escocia	65,82%	34,18%	64,04%
Nuevo Brunswick	64,66%	35,34%	63,01%
Ontario	82,56%	17,44%	81,98%
Quebec	80,00%	20,00%	81,91%
Saskatchewan	78,31%	21,69%	71,89%
Terranova y Labrador	83,28%	16,72%	72,57%
Yukón	24,20%	75,80%	24,04%
Nunavut	10,72%	89,28%	10,80%
Territorios del Noroeste	23,78%	76,22%	25,52%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Finanzas para el ejercicio fiscal 2016-2017⁸³.

Estos datos nos muestran cómo las transferencias federales continúan siendo una fuente importante de ingresos para las provincias sin las que no podrían sostener los niveles de gasto actuales. De esta manera, podemos observar cómo los ingresos por transferencias federales suponen más de un tercio, en torno al 35%, de los recursos financieros de los que disponen las Provincias Marítimas. Otras como Alberta, Saskatchewan o Quebec obtienen un quinto de sus ingresos de programas federales, mientras que esta cantidad se reduce a una horquilla del 15-16% en el caso de Manitoba, Ontario, la Columbia Británica y Terranova y Labrador. Por su parte, los territorios, cuya capacidad tributaria es muy reducida, pues carecen de los poderes asignados constitucionalmente a las provincias, dependen totalmente del gobierno federal pues las transferencias suponen tres cuartas partes de los ingresos de estos en el Yukón y los Territorios del Noroeste, aumentando hasta el 90% en el caso de Nunavut. No es de extrañar que las provincias menos aventajadas económicamente, caso de las Provincias Marítimas y, en menor medida, Quebec y Saskatchewan, sean aquellas que más dependen de las transferencias federales, pues su capacidad para generar ingresos propios es menor.

La cuarta columna muestra la cantidad del gasto provincial que podría financiarse con los ingresos propios de las provincias en ausencia de transferencias federales. Estos datos constatan la imposibilidad que tendrían las provincias para autofinanciarse en las circunstancias actuales dado que un porcentaje importante de sus ingresos depende de las transferencias de fondos realizadas por el gobierno federal. En ausencia de transferencias, las provincias no podrían mantener sus niveles actuales de gasto, lo cual se traduciría en una reducción de los servicios públicos e incluso podría

⁸³ Datos disponibles en <https://www.fin.gc.ca/frt-trf/2017/frt-trf-17-eng.asp>

llegar a obligar a las provincias a transferir alguna competencia al gobierno federal, dada la imposibilidad de ejercerla al carecer de recursos financieros con los que ejercitarla, como sucedió con el seguro de desempleo.

A la vista de los datos, es posible afirmar la existencia en Canadá de un desequilibrio fiscal, en los términos definidos por la Comisión Séguin, desde la óptica del ingreso dado que las provincias carecen de recursos suficientes con los que financiar las competencias que constitucionalmente tienen asignadas. En consecuencia, dados los ingresos actuales, los gobiernos provinciales serían incapaces de financiar los servicios públicos derivados de su esfera competencial con los ingresos que generan.

Esta diferencia entre ingresos propios y gastos es consecuencia directa del diseño constitucional antes desarrollado, el cual restringe los poderes tributarios provinciales a la imposición directa, mientras que los federales carecen de limitación alguna. La dependencia del nivel federal que resulta de la asimetría constitucional en el campo tributario puede ser entendida, como hace la Comisión Séguin, como una quiebra del principio de no subordinación consustancial al modelo federal, pues la autonomía constitucional de las provincias queda supeditada a la transferencia de fondos por parte del gobierno federal⁸⁴. Por lo tanto, es necesario revertir esta situación para asegurar el correcto funcionamiento del modelo federal en Canadá y que este permita la canalización de las diferentes sensibilidades territoriales.

Paradójicamente, el rechazo federal a la idea de desequilibrio vertical se fundamentaba igualmente en el diseño constitucional, al considerar que este permite a las provincias acceder a la mayor parte de las bases tributarias. Esta negativa a reconocer la existencia de un desequilibrio fiscal vertical estructural conlleva que, a ojos del gobierno federal, las provincias solo tuvieran dos opciones para lidiar con su falta de financiación, reducir gastos o elevar su capacidad impositiva si necesitan más recursos⁸⁵. Sin embargo, esta afirmación, si bien en el plano teórico es cierta, es inviable en la práctica. Dado que las principales bases tributarias son compartidas con el gobierno federal (consumo, renta o sociedades), la elevación de los tipos sin una reducción en la misma proporción por parte del gobierno federal supondría un importante aumento de la carga impositiva que podría aparejar la reducción de la actividad económica y, en consecuencia, el efecto inverso al buscado, una disminución de la recaudación.

⁸⁴ Comisión Séguin, pp. 13-16.

⁸⁵ DION (2005b): 153-174.

Una posibilidad para corregir este desequilibrio sería variar el marco constitucional para ampliar el campo tributario asignado a las provincias. Sin embargo, como ya se ha reseñado varias veces, las dificultades existentes para concluir con éxito un proceso de reforma de la Constitución nos lleva a la necesidad de identificar otros mecanismos que posibiliten la reducción de este déficit con el objetivo de permitir que las provincias sean totalmente autónomas a la hora de ejercer sus competencias, sin que la falta de recursos financieros constituya un impedimento para ello.

3. LA ACTUACIÓN FEDERAL ULTRA VIRES: EL PODER DE GASTO COMO INSTRUMENTO CORRECTOR DE LOS DESEQUILIBRIOS VERTICALES

Como ilustran los cálculos realizados en el epígrafe anterior, las provincias canadienses no son capaces de generar por sí mismas suficientes recursos para financiar sus niveles actuales de gasto. Esta incapacidad se ve compensada con las transferencias articuladas por el nivel federal con el objetivo de permitir que las provincias puedan financiar los gastos derivados de las competencias que tienen asignadas constitucionalmente.

Estas transferencias pueden, conceptualmente, desagregarse en dos subtipos: aquellas que provienen del reparto incondicionado de los recursos generados mediante fuentes tributarias federales o las transferencias de fondos en sentido estricto, generalmente destinadas a un fin concreto y sometidas a cierto nivel de condicionalidad. Además, dada la compartición de la mayoría de las bases tributarias entre el gobierno federal y las provincias, es posible distinguir otra variante en función del objeto de la transferencia, pues este puede consistir tanto en un traspaso de fondos como de espacio fiscal. Esta transferencia de espacio fiscal (*tax abatements*) supone la retirada federal de parte de su presión impositiva para que sea ocupada por las provincias. De esta manera, las provincias aumentan su recaudación propia a costa del gobierno federal sin que ello implique un aumento de la carga impositiva total para el contribuyente. Aunque los *abatements* suponen un aumento de la capacidad recaudatoria provincial sin que la finalidad de los nuevos fondos esté predeterminada, estos pueden estar sometidos, al igual que las transferencias de fondos, a condicionalidad por parte del gobierno federal, el cual solo se retiraría si las provincias cumplen una serie de requisitos establecidos de antemano.

En Canadá, las transferencias de fondos del nivel federal al provincial suelen agruparse dentro de la rúbrica del poder de gasto (*spending power*). Formalmente, el

poder de gasto no está recogido en ninguno de los documentos que integran la Constitución de Canadá. Según DRIEDGER, el origen del término se encuentra en un documento titulado *Federal-Provincial Grants and the Spending Power of Parliament* elaborado por P.E. TRUDEAU y que fue aportado por el gobierno federal en la Conferencia Constitucional de 1969⁸⁶. Este documento lo definía como el poder del Parlamento para realizar pagos a personas, instituciones o gobiernos en áreas donde el mismo no tiene poder para legislar⁸⁷. Esta falta de soporte constitucional expreso ha provocado que su articulación constitucional haya sido muy discutida por la doctrina canadiense. Para HOGG, el poder de gasto debe inferirse de los poderes federales para recaudar impuestos (art. 91.3), legislar en materia de propiedad pública (art. 91.1.a) y apropiación de fondos federales (art. 106)⁸⁸. DRIEDGER negaba su existencia constitucional individualizada afirmando que lo que realmente encerraba dicho término era una expansión del poder federal de establecer impuestos. Este autor consideraba que el gobierno federal puede usar dichos fondos para lo que considere conveniente siempre que no suponga una regulación de una materia de competencia provincial⁸⁹.

En cambio, SCOTT no consideraba que el poder de gasto se derivara de la Constitución, sino que lo hacía de la prerrogativa real y el *common law*⁹⁰. Según esta tesis, el poder de gasto trascendería a la Constitución al derivarse del poder del Rey para legislar según su voluntad. Este argumento, derivado del modelo tradicional de Westminster, parece de difícil encaje en un sistema federal, donde es necesaria una delimitación constitucional de las competencias de los diferentes órdenes de gobierno. Además, esta argumentación dificultaría el control judicial del mismo al derivarse de la prerrogativa real debido a la doctrina de la inmunidad jurisdiccional acuñada en la expresión “*the King can do no wrong*”⁹¹. Pese a esta ausencia de anclaje formal del poder de gasto en la Constitución, el recurso al mismo por parte del gobierno federal ha sido una constante desde los años sesenta del siglo pasado. Esta forma de actuar responde a lo que TOCQUEVILLE denominó federalismo imperial, idea que ha sido recogida por CHEVRIER para referirse al poder de gasto federal⁹².

⁸⁶ DRIEDGER (1981): 124.

⁸⁷ TRUDEAU (1969): 4.

⁸⁸ HOGG (2006): 6-17.

⁸⁹ DRIEDGER (1981): 128-134.

⁹⁰ SCOTT (1977): 296.

⁹¹ DICEY (1915): 141.

⁹² CHEVRIER (2008): 61-71.

A pesar de la controversia que genera el poder de gasto⁹³, su constitucionalidad nunca ha sido directamente recurrida por las provincias, recelosas estas de que una anulación del mismo les privara de unos fondos esenciales para el sostenimiento de su sistema social⁹⁴. Pese a ello, la función constitucional del poder de gasto sí ha sido abordada tangencialmente por la jurisprudencia. Así, el Tribunal Supremo ha rechazado el planteamiento anteriormente reseñado de SMILEY, negando que el poder de gasto constituya una regulación material de áreas de competencia provincial⁹⁵ y vislumbrando la no justiciabilidad de este, dado que el mismo no es *ultra vires* ni contrario a la Carta de Derechos y Libertades⁹⁶. Esta misma línea ya había sido apuntada en una decisión anterior, en la que el Tribunal validó la creación de un esquema de promoción del empleo bajo el poder de gasto, sin considerar que ello supusiera la apropiación federal de la competencia provincial en la materia⁹⁷. Por consiguiente, aunque no puede hablarse de un reconocimiento judicial de la constitucionalidad del poder de gasto, sí que es posible afirmar que se ha producido reconocimiento indirecto o implícito de la constitucionalidad del mismo, siendo el Tribunal Supremo reticente a abordar el asunto de forma directa⁹⁸.

En el modelo canadiense, el poder de gasto ha adoptado tres manifestaciones diferentes: los programas compartidos, las transferencias de fondos y los pagos directos, los cuales pasan a tratarse a continuación.

3.1. Los programas compartidos

El gobierno federal ha ejercido este poder de gasto a través de diversas fórmulas, siendo las más habituales las transferencias condicionadas o los programas compartidos. Los programas compartidos son iniciativas federales ofertadas a las provincias en las que el gobierno federal se hace cargo de parte de la financiación. Dado su diseño

⁹³ Esta controversia no es ajena a los tribunales pues la Corte de Apelación de la Columbia Británica expresó sus dudas sobre la “frágil constitucionalidad” del poder de gasto en *Re Constitutional Question Act* (1990), 71 D.L.R. (4th) 99.

⁹⁴ SMILEY (1963): 23. PETER (1989): 472.

⁹⁵ *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, par. 92.

⁹⁶ *Ibíd.*, par. 93.

⁹⁷ *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532, p. 1548.

⁹⁸ En *Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, [2008] 3 S.C.R. 511, 2008 SCC 68 el Tribunal Supremo rechazó pronunciarse sobre la validez de unas medidas legislativas bajo el poder de gasto al considerar que era posible afirmar su constitucionalidad por otras vías, lo cual cerró la puerta a una conceptualización del mismo y de su validez constitucional. Debido a este tipo de decisiones, LAJOIE (2006): 154-159 caracteriza la jurisprudencia del *Privy Council* y del Tribunal Supremo en relación con el poder de gasto como inconcluyente, pues no avalan directamente su constitucionalidad, pero tampoco se han pronunciado en contra de la misma.

federal, estos programas se basan en criterios establecidos de forma unilateral por parte del nivel federal, quien pone a disposición de las provincias una serie de fondos a condición de que se cumplan los requisitos del mismo. Generalmente, los programas compartidos son financiados al cincuenta por ciento por parte del gobierno federal, siendo la otra mitad sufragada por la provincia. La nota característica de los mismos es la unilateralidad federal tanto a la hora de su implementación, pues este nivel decide autónomamente su creación y los criterios que lo rigen; como de su finalización, al poder el gobierno federal aprobar una reducción de su aportación o cancelar el programa en cualquier momento sin necesidad de obtener el beneplácito de la provincia afectada.

Desde la Segunda Guerra Mundial se han puesto en marcha más de cien programas conjuntos a iniciativa del gobierno federal en diversos campos⁹⁹. Los proyectos más importantes, tanto por su dotación económica como por su finalidad, se han desarrollado en las áreas de sanidad y educación, ambas de competencia exclusiva provincial. Estas dos materias suponen, como ya se ha resaltado, la mayor parte del gasto provincial. Dado el consabido desequilibrio fiscal entre los niveles de gobierno, el gobierno federal dispone de recursos económicos de los que las provincias carecen para invertir en estas materias, aspecto que hace muy difícil que estas se nieguen a participar en estos programas, los cuales contribuyen a reducir el desequilibrio fiscal vertical a la vez que reducen la autonomía provincial.

Los programas compartidos forman parte de la génesis del estado del bienestar en Canadá, siendo el vehículo utilizado por el gobierno federal para el desarrollo del mismo¹⁰⁰. A tal fin, se aprobaron entre los años 50 y 60 del siglo pasado diferentes programas como el seguro hospitalario, así como se universalizó la sanidad a través de diversos programas médicos. En el campo social se creó el subsidio familiar, ampliándose la cobertura en 1966 a través del *Canada Assistance Plan*, bajo el cual se agrupaban diferentes esquemas de previsión social. En el campo educativo, también se articularon programas compartidos, concretamente diversos esquemas de financiación de las universidades. Dada la naturaleza de estas materias, la mayor parte de los programas compartidos patrocinados por el gobierno federal se desarrollan dentro de la esfera competencial de las provincias.

⁹⁹ HOGG (2010): 6-12.1. Los pioneros en este campo fueron los gobiernos federales de ST. LAURENT y DIEFENBAKER quienes utilizaron los mismos para consolidar una visión centralista de la federación donde las prioridades federales se imponían sobre las provinciales (WITCOMB, 2017: 168-184).

¹⁰⁰ RUGGERI (2005): 108-111.

Aunque el programa se encuadre dentro de su esfera competencial, el gobierno provincial carece de poder de decisión sobre el tipo de programa a implementar o la forma de llevarlo a cabo, puesto que los fondos federales están condicionados a cumplir los requisitos establecidos por el gobierno federal. Estos requisitos, que formalmente regulan la elegibilidad para la recepción de los recursos económicos, suponen una regulación de facto del programa por parte del gobierno federal y, por tanto, una intrusión federal en la esfera competencial provincial, desbordando el sistema de distribución de competencias constitucionalmente establecido. En este sentido, SMILEY se cuestiona hasta qué punto se puede sostener, como hace el gobierno federal, que el poder de gasto no supone una legislación encubierta sobre un campo de competencia provincial¹⁰¹. Precisamente, aparejar formalmente la condicionalidad a la recepción de fondos y no al contenido del programa responde a la intención de evitar el problema de constitucionalidad que podría derivarse de estos programas si se entendieran que suponen una actuación *ultra vires* por parte del gobierno federal.

En este tipo de situaciones los gobiernos provinciales se enfrentan al dilema de aceptar un proyecto que menoscaba su autonomía debido a la condicionalidad a la que se encuentra sometida la obtención de los fondos, y cuyo control no ostentarán, o perder toda la financiación federal que conlleva el mismo con el consiguiente coste político y social. Además, una hipotética renuncia provincial a participar en un programa compartido generaría un problema de agencia, pues los ciudadanos de dicha provincia no se beneficiarían del mismo pero sí contribuirían a su sostenimiento financiero en otras partes de la federación a través de los impuestos federales¹⁰². Con el fin de evitar estas situaciones, a comienzos de los 60 surgió la figura del *opt-out*, mediante la cual se permite a una provincia renunciar a participar en un programa compartido obteniendo una compensación financiera para poner en marcha el suyo propio¹⁰³. Este derecho de retirada con compensación financiera fue rápidamente utilizado por Quebec durante el mandato de LESAGE para retirarse del plan federal de financiación de universidades, por el cual obtuvo un *abatement* en el impuesto de sociedades. La misma línea fue seguida por la provincia francófona para implementar su propio programa en materia de

¹⁰¹ SMILEY (1962): 61.

¹⁰² En ciencia económica, se entiende como problema de agencia aquel que surge cuando los intereses de los accionistas y de los gestores de una empresa son diferentes (BERLE y MEANS, 1968). En este caso, existe un problema de agencia pues los intereses de los contribuyentes de la provincia (los accionistas) difieren de los de su gobierno provincial (los gestores) pues contribuyen a financiar un programa del que no se benefician.

¹⁰³ PERRY (1997): 213-214.

pensiones, retirándose del federal tal como le facultaba el artículo 94A de la Constitución de 1867. La posibilidad provincial de retirarse con compensación financiera de los programas compartidos consagra la presencia de un federalismo asimétrico en Canadá, permitiendo a los gobiernos provinciales articular sus propios programas cuando así lo deseen, aspecto que contribuye a integrar las demandas tendentes a la creación de un estado social completo surgidas en Quebec tras la Revolución Tranquila. Sin embargo, estos derechos de retirada han resultado fundamentalmente en la asunción administrativa de los planes, sin que se hayan producido diferencias significativas de contenido entre los programas federales y los articulados por Quebec¹⁰⁴.

Como ya se ha tratado con anterioridad, la obligatoriedad de garantizar una compensación financiera a aquellas provincias que decidan no participar en los programas compartidos en áreas de competencia provincial exclusiva ha sido debatida en varias ocasiones en la historia reciente. Los acuerdos del Lago Meech y de Charlottetown contenían preceptos tendentes a ello, si bien, como ya se ha expuesto, esta compensación no era completa¹⁰⁵. Asimismo, el *Social Union Framework Agreement* (SUFA) también contenía provisiones relativas a restringir la puesta en marcha de nuevos programas compartidos a aquellas áreas donde existiera un consenso provincial, sin que dicho acuerdo haya tenido grandes consecuencias en la práctica¹⁰⁶.

Un aspecto importante a resaltar cuando se habla de compensación financiera completa es que esta suele ser entendida como la cantidad de recursos financieros que el gobierno federal aporta al programa. Sin embargo, esta noción no puede ser separada de la modalidad de financiación del mismo. Los programas compartidos han adoptado diversas fórmulas de financiación no siempre teniéndose en cuenta los costes del programa en cuestión. Algunos, como el *Canada Assistance Plan*, se han basado en los costes del programa, mientras que el programa de financiación de universidades consistía en una transferencia económica con independencia de los mismos. En los casos en que la financiación se basa en el coste efectivo, no se debe olvidar la noción de coste indirecto. Este es el que se deriva de los medios técnicos y humanos necesarios

¹⁰⁴ HOGG (2010): 6-15-16.

¹⁰⁵ BANTING (1988): 81-92.

¹⁰⁶ NOËL (2003): 47-50. Esta restricción quedaba plasmada en el acuerdo al afirmarse que “*With respect to any new Canada-wide initiatives in health care, post-secondary education, social assistance and social services that are funded through intergovernmental transfers, whether block-funded or cost-shared, the Government of Canada will not introduce such new initiatives without the agreement of a majority of provincial governments*” (*An agreement between the Government of Canada and the Governments of the Provinces and Territories*, de 4 de febrero de 1999)

para diseñar y administrar el desempeño del programa, que generalmente es asumido por el gobierno federal a través de su propia estructura burocrática. Dicho coste deberá ser asumido por las provincias si estas desean poner en marcha sus propios programas de forma autónoma, suponiendo un extra añadido a la hora de ejercer el derecho de *opt-out*.

La paulatina sustitución de estos programas por una nueva dinámica de transferencias federales, iniciada a finales del S. XX, ha provocado que en los últimos años no se hayan puesto en marcha nuevos programas compartidos en áreas de competencia provincial¹⁰⁷, a excepción del *Canada Job Grant*. Este programa, destinado a mejorar la formación profesional, fue introducido por el gobierno conservador de HARPER en 2013 como parte de su programa de creación de empleo. Esta decisión fue novedosa tanto en su origen como en su fin. En primer lugar, el gobierno conservador recurrió a una herramienta, el poder de gasto, tradicionalmente de monopolio liberal, siendo los conservadores poco proclives a establecer nuevos programas sociales que conlleven un aumento del gasto público. Esta nueva intervención unilateral en un área de competencia provincial ponía de manifiesto que la concepción abierta del federalismo que el líder conservador pregonoó en sus inicios, si es que alguna vez existió, había llegado a su fin¹⁰⁸. Como era de esperar, el gobierno de MAROIS se opuso a la medida, tildándola de “federalismo predatorio” (*predatory federalism*), en contraposición al federalismo abierto respetuoso con la autonomía provincial que el gobierno federal predicaba¹⁰⁹. Sin embargo, en esta ocasión, el ejecutivo del PQ sumó apoyos a su postura en el Consejo de la Federación, lo cual provocó que el gobierno federal renunciara a la unilateralidad, entablando un proceso negociador con las provincias. Finalmente, el gobierno federal acordó la implantación del *Canada Job Grant* con todas las provincias, a excepción de Quebec, con quien articuló un sistema propio. Este acuerdo diferenciado supuso la consolidación de una asimetría con respecto a Quebec, constituyendo una nueva muestra de la flexibilidad del sistema federal canadiense, la cual le permite integrar la voluntad de Quebec de ejercer

¹⁰⁷ A pesar de su progresiva restricción, los programas compartidos todavía continúan estando presentes en otras áreas como el medioambiente, el transporte, las infraestructuras o la policía. Como ejemplo ilustrativo de su vigencia, en <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/recgen/cpc-pac/2017/vol3/s9/index-eng.html> pueden consultarse todos los gastos incurridos por el gobierno federal derivados de programas compartidos correspondientes al ejercicio de 2017.

¹⁰⁸ Sobre la concepción del federalismo de HARPER vid. PELLETIER (2014): 113-141 y, en particular, sobre su visión del poder de gasto es de interés el trabajo de LAZAR (2008b): 130-140.

¹⁰⁹ RIOUX OUMET (2014): 66.

de manera plena y autónoma sus competencias sin que ello menoscabe la igualdad o los derechos de las otras provincias¹¹⁰.

3.2. Las transferencias federales

En 1977, los programas compartidos relativos a la educación universitaria y la atención sanitaria fueron sustituidos por un sistema de transferencias federales denominado *Established Programs Financing* (EPF), manteniéndose únicamente el *Canada Assistance Plan*, en el que quedaron integrados pequeños programas en materias como la lengua, el medioambiente, la justicia o el desarrollo urbano¹¹¹. El EPF estaba, a su vez, integrado por una combinación de transferencias financieras, las cuales se incrementaban según la media móvil del producto nacional bruto, y la retirada federal (*abatements*) de parte de los impuestos directos para que pudiera ser ocupada por las provincias, aspecto que aumentaba su capacidad tributaria reduciendo ligeramente la centralización en este campo¹¹². Este nuevo sistema aumentaba la flexibilidad y autonomía de las provincias a la hora de definir sus propias prioridades en la materia y poner en marcha nuevos programas pues, inicialmente, los niveles de condicionalidad se redujeron a la mínima expresión. En 1984, en pleno proceso de construcción nacional tras la *patriación* de la Constitución, se introdujo la noción de “estándar nacional” con la aprobación de la *Canada Health Act*. Esta norma establecía una serie de estándares que las provincias debían cumplir para recibir los fondos federales, estableciendo una serie de penalizaciones en caso de incumplimiento, las cuales raramente se han aplicado debido al enorme coste político que dicha decisión suscitaría para el gobierno federal¹¹³. Dichos estándares hacen que la *Canada Health Act* se configure como una suerte de legislación básica, que pretende asegurar un determinado grado de homogeneidad entre provincias pese a no contar el nivel federal con un título competencial habilitante al respecto, dado que la sanidad es, salvo las excepciones ya tratadas, una materia de competencia provincial exclusiva¹¹⁴. Esta norma básica conlleva una restricción de la autonomía provincial, pues contravenir estos estándares

¹¹⁰ El acuerdo concluido con Quebec reconoce la competencia plena de la provincia sobre la formación profesional y las relaciones laborales, así como el gobierno federal destaca que el sistema en marcha en la provincia recoge los principios generales del *Canada Job Grant*.

¹¹¹ VAILLANCOURT (2000): 198-204.

¹¹² Esta retirada era del 13,5% del impuesto sobre la renta y de un punto del impuesto de sociedades. En el caso de Quebec, debido a los *opt-out* que había ejercido en el pasado, la retirada federal del impuesto sobre la renta era mayor, compensándose con una menor cantidad de dinero en transferencias.

¹¹³ NOËL (2009): 284.

¹¹⁴ Sobre estos estándares, véase el epígrafe relativo a las políticas públicas dentro del capítulo quinto.

con medidas como la restricción de los beneficiarios o una privatización de la gestión supondría la pérdida de la condición de elegibilidad para recibir fondos¹¹⁵. Hasta la fecha, el alcance de estos principios se ha limitado al núcleo de los mismos, un aspecto importante pues la amplitud con la que se interpreten determinará el alcance de la intrusión federal en el campo legislativo provincial.

En 1996, el *Canada Assistance Plan* y el *Established Programs Funding* convergieron en el *Canada Health and Social Transfer* (CHST) reformándose su fórmula de financiación. Esta pasó a depender de la población de las provincias y de la evolución del PIB, dejando de lado los costes de la prestación del servicio. Esta variación tuvo consecuencias importantes puesto que, al no tenerse en cuenta los costes efectivos del programa, los cuales variaban en cada provincia en función de las características y distribución de su población, podía posibilitar que la transferencia federal no cubriera con su parte del coste, teniendo el gobierno provincial que financiarlo en más del 50% con respecto a la etapa de programas compartidos. El CHST mantuvo la combinación de transferencias financieras y *abatements* consagrando la función redistributiva del programa, pues el sistema compensaba con mayor cantidad de dinero en efectivo a aquellas provincias que recaudaban menos por impuestos dada la menor renta de sus habitantes.

La unificación de los programas previos en el CHST fue seguida de una importante reducción en los fondos aportados por el gobierno federal como consecuencia de las políticas de lucha contra el déficit impulsadas por el gobierno de CHRÉTIEN¹¹⁶. A esta reducción en las transferencias federales le acompañó una reforma del programa federal de desempleo que recortó drásticamente el número de beneficiarios, lo que provocó un aumento en los gastos en asistencia social de las provincias como efecto colateral. Aunque estas políticas permitieron al gobierno federal alcanzar el equilibrio presupuestario pretendido, el mismo se consiguió a costa de las provincias, generando una tormenta perfecta que hizo incurrir en abultados déficits a los gobiernos provinciales acrecentando el desequilibrio fiscal vertical entre los dos niveles de gobierno

En 2003, el sistema de transferencias volvió a ser reformado en aras de incrementar la transparencia y la rendición de cuentas en relación con los fondos

¹¹⁵ A modo de ejemplo, estas medidas contravendrían los requisitos de administración pública (artículo 8) y universalidad (artículo 10).

¹¹⁶ COURCHENE (2002): 33 cifra este recorte en 6000 millones de dólares.

federales aportados a las provincias, dividiéndose el CHST en dos partidas diferenciadas: la *Canada Health Transfer* (CHT) dirigida a sufragar los servicios sanitarios provinciales y la *Canada Social Transfer* (CST) destinada a educación post secundaria y a servicios sociales. Le ecuación de canje fue del 62% para el CHT y 38% para el CST. Al igual que su predecesor, este sistema ha seguido manteniendo la condicionalidad de la recepción de los fondos a la supeditación a objetivos nacionales establecidos por el gobierno federal. Esta reforma, que entró en vigor un año después, iba acompañada del compromiso de incrementar durante diez años las aportaciones al CHT en un seis por ciento anual.

Siete años después de su creación, las reglas que determinan la cuantía de las transferencias y su distribución por provincias fueron modificadas, entrando en vigor a partir del ejercicio 2014-2015 para el CST y del 2017-2018 para el CHT, con el objetivo de asegurar la sostenibilidad económica del gobierno federal. Estas nuevas normas de cálculo eliminaron el componente redistributivo del CHT, pasando a realizarse el cálculo en base per cápita, lo cual beneficia especialmente a las provincias más pobladas (Ontario y Quebec), que recibirán las sumas más elevadas. La cuantía del fondo debe incrementarse en un 3% anual en el caso del CST, mientras que el CHT, cuyo presupuesto es más elevado, condiciona su crecimiento a la media móvil de la variación del PIB nominal en los últimos tres años, con un crecimiento mínimo del 3%. Además, el pago se realizaría directamente en dinero, poniéndose fin a los *abatements*, lo cual consolida la actual distribución del espacio tributario entre los dos niveles de gobierno, poniendo fin a la descentralización del mismo iniciada en 1977 con el EPF.

Los cambios introducidos por el gobierno de HARPER en la forma de determinar la composición y reparto del CST y el CHT fueron realizados de manera unilateral por el gobierno federal, pese a la tradicional oposición conservadora al poder de gasto¹¹⁷. Esta decisión supuso una vuelta a la manera imperial de entender la federación, en la que el gobierno federal dispone y las provincias acatan. Enfrentado a un entorno económico adverso y dado el envejecimiento progresivo de la población, se vislumbraba un crecimiento sostenido del CHT y CST. Para evitar los desequilibrios financieros que ello le podría causar, el gobierno federal procedió a ligar el crecimiento del CHT, el cual se observa en la tabla siguiente, a la evolución del PIB.

¹¹⁷ GAGNÉ (2014): 214.

Transferencias federales a las provincias (en millones de dólares)										
	2009-10	2010-11	2011-12	2012-13	2013-14	2014-15	2015-2016	2016-17	2017-18	2018-19
CHT	24.476	25.672	26.952	28.569	30.283	32.113	34.026	36.068	37.150	38.584
CST	10.857	11.179	11.514	11.859	12.215	12.582	12.959	13.348	13.748	14.161

Fuente: Department of Finance (2018).

La primera conclusión que se puede extraer de este cambio es que, a diferencia del CST, el crecimiento anual del CHT no está totalmente garantizado en el futuro en términos reales. El hecho de que la media móvil se base en el PIB nominal y no en el real puede provocar que el crecimiento del mismo sea negativo en términos reales, una vez descontada la inflación. Esta situación provocaría que, si bien la suma de fondos asignada al CHT aumentaría, los servicios que podrían sufragarse con la misma serían menores, dado el mayor coste de los mismos dada la subida inflacionaria. La cifra del 3% no es baladí, puesto que el objetivo del Banco de Canadá (BOC) es una inflación del 2%, dentro de un margen de control de entre el 1 y el 3%¹¹⁸. Mientras el BOC consiga mantener la inflación dentro de sus márgenes de control, el crecimiento del CHT será positivo en términos reales, garantizando el mantenimiento del mismo nivel de servicios que se venía ofertando. Canadá cerró 2015 con una inflación del 1,5%, en un contexto de precios bajos en los mercados internacionales de materias primas y energía, lo cual conllevó un crecimiento del CHT y del CST en términos reales. Sin embargo, la subida del precio del petróleo ha provocado que la inflación escale al 2,1% en 2018, reduciendo el incremento real de ambas partidas. De continuar esta senda, especialmente dada la dependencia de las economías de algunas provincias del oeste de estos recursos, el riesgo inflacionario podría condicionar la viabilidad del sistema de transferencias del CST y el CHT en el futuro, por lo que debería ser tenido en cuenta en la revisión de la fórmula de cálculo de dichas transferencias programada para el año 2024.

Otro de los aspectos relevantes a la hora de tratar el desequilibrio fiscal entre los dos niveles de gobierno es el cambio en el sistema de atribución de los recursos transferidos. Este cambio se compone de dos partes: por un lado, el nuevo sistema solo contempla transferencias de dinero, poniéndose fin a la transferencia de espacio tributario a las provincias; en segundo lugar, el reparto ha pasado a ser estrictamente per cápita, dejando de tenerse en cuenta los niveles provinciales de renta a la hora de realizar el cálculo, eliminándose el componente redistributivo¹¹⁹. Aunque, a priori, el sistema de reparto basado en el número de habitantes de cada provincia pueda parecer

¹¹⁸ GOVERNMENT OF CANADA (2011).

¹¹⁹ FIERBELCK y PALLEY (2015): 111-114.

igualitario, el mismo no tiene en cuenta la diversidad existente entre provincias y puede contribuir a exacerbar las diferencias entre las mismas en el futuro. Hay tres factores relevantes a tener en cuenta a la hora de afrontar este asunto y que, debido a la unilateralidad federal, las provincias no pudieron hacer valer en un proceso de negociación. Dichos factores son la edad, la distribución territorial de la población y la renta per cápita provincial. Cada uno de estos tres factores tiene un enorme impacto sobre el CHT.

Las provincias que presentan una pirámide poblacional más envejecida incurren en mayores costes sanitarios, debido al natural deterioro de la salud con la edad y la consiguiente mayor necesidad de atención médica. Este es el caso de las Provincias Marítimas donde, tal como se muestra en la tabla, en torno a un quinto de la población de dichas provincias tiene 65 años o más. En cambio, en Alberta este grupo de edad apenas supera el 10%, circunstancia que repercute directamente en la estructura de costes sanitarios de la provincia¹²⁰.

Provincia/Territorio	Población total	65 años o más	Porcentaje
Terranova y Labrador	519.715	101.025	19,44%
Isla del Príncipe Eduardo	142.905	27.715	19,39%
Nueva Scotia	923.600	183.820	19,90%
Nuevo Brunswick	747.100	148.785	19,92%
Quebec	8.164.360	1.495.190	18,31%
Ontario	13.448.495	2.251.655	16,74%
Manitoba	1.278.365	198.965	15,56%
Saskatchewan	1.098.355	170.430	15,52%
Alberta	4.067.175	500.220	12,30%
Columbia Británica	4.648.055	848.990	18,27%
Yukon	35.870	4.260	11,88%
Territorios del Noroeste	47.185	3.220	6,82%
Nunavut	35.940	1.365	3,80%

Fuente: *Statistics Canada*

De igual manera, la distribución territorial de la población es especialmente relevante en un país tan extenso como Canadá donde los contrastes son especialmente acusados. Esto es debido a que los costes sanitarios aumentan cuando la prestación de servicios no se concentra en el espacio. Es decir, cuanto menor densidad poblacional exista, mayor será el coste por habitante en la prestación de servicios sanitarios. Las provincias con amplias zonas rurales, fundamentalmente las Provincias Atlánticas y, en

¹²⁰ La distribución de la población por edad y provincia está disponible en <https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/dp-pd/hlt-fst/as/Table.cfm?Lang=E&T=11>

menor medida, Saskatchewan¹²¹, son las que más perjudicadas se ven por un sistema que no tiene en cuenta este factor a la hora de asignar los recursos.

El tercer factor reseñado es la renta per cápita provincial. Dicha magnitud tiene una relación directa con la capacidad de los gobiernos provinciales para generar sus propios ingresos. Las transferencias del CHT no cubren la totalidad de los gastos sanitarios y, como se ha resaltado, desde 1996 no tienen en cuenta la estructura de costes del sistema. Por lo tanto, las provincias deben compensar con financiación propia cualquier aumento de los costes del sistema que exceda el incremento anual de los fondos del CHT fijado por el gobierno federal. Además, no debe olvidarse que el incremento anual del CHT se predica con respecto al total de la transferencia federal y no a la asignación por provincia. Por lo tanto, dado el diferente crecimiento poblacional, mayor en el oeste que en Quebec o las Provincias Atlánticas, estos territorios pueden recibir unas transferencias federales con un incremento menor del suelo del 3% fijado legalmente, tal como sucedió en 2017¹²². En consecuencia, las provincias con menor renta per cápita, las Provincias Marítimas y Quebec, son las más dependientes de las transferencias federales. Además, en el caso de las primeras, su baja población en términos absolutos es otro factor a tener en cuenta, puesto que gran parte de los costes sanitarios son fijos, es decir, con independencia de la población a atender¹²³. Estos costes suponen una mayor proporción del total en las provincias con menor población, viéndose estas perjudicadas por el sistema de reparto per cápita. A título de ejemplo, una de estas provincias, Nueva Escocia, vio reducida su asignación de fondos en 23 millones de dólares canadienses en 2014, mientras que la de Alberta, la provincia más rica y con menor población por encima de 65 años aumentó en 954 millones. FIERBELCK y PALLEY se cuestionan la motivación política de este nuevo sistema al beneficiar a provincias de amplia mayoría conservadora a costa de otros territorios tradicionalmente de dominio liberal¹²⁴. Más allá de estas consideraciones, queda claro que la falta de negociaciones entre los dos órdenes de gobierno sobre los cambios en la fórmula de determinación de los fondos tendrá importantes repercusiones en las

¹²¹ En 2011, en torno al 19% de la población de la federación residía en áreas rurales. Sin embargo, esta cifra es notablemente superior en la Isla del Príncipe Eduardo (53%), Nuevo Brunswick (48%), Nueva Escocia (43%), Terranova (41%) y Saskatchewan (33%). Los datos pueden consultarse en http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-310-x/2011003/fig/fig3_2-3-eng.cfm

¹²² Así se desprende de los datos publicados por el Departamento de Finanzas, disponibles en <https://www.fin.gc.ca/fedprov/mtp-eng.asp>

¹²³ ROBERTS, FRUTOS y CIAVARELLA (1999): 648-649.

¹²⁴ FIERBELCK y PALLEY (2015): 114.

finanzas provinciales y en la autonomía de las mismas para ejercer sus propias competencias.

Por último, nótese que las provincias no pueden introducir variaciones en el sistema que afecten la condicionalidad federal para reducir costes, como el copago o la privatización de algunos servicios¹²⁵, puesto que perderían la elegibilidad para la recepción de fondos federales. En consecuencia, cuanto menor es la renta per cápita provincial menor será la recaudación tributaria de la provincia y más dificultades tendrá la misma para financiar su parte del gasto sanitario.

Los factores anteriormente reseñados en relación con el CHT también son de aplicación, si bien en menor medida, para el CST dado el peso de la labor asistencial dentro del mismo.

Tras la elección de J. TRUDEAU como Primer Ministro, el núcleo del sistema no ha sufrido variaciones, manteniéndose el incremento anual mínimo del 3% a pesar de la voluntad provincial de incrementar dicha cifra, aunque sí que ha habido diferencias a la hora de enfocar posibles variaciones en el sistema de transferencias. En contraste con la unilateralidad de HARPER, TRUDEAU entabló negociaciones con las provincias de forma multilateral, aunque finalmente estas no llegaron a ningún acuerdo. Posteriormente, el gobierno federal pasó a negociar de manera individualizada con los ejecutivos provinciales, llegando a acuerdos bilaterales con todos ellos. Estos acuerdos sanitarios bilaterales han derivado en la creación de nuevas partidas, adicionales al CHT, dotando de flexibilidad al sistema de transferencias e integrando las necesidades particulares de las provincias en el sistema. De igual manera, en el campo educativo el CST ha permanecido sin cambios, articulándose el programa de renovación de las infraestructuras educativas de forma separada. Este sistema también incorpora la participación provincial, pues son estas las encargadas de decidir los proyectos que obtendrán financiación, adoptándose un enfoque colaborativo a la hora de ejercer el poder de gasto en áreas de competencia exclusiva provincial.

3.3. Otras manifestaciones: el desbordamiento total del orden competencial

3.3.1. Los pagos directos

Otra manifestación del poder de gasto federal es la de los pagos directos. A través de esta modalidad, el gobierno federal realiza pagos monetarios en áreas de

¹²⁵ Artículos 17 y 18 *Canada Health Act, R.S.C.*, 1985, c. C-6.

competencia exclusiva provincial a individuos, agencias o municipios sin mediación provincial. Esta falta de participación provincial hace que estemos ante la manifestación más “extrema” del fenómeno del poder de gasto, pues la misma supone una intervención federal en áreas en las que no posee ningún título competencial para ello, quebrando el modelo de distribución de competencias establecido en la Constitución. A diferencia de los programas compartidos y las transferencias intergubernamentales antes mencionadas, los pagos directos no imponen condicionalidad alguna a las provincias pues estas no intervienen de manera alguna, en lo que COURCHENE ha denominado un federalismo de reloj de arena (*hourglass federalism*)¹²⁶.

Aunque no se puede hablar de un uso generalizado de esta faceta del poder de gasto por parte del gobierno federal, sí que es posible identificar dos etapas en las que su utilización ha sido relevante. La primera de ellas data de inicios del S. XX, cuando el gobierno federal realizó pagos directos a los ciudadanos a través de sus programas de previsión social, como el seguro de desempleo y el sistema de pensiones. Como ya se ha tratado, aunque algunos de estos programas fueron declarados por el *Privy Council* contrarios al sistema de división de competencias, finalmente se consolidaron bajo titularidad federal al ser transferidos por las provincias gracias a sendas modificaciones constitucionales. Estas modificaciones consolidaron la titularidad federal de una materia sobre la que las provincias se habían mostrado incapaces de ejercer su competencia, dado que carecían de los recursos financieros necesarios para ello. Este ejemplo evidencia cómo el poder de gasto permitió al gobierno federal ejercer una competencia provincial, práctica que finalmente cristalizó en la asunción formal de la competencia con la introducción del artículo 91.2A de la Constitución de 1867.

La segunda etapa se produjo durante los gobiernos liberales de CHRÉTIEN y MARTIN. Tras la agresiva política de reducción del déficit llevada a cabo por dichos ejecutivos, el gobierno federal generó superávit, parte del cual se dedicó a poner en marcha diversos programas en áreas de competencia provincial. Entre otros, se creó la Fundación para la Innovación y se puso en marcha el programa de Becas del Milenio para potenciar el nivel educativo, se articuló un programa universal de cuidado infantil, así como se aprobó un programa para transferir parte del impuesto federal sobre hidrocarburos a los municipios. Los dos primeros supusieron una intervención federal

¹²⁶ COURCHENE (2004): 12-17 denomina federalismo de reloj de arena (*hourglass federalism*) al derivado del creciente número de iniciativas del gobierno federal que pasan por alto a las provincias y tratan directamente con los ciudadanos y las ciudades, dejando a las provincias como el minúsculo centro del reloj de arena de la división de poderes.

directa en el área educativa, mientras que el tercero lo hacía en la de servicios sociales. En un primer momento, estos programas federales rivalizaban con otros puestos en marcha por las provincias en los mismos campos, especialmente en el caso del cuidado infantil, donde Quebec contaba desde hacía años con un programa propio, aunque posteriormente se llegó a acuerdos individualizados con las provincias sobre los mismos¹²⁷.

Los pagos directos contribuyen a aumentar el desequilibrio fiscal entre el nivel federal y las provincias, pues el gobierno federal ejerce funciones provinciales poniendo en marcha programas en áreas *ultra vires* de su esfera de competencia. En aras de reducir el desequilibrio crónico del que adolece la federación canadiense, el gobierno federal debería abstenerse de poner en marcha nuevos programas sin reunir previamente el consentimiento provincial y garantizar un *opt-out* con compensación financiera completa a las provincias que lo deseen. En el caso de que el gobierno federal estime que son necesarias unas determinadas políticas, debería optar por buscar fórmulas cooperativas con las provincias, aunque ello suponga compartir el rédito político con estas, en lugar de poder atribuírselo en exclusiva como sucede hasta ahora. Este enfoque cooperativo fue el adoptado por el gobierno federal en 2016 a la hora de crear el *Canada Child Benefit*, un programa destinado a reducir la pobreza infantil, que realiza pagos mensuales a aquellas familias de ingresos bajos que tienen menores a su cargo. Este programa federal coexiste con esquemas provinciales de naturaleza similar, los cuales, tras un acuerdo intergubernamental, pasan a ser administrados por un organismo federal con el objetivo de aumentar la coordinación entre los mismos y reducir las trabas administrativas a los beneficiarios. De nuevo, en otra muestra de la flexibilidad que permite el federalismo fiscal, la provincia de Quebec optó por conservar la gestión de su propio programa, reafirmando su plena autonomía en el campo de los servicios sociales.

3.3.2. Poder de gasto provincial

Aunque la práctica totalidad del debate político y académico se centra sobre el poder de gasto federal, debe reseñarse que las provincias también hacen uso del mismo, si bien a una escala mucho más reducida.

El poder de gasto provincial, al igual que el federal, también carece de base constitucional o legal. Aun así, su existencia fue reconocida por el Tribunal Supremo al

¹²⁷ CAMERON (2010): 51-92.

validar la regulación del juego en reservas indias realizada por Ontario, considerando que la misma suponía un uso válido del poder de gasto provincial sin afectar a la competencia federal sobre las comunidades aborígenes¹²⁸.

El caso paradigmático del uso provincial del poder de gasto en áreas de competencia federal es el de la actuación provincial en el campo de las relaciones internacionales con la apertura de delegaciones comerciales y, en el caso de Quebec, también culturales¹²⁹; una actuación que se fundamenta en el poder de gasto provincial, pues el campo de las relaciones exteriores es de competencia exclusiva federal.

3.4. Condicionalidad y principio federal: el difícil equilibrio entre unidad y diversidad

A priori, la condicionalidad que acompaña al poder de gasto nos puede llevar a pensar en la misma como una amenaza para las nociones de autonomía, heterogeneidad y no subordinación, características del modelo federal, que pueden verse afectadas por el rol que este desempeña¹³⁰. En consecuencia, procede analizar el alcance y efectos de la misma con el objetivo de calibrar su impacto sobre la autonomía de las provincias y así determinar si ha resultado en una mayor centralización de la federación.

3.4.1. *Autogobierno y condicionalidad. La noción de estándar nacional*

Dependiendo del tipo de ejercicio del poder de gasto, la condicionalidad se articula de diferente manera. En el caso de los programas compartidos está es intrínseca a los mismos, puesto que su diseño, objetivos y finalidad son determinados unilateralmente por el gobierno federal, sustrayendo a las provincias todo poder de decisión sobre ellos. Para ROCHER, quien sigue la línea de la Comisión Séguin, este tipo de programas suponen la creación de una relación de subordinación entre los dos órdenes de gobierno, lo cual atenta contra la misma esencia del federalismo¹³¹. Sin

¹²⁸ *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, p. 111.

¹²⁹ Como se ha tratado en el epígrafe correspondiente, la consideración de las relaciones internacionales como una materia de competencia exclusiva federal es discutible, especialmente si se sigue una interpretación amplia de la doctrina del caso *Labour Conventions*.

¹³⁰ GAUDREAU-DESBIENS (2006): 190-191 entiende que estas nociones se ven menoscabadas cuando la condicionalidad es prescriptiva, es decir, si va más allá de meros principios programáticos. En estas situaciones, el gobierno federal está violando el principio de lealtad federal al intervenir en unas áreas competenciales que son de competencia exclusiva de las provincias, actuando con la voluntad de subordinarlas, en contra de los valores intrínsecos al modelo federal.

¹³¹ ROCHER (2009): 108. Concretamente, ROCHER se refiere a dos de las situaciones descritas por la Comisión Séguin como generadoras de un desequilibrio fiscal: las transferencias condicionadas y la intervención federal directa mediante los programas compartidos y los pagos directos.

embargo, esta afirmación debe ser matizada. El grado de condicionalidad de los programas compartidos fue elevado hasta mediados de los años 70, dejando un margen de autonomía muy reducido a los gobiernos provinciales¹³². Progresivamente, la rigidez de dicha condicionalidad fue relajándose, especialmente a partir de la década de los noventa pues el número de programas, y especialmente la financiación de los mismos, se redujo de manera drástica como parte de los planes de reducción del déficit.

Además, no debe olvidarse que, cuando las provincias aceptan participar en un programa compartido, sometiéndose a una determinada condicionalidad para recibir una serie de fondos, se está produciendo una reducción de su autonomía consentida, de la cual pueden retirarse en cualquier momento. Es cierto que tanto la participación como la posible retirada se ven condicionadas por factores externos, pues la primera está altamente influenciada por el desequilibrio fiscal vertical existente en la federación; mientras que la retirada es de difícil justificación ante los ciudadanos, pues no va acompañada de una disminución de la presión fiscal federal en la provincia, además de conllevar la obligación de soportar el coste financiero de establecer un programa propio. Sin embargo, aun reconociendo la importancia de estos factores, los mismos no dejan de ser razones políticas, pero sin el trasfondo jurídico necesario para validar la afirmación de ROCHER de que el uso del poder de gasto supone la subordinación de un nivel de gobierno al otro, aunque sí puede ser entendido como una fuerza centralizadora. Además, la paulatina caída en desuso de estos programas ha provocado que su impacto actual sea muy reducido, por lo que la condicionalidad que llevan aparejados apenas tiene influencia sobre el modelo federal actual, a diferencia de lo ocurrido a mediados del siglo pasado¹³³.

Como ya se ha resaltado, a partir de los años 70, estos programas dieron paso a una nueva dinámica de transferencias federales cuya condicionalidad se basaba en la noción de estándar nacional. Estos estándares recogen una serie de principios y valores que el gobierno federal estima necesarios para el buen funcionamiento del sistema, y cuyo cumplimiento es necesario para recibir los fondos federales del CHT y el CST. En este punto vuelve a ponerse de manifiesto la duda de SMILEY sobre si estamos ante una regulación de un campo provincial por parte del gobierno federal. Sin embargo, en el plano formal, los requisitos contenidos en normas como la *Canada Health Act* regulan la elegibilidad para la recepción de fondos federales y no el campo competencial en sí.

¹³² LECOURS (2017): 9.

¹³³ LECOURS (2017): 9 y 22.

Además, estos criterios vinculan únicamente al gobierno federal, siendo los gobiernos provinciales libres de actuar como deseen. Si un gobierno provincial acepta someterse a dichos objetivos nacionales a cambio de recibir unos determinados fondos, no se está produciendo una quiebra del principio de no subordinación en sentido estricto, pues el gobierno provincial los acepta de manera libre. Sin embargo, sí que es posible afirmar que, en cierto modo, la autonomía provincial se ve menoscabada al no tener otra alternativa para obtener fondos con los que financiar sus propios programas de políticas públicas en base a sus propios objetivos.

En el caso del CHT, la *Canada Health Act*, en sus artículos 8 a 12, exige que los sistemas sanitarios de las provincias cumplan cinco principios básicos para poder ser elegibles para recibir fondos¹³⁴. Estos son la gestión pública, exhaustividad (cobertura de todos los tratamientos necesarios), universalidad, movilidad y accesibilidad (prestación gratuita de los servicios). Por su parte, el CST está condicionado a la prohibición de establecer un requisito mínimo de residencia para tener acceso a los programas sociales.

La generalidad de estos principios responde a su naturaleza estructural con la que el gobierno federal se limita a coordinar una estrategia nacional que asegure un mínimo nivel de homogeneidad y coherencia del sistema, así como evitar la creación de barreras internas, siendo las provincias encargadas de definir el contenido de las políticas y desarrollar su título competencial según sus propias necesidades.

Pese a todo, el reducido alcance de la condicionalidad asociada a las transferencias federales, no ha evitado que la presencia de la misma haya sido ocasionalmente criticada por parte de los gobiernos provinciales. En este punto podemos diferenciar entre las críticas por razones de fondo y aquellas relativas a su compatibilidad con el modelo federal. Las segundas, ejemplificadas en el caso de Quebec, suponen rechazar la condicionalidad que conllevan transferencias como el CHT o el CST no por el contenido o alcance de los requisitos, sino por su mera presencia. Quebec no rechaza los principios contenidos en la *Canada Health Act* o la no discriminación por razón de residencia aparejada al CST, sino el hecho de que sea el gobierno federal quien establezca bajo qué parámetros debe desarrollar su sistema sanitario o de previsión social, con independencia de que los comparta o no. En cambio, las críticas relativas al fondo han sido muy reducidas, a excepción del caso de Alberta

¹³⁴ *Canada Health Act R.S.C., 1985, c. C-6.*

durante el gobierno de Ralph KLEIN, cuyo plan para aumentar el peso del sector privado en la sanidad fue contestado por el gobierno federal con la amenaza de congelar los fondos del CHT, pues el mismo supondría un incumplimiento de la condicionalidad establecida por la *Canada Health Act*. A este respecto, es importante destacar que el control federal sobre el cumplimiento de la condicionalidad y finalidad de las transferencias es muy limitado, no habiéndose puesto en marcha programas tendentes a comprobar que, efectivamente, las provincias destinan el dinero del CHT a sanidad o el del CST a servicios sociales y educación post-secundaria¹³⁵. Esta falta de supervisión sobre el uso que se da a los fondos transferidos es otro factor que contribuye a reducir el grado de condicionalidad que llevan aparejadas las transferencias federales, minorando su impacto sobre la autonomía y autogobierno de los gobiernos provinciales¹³⁶.

Más allá de estas consideraciones, el diálogo entre las provincias y el gobierno federal suele versar sobre la cantidad de fondos que integran las transferencias federales y no sobre la condicionalidad de las mismas. De hecho, varias provincias han concluido acuerdos bilaterales con el gobierno federal destinados a financiar la asistencia domiciliar y los cuidados de salud mental con un grado de condicionalidad mayor que el que conlleva el CHT¹³⁷.

La noción de estándar nacional en la que reside la condicionalidad está íntimamente ligada a una idea de unión y fraternidad concordante con los postulados de P.E. TRUDEAU, como parte de su programa de construcción de la identidad nacional canadiense moderna basada en un amplio sistema de previsión social¹³⁸. Si bien esta progresiva construcción de una identidad nacional común ha conllevado cierto menoscabo de la autonomía de los gobiernos provinciales, especialmente en la época de los programas compartidos; únicamente Quebec se ha opuesto con rotundidad a la

¹³⁵ CAMERON (2008): 265-268. El control sobre el cumplimiento provincial de las previsiones de la *Canada Health Act* queda a discreción del gobierno federal, siendo únicamente automática la sanción si las provincias no persiguen los cobros abusivos a pacientes por parte médicos o dentistas.

¹³⁶ Durante los primeros tres años de vigencia de la *Canada Health Act* se articuló un periodo transitorio en el que se devolvía el importe de la sanción a aquellas provincias que presentaran un plan para corregir las deficiencias, aspecto que fue llevado a cabo por todas ellas. En total, desde la aprobación de la CHA hasta 2017 las sanciones han supuesto una reducción de las transferencias de 11,8 millones de dólares, una cantidad insignificante en comparación con la cantidad de total de fondos del CHT (GOVERNMENT OF CANADA, 2018: 21-27). Además, la mayoría de estas sanciones se deben al cobro de facturas excesivas por parte de los médicos, una materia en la que las sanciones son automáticas, no habiéndose producido deducciones en los pagos por el incumplimiento del resto de requisitos.

¹³⁷ Estos acuerdos pueden consultarse en <https://www.canada.ca/en/health-canada/corporate/transparency/health-agreements/shared-health-priorities.html>

¹³⁸ La introducción de estándares nacionales en la política social ha sido caracterizada por autores como ALLEN (2012): 230-31 como parte de un programa federal destinado a contrarrestar el auge del nacionalismo en Quebec, para el cual el desarrollo de un estado social fuerte ha sido una herramienta de construcción nacional.

misma¹³⁹. La provincia francófona ha expresado su desacuerdo con este enfoque dada su voluntad de construir una sociedad completa, es decir, una sociedad que articule su identidad a través de sus propios programas basados en el autogobierno que le permite la división competencial de la Constitución de 1867. De esta manera Quebec persigue responder de la mejor manera a las necesidades de su sociedad estableciendo sus propias prioridades y no supeditándose a las que decida el gobierno federal¹⁴⁰. Un aspecto a destacar es que este ligamen de la construcción de la identidad nacional a los programas sociales ha evitado que la competición entre gobiernos resultara en una “*race to the bottom*” que dañe el nivel de los servicios públicos transformándola, en algunos casos, en una “*race to the top*”¹⁴¹.

Como se puede observar, la condicionalidad asociada a las transferencias federales no es especialmente estricta, por lo que su intensidad no es de tal grado para resultar en un menoscabo del principio federal ni, como estima ROCHER, en una quiebra del principio de no subordinación, siendo la reducción de autonomía muy limitada, consustancial a la búsqueda de la igualdad en el seno de un estado común¹⁴². Por lo tanto, parece que la sustitución de los programas compartidos por transferencias federales como el CHT o el CST ha contribuido a aumentar el grado de descentralización de la federación canadiense, dotando a las provincias de un mayor margen para desarrollar sus competencias.

En cambio, sí que podemos considerar como centralizadora la vertiente del poder de gasto que se manifiesta a través de pagos directos a ciudadanos o instituciones. En estos casos se está produciendo una intervención federal directa en una materia de competencia exclusiva provincial quebrando la arquitectura constitucional de 1867, prescindiendo totalmente de cualquier interacción con el nivel provincial, atacando la propia esencia del federalismo y los valores que lo integran. El gobierno federal parece haber interiorizado esta idea, absteniéndose de poner en marcha nuevos esquemas como el de las Becas del Milenio.

En base a la experiencia previa no parece que el gobierno federal vaya a dejar de recurrir al poder de gasto para intentar poner en marcha determinados proyectos, especialmente si se tiene en cuenta que ha sido utilizado por gobiernos de distinto signo ideológico. Como señala PETTER, el poder federal de gasto es algo arraigado en el

¹³⁹ TELFORD (2003): 36.

¹⁴⁰ BINETTE (2000): 68.

¹⁴¹ BÉLAND y LECOURE (2010): 425-427.

¹⁴² PALERMO y KÖSSLER (2017): 233.

sistema político canadiense desde hace más de 50 años, por lo que su fin tendría consecuencias de gran envergadura de las que nadie parece querer responsabilizarse¹⁴³. El Tribunal Supremo tampoco ha adoptado una postura clara sobre la cuestión, pues como resalta WATTS este ha interpretado la Constitución de manera suficientemente amplia para permitir el recurso al poder de gasto en áreas de competencia provincial¹⁴⁴. En el dictamen sobre el *Canada Assistance Plan*, el Tribunal Supremo reconoció que el poder de gasto excede la esfera legislativa federal al ser más amplio que esta¹⁴⁵. Sin embargo, no se aventuró a precisar los límites del mismo¹⁴⁶. Esta inacción, así como la falta de precisión de límite alguno en posteriores asuntos parecen evidenciar que el Tribunal es reacio a fijar una posición definitiva sobre el mismo de manera general, entrando únicamente a discernir sobre un caso en concreto.

El Tribunal parece ser de la opinión de que el poder de gasto tiene un componente fundamentalmente político y que, por tanto, debe ser solucionada por estos y no por el poder judicial. Durante las rondas constitucionales del Lago Meech y de Charlottetown, se intentó dar una solución constitucional al problema mediante la introducción de un nuevo precepto en la Constitución. Ello pasaba por la introducción del artículo 106A cuyo contenido afirmaba que:

*(1) The Government of Canada shall provide reasonable compensation to the government of a province that chooses not to participate in a national shared-cost program that is established by the Government of Canada after the coming into force of this section in an area of exclusive provincial jurisdiction, if the province carries on a program or initiative that is compatible with the national objectives. (2) Nothing in this section extends the legislative powers of the Parliament of Canada or of the legislatures of the provinces*¹⁴⁷.

El primer punto del artículo hubiera obligado al gobierno federal a compensar razonablemente a aquella provincia que decidiera no participar de un programa compartido en un área de su competencia exclusiva siempre que la misma llevara a cabo un programa que fuera compatible con los objetivos nacionales. Como se observa, la condicionalidad relativa al cumplimiento de unos estándares nacionales hubiera seguido presente, aunque se hubiera garantizando una compensación financiera al gobierno provincial que optara por no implementar el programa federal. Una cuestión polémica, y

¹⁴³ PETTER (1988): 472.

¹⁴⁴ WATTS (1999c): 1.

¹⁴⁵ Esta idea venía a continuar la línea establecida en *Finlay v Canada (Minister of Finance)* [1986] 2 SCR 607 donde el Tribunal entendió que el poder de gasto sobrepasaba el alcance de la esfera legislativa federal.

¹⁴⁶ *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, pp. 564-567.

¹⁴⁷ Artículo del 6 Acuerdo del Lago Meech de 3 de junio de 1987.

que con seguridad hubiera acabado ante el Tribunal Supremo, hubiera sido el significado del término *razonablemente*. El empleo del mismo parece esconder la negativa del gobierno federal a compensar de manera plena, es decir, con la totalidad de fondos que le hubiera correspondido a la provincia que no deseara participar en el programa conjunto. Una compensación que no fuera total supondría un desincentivo para emprender un programa propio por parte de las provincias, limitando la ganancia de autonomía política que el nuevo artículo pretendía conseguir.

El inciso segundo tenía el objetivo de mantener el *statu quo* en relación con la división constitucional de poderes, no suponiendo la aprobación de dicha enmienda la constitucionalización del poder federal de gasto. Por lo tanto, esta modificación constitucional hubiera regulado el ejercicio del poder de gasto sin reconocerlo expresamente, admitiendo que, de facto, venía siendo utilizado en repetidas ocasiones por el gobierno federal. Al malograrse el acuerdo, fracasó la solución política al mismo sin que a día de hoy se haya abordado el problema más allá de la negociación sobre programas concretos.

La posibilidad de poner en marcha nuevas transferencias condicionadas al cumplimiento de una serie de objetivos nacionales ha vuelto a ser puesta sobre la mesa ante la voluntad federal de establecer un programa farmacéutico nacional. Una de las posibilidades para articular el mismo es la de transferir a las provincias una serie de fondos sometidos a una condicionalidad similar a la de la *Canada Health Act*, sometiendo la recepción de fondos a una cobertura universal para un *pool* de medicamentos determinado¹⁴⁸. Dado que las provincias cuentan con sus propios programas en la materia, los cuales difieren enormemente entre sí, la intervención federal mediante el poder de gasto tendería a establecer un mínimo común homogéneo aumentando la coordinación entre los diferentes sistemas provinciales. La disparidad de los esquemas provinciales en vigor resulta en que las necesidades provinciales, tanto económicas como regulatorias, difieran enormemente, lo que parece aconsejar un enfoque bilateral a la hora de intentar llegar a acuerdos, introduciendo una asimetría en la materia y consolidando lo que se ha venido a denominar *boutique federalism*¹⁴⁹. Este enfoque bilateral asimétrico sería de especial importancia para Quebec, cuyo programa se caracteriza por su amplitud tanto en los servicios que ofrece como en los

¹⁴⁸ FLOOD, THOMAS, MOTEN y FAFARD (2018): 25-26.

¹⁴⁹ WALLNER (2014): 17 hace referencia con este concepto a la idea federal de financiar proyectos caso por caso con el objetivo de influenciar la actuación provincial para que esta converja con los intereses y prioridades del gobierno federal.

beneficiarios que cubre, lo cual lo diferencia de los del resto de provincias, permitiéndole seguir desarrollando su programa con total autonomía según sus necesidades particulares¹⁵⁰. La extensión al campo farmacéutico de las asimetrías que la provincia francófona tiene reconocidas en materia sanitaria supondría consolidar una dinámica de acomodo de las demandas de mayor autogobierno de Quebec en materia de políticas sociales, limitando las implicaciones centralizadoras del poder de gasto, las cuales forman parte de la identidad *Québécoise*, desarrollada tras la Revolución Tranquila. Estas asimetrías dotan al sistema federal de una flexibilidad que permite a Quebec desarrollar al máximo su autogobierno, diferenciándose del resto de la federación en el contenido de las políticas públicas si así lo estima conveniente, sin que ello suponga un tratamiento privilegiado o lesivo para el resto de provincias, integrando en su seno las diferentes sensibilidades existentes en la federación combinando unidad y diversidad.

3.4.2. *La condicionalidad en la recepción de los fondos: apuntes para una reforma del sistema*

La revisión del CHT y el CST, los dos programas conjuntos más importantes vigentes en la actualidad, programada para 2024, se presenta como una buena ocasión para redefinir el modelo y poner fin a las discrepancias sobre el ejercicio del poder federal de gasto. Esta revisión del modelo debería ir más allá de meros cambios cosméticos y suponer una refundación del mismo que atajaría alguno de los problemas estructurales de los que adolece.

El cambio de modelo debería comenzar por la forma de abordar el problema, pasando de la unilateralidad a la multilateralidad. Tanto la puesta en marcha de estos programas –CHT y CST– como la mayor parte de las últimas modificaciones que han sufrido los mismos, a excepción de llevada a cabo por J. TRUDEAU, fueron puestas en marcha de manera unilateral por el gobierno federal. Dada su naturaleza y la especial relevancia para las provincias, estas deben tener voz tanto en su diseño como en la forma de ejecutarlos. Siguiendo esta línea, el gobierno federal debería convocar una conferencia intergubernamental con suficiente antelación a la reforma programada en 2024 para conocer la visión que tienen las provincias del funcionamiento de dichas transferencias así como los cambios que creen que es necesario introducir.

¹⁵⁰ HARTMANN, DAVIDSON y ALWANI (2018): 9-13 realizan un análisis comparativo de los diferentes programas provinciales en vigor, evidenciando las amplias disparidades existentes.

También deberían estudiarse posibles cambios en el fondo del modelo con el objetivo de mejorar su eficiencia y salvaguardar lo máximo posible la autonomía constitucional de la que gozan las provincias sin que la actuación federal menoscabe la misma. Una de las posibles alternativas sería la de fusionar ambos programas en uno solo, hipotéticamente denominado *Canada Transfer*, cuyo objetivo sea reducir el desequilibrio fiscal entre ambos niveles de gobierno. Esta fusión tendría el efecto de poner fin tanto a la finalidad como a la condicionalidad de los fondos. Con este modelo, el gobierno federal transferiría una suma de fondos a cada provincia mediante el sistema de *block grant* que no estaría condicionada ni a un fin ulterior ni a unos objetivos determinados. En la actualidad, el dinero recibido como parte del CHT debe destinarse a sanidad, de la misma manera que el del CST debe ser utilizado en educación post secundaria y servicios sociales. La fusión supondría otorgar total libertad a los ejecutivos provinciales para emplear estos recursos financieros en cualquier partida de su presupuesto, incluyendo la posibilidad de reducir deuda o de aumentar el superávit y guardarlos para futuros ejercicios. Un modelo de estas características cumple dos objetivos fundamentales para preservar el buen funcionamiento del sistema federal canadiense. En primer lugar corrige el ya reseñado desequilibrio fiscal vertical entre el nivel federal y las provincias al dotar a las mismas de fondos con los que desarrollar sus propias competencias. Además, dada la ausencia de condicionalidad y finalidad en el destino de los mismos, las provincias recuperarían su plena autonomía competencial, no viendo menoscabada su esfera jurídica por actuaciones del gobierno federal con acciones unilaterales del mismo en dichas áreas.

El fin de la condicionalidad no debe suponer *per se* la negación de los objetivos nacionales en las áreas afectadas por el CHT y el CST. Es legítimo que el nivel federal considere que hay unos mínimos que deben satisfacerse, especialmente en áreas como la sanidad o educación donde pueden influir compromisos internacionales firmados por Canadá. Debe recordarse que el gobierno federal es el encargado de la celebración de dichos tratados y, en su caso, de afrontar el incumplimiento de los mismos, si bien no de su implementación, al encontrarse la misma fuera de su campo competencial. Igualmente legítimo desde el punto de vista competencial, independientemente de las consideraciones políticas, es que las provincias quieran o no seguirlos. El gobierno federal debe respetar la autonomía de las mismas asumiendo que la diversidad de políticas es una noción consustancial al sistema federal. En caso de que el nivel federal considere necesario implantar estos objetivos o estándares nacionales, el gobierno

federal debería apostar por utilizar el sistema de relaciones intergubernamentales para negociar con las provincias la consecución de los mismos, en lugar de recurrir a la *Canada Health Act* como título transversal mediante el que la federación acabe normando, aunque sea de manera indirecta, un área de competencia provincial. Un valor que también debe ser tenido en cuenta a la hora de llevar a cabo dichas negociaciones es el de la coordinación entre provincias con el objetivo de evitar que se creen barreras internas en el mercado común de la federación. La necesidad de dicha coordinación por razones de eficiencia económica, podría contribuir a alcanzar acuerdos para establecer una cartera común de servicios sanitarios o un estándar homogéneo de educación¹⁵¹.

Otra ventaja de este sistema de transferencia intergubernamental es la clarificación de la responsabilidad de gobierno y la mejora de la rendición de cuentas. Con este sistema se reduce el solapamiento entre los dos niveles de gobierno en áreas como sanidad o educación al desaparecer la condicionalidad y ser libres las provincias para poner en marcha sus propios programas. Los gobiernos provinciales no podrán culpar al gobierno provincial de los fallos de sus políticas, debiendo responder ante sus ciudadanos de los problemas que puedan surgir, mejorando la calidad democrática. El fin de la condicionalidad también resolvería el problema de asimetría que se produce cuando una provincia se niega a participar en un programa compartido con el gobierno federal cuando no hay compensación por dicha acción. En este caso, los ciudadanos de dicha provincia no se benefician del programa, pero tampoco ven reducida su tributación federal de manera que están contribuyendo financieramente al mismo sin ninguna retribución a cambio. Con un sistema de transferencia incondicional los impuestos federales recaudados en dicho territorio tienen su traslación en las partidas que el gobierno provincial recibe, siendo su destino responsabilidad de este último.

Con independencia de la posible fusión de ambas partidas, deberían tratarse los aspectos relativos al cálculo de la misma. Algunos autores como MENDELSON han sugerido que el sistema tenga en cuenta las capacidades fiscales de las provincias de manera que reciban menos cuanto mayor capacidad tengan, en virtud de una mejor redistribución territorial¹⁵². El problema de esta afirmación reside en que se están confundiendo dos desequilibrios fiscales diferentes, los cuales se intentan atajar mediante instrumentos normativos distintos. Tanto el poder de gasto como cualquier

¹⁵¹ A título de ejemplo, el sistema educativo de Quebec tiene un año de educación secundaria menos que el del resto de provincias.

¹⁵² MENDELSON (2012): 25-24.

tipo de transferencia condicionada responden a la necesidad de reducir el desequilibrio fiscal vertical entre el nivel federal y el provincial. La redistribución horizontal tiene el fin de permitir que los gobiernos provinciales ofrezcan servicios públicos comparables a niveles similares de presión fiscal. Este desequilibrio fiscal horizontal se articula en Canadá, como se verá seguidamente, mediante los *equalizations payments*. Por lo tanto, introducir las capacidades fiscales en la redistribución vertical supondría retomar el componente redistributivo del CHT abolido en 2011, introduciendo una confusión de ambos modelos innecesaria para reducir el desequilibrio fiscal vertical.

Otros dos aspectos a tener en cuenta dentro del cálculo son la financiación de la partida y su distribución territorial. La financiación de la partida transferida a las provincias –ya sea bajo la fórmula CHT-CST, un sistema de partida única u otro tipo de medidas– se produce actualmente mediante la recaudación de impuestos federales. La recaudación de estos tributos nutre estas partidas que posteriormente se transfieren a las provincias. Un modelo alternativo a este sería reducir en parte la tributación federal para que sea ocupada por las provincias, de una manera análoga a la reducción aprobada por el gobierno de HARPER entre 2006 y 2008¹⁵³. Este *abatement* supondría que las provincias aumentarían su recaudación tributaria y, con ello, dispondrían de mayores recursos para ejercer sus competencias. Este sistema es una posible alternativa a un sistema de transferencia, traspasándose espacio tributario en lugar de fondos. La condicionalidad dependería de si el gobierno federal estableciera, o no, requisitos a cumplir por parte de los gobiernos provinciales a cambio de la cesión de espacio tributario. La cesión de espacio tributario tendría el efecto de mejorar la rendición de cuentas, puesto que los ciudadanos demandarían un cierto nivel de servicios del mismo nivel de gobierno al que pagan impuestos. Este hecho provocaría una relación más directa entre ingresos, gastos y resultados, facilitando la evaluación del desempeño provincial en la prestación de determinados servicios públicos.

Por último, otro de los aspectos que debería ser tratado en la revisión de los programas actualmente vigentes es el establecimiento de una comisión intergubernamental de seguimiento de los mismos. Esta comisión, que debería estar integrada por representantes de todos los gobiernos implicados, se encargaría de analizar el grado de ejecución de los proyectos, así como de identificar y proponer soluciones para los posibles conflictos que puedan surgir durante la vigencia de los

¹⁵³ Entre 2006 y 2008 el gobierno conservador cumplió su promesa electoral de reducir el GST en dos puntos, ampliando el margen fiscal de las provincias para ocupar la tributación directa.

mismos. La actuación conjunta de los dos órdenes de gobierno a la hora de afrontar los problemas que puedan derivarse de estos proyectos contribuiría a su solución con mayor rapidez, así como a minimizar su aparición en el futuro.

La institucionalización de las comisiones de seguimiento permitiría asegurar la evaluación periódica de los programas, sin que uno de los dos órdenes de gobierno pudiera negarse a ello con la intención de actuar de forma unilateral. Este tipo de comisiones evaluadoras del desempeño de los programas conjuntos podrían quedar insertas dentro de las labores de la Conferencia de Primeros Ministros, pasando a formar parte de un elenco más amplio de medidas para mejorar el diálogo entre los dos niveles de gobierno con el objetivo de alcanzar un mejor funcionamiento de la federación.

4. LA CORRECCIÓN FEDERAL DE LAS DESIGUALDADES INTERTERRITORIALES

En los estados compuestos, los programas de redistribución federal surgen como respuesta a los desequilibrios fiscales horizontales, siendo generalizada su existencia con la notable excepción de los Estados Unidos y Méjico¹⁵⁴. Estos desequilibrios hacen referencia a las diferentes capacidades fiscales de las unidades constituyentes, en este caso las provincias que integran la federación, los cuales son producto de las disparidades entre territorios¹⁵⁵. Dichas disparidades constituyen lo que anteriormente se denominó como asimetrías de hecho, es decir, las diferentes características económicas, sociales o culturales intrínsecas que posee cada provincia y que las diferencia del resto. Estos elementos determinan la capacidad fiscal de estas, resultando en que unas sean capaces de generar por sí mismas más recursos que otras a unos niveles similares de presión fiscal.

4.1. Marco teórico

Aunque la existencia de programas de redistribución, denominados de solidaridad en Europa occidental, es habitual en los modelos federales, no puede afirmarse que exista un modelo arquetipo. En relación con estos programas, puede

¹⁵⁴ WATTS (2008): 108-109. Sobre la inexistencia de un programa de redistribución federal en los Estados Unidos vid. BÉLAND y LECOURS (2014a): 303-329, quienes atribuyen, entre otros factores, el “excepcionalismo norteamericano”, al amplio poder del Senado dentro del sistema institucional estadounidense.

¹⁵⁵ DAFFLON (2007): 361-362.

retomarse la afirmación hecha con respecto al federalismo, donde encontramos tantos modelos como estados federales. Por lo tanto, existen tantos modelos de redistribución como tipos de federalismo, pues cada uno tiende a adaptarse a las características y necesidades propias de cada estado, jugando el desarrollo histórico un importante rol en la evolución de los distintos sistemas.

Donde sí encontramos cierta homogeneidad es en los elementos que integran los programas de redistribución federal, cuya definición es decisiva en la forma que adopte el modelo y en los efectos que el mismo tendrá sobre las unidades federadas. Así, podemos identificar una serie de elementos que conforman el núcleo de cualquier programa de reparto federal.

El primero de ellos consiste en definir la fuente de financiación del programa. Determinar los recursos que lo nutren es capital, pues indirectamente se está delimitando el alcance del programa, dada la diferente fuerza recaudatoria de las fuentes que se elijan. Esta puede consistir en un solo impuesto, caso de Australia con el GST; un compendio de varios, como en Brasil, o proceder de los ingresos gubernamentales en base a una fórmula previamente establecida, como sucede en Alemania y Canadá¹⁵⁶.

Las fuentes de financiación del sistema están íntimamente ligadas con la naturaleza redistributiva del sistema y su dirección. Siguiendo este criterio, encontramos sistemas de redistribución vertical o paternal, los más numerosos, en los que el nivel federal financia al nivel sub-estatal con sus propios recursos. La otra modalidad son los sistemas que BOADWAY y SHAH denominan fraternales o *Robin Hood*, en los que las fuentes de financiación que integran el sistema de redistribución pertenecen al nivel sub-estatal¹⁵⁷. Este último caso es el de estados como Alemania, donde los *Länder* más ricos transfieren recursos a los menos favorecidos¹⁵⁸.

Un tercer elemento estrechamente relacionado con los anteriores es el nivel de redistribución y/o igualación que se pretende conseguir con el sistema. Cuanto mayor sea este nivel, más elevados serán los recursos necesarios para financiar el sistema y mayor será la duración del mismo en el caso de que estemos ante programas temporales. En este punto la tónica dominante, si bien existen numerosos matices y diferencias

¹⁵⁶ WATTS (2008): 110-111. BOADWAY y SHAH (2009): 374.

¹⁵⁷ BOADWAY y SHAH (2009): 372-374.

¹⁵⁸ En Alemania, aunque el sistema es eminentemente fraternal, este se encuentra limitado por el gobierno federal el cual establece un tope máximo en las transferencias que deben realizar los *Länder* más ricos a los receptores (VEGA GARCÍA, 2014: 247-263). Suiza combina ambos sistemas, financiando los cantones más ricos un tercio del programa de nivelación, mientras que los dos tercios restantes lo son por el ejecutivo federal (BRAUN, 2009: 315-316).

incluso entre sistemas con objetivos similares, es perseguir niveles comparables de servicios públicos a niveles similares de presión fiscal¹⁵⁹. En consecuencia, la mayor parte de los sistemas buscan conseguir una igualación relativa, y no absoluta, reduciendo la cantidad de fondos necesarios.

Derivado del anterior, se encuentra el componente que se pretende nivelar, generalmente la capacidad fiscal entre las unidades federadas, para que puedan proporcionar servicios públicos a niveles homogéneos de impuestos. Aunque este es el componente dominante en la mayor parte de modelos, podrían articularse modelos que tuvieran en cuenta los costes de proveer los servicios públicos entre unidades federadas debido a variables como la densidad poblacional, la edad u otras circunstancias particulares.

Otro factor a tener en cuenta es el concerniente a la gestión del sistema y de los componentes del mismo (beneficiarios, cantidades a recibir, fórmula de cálculo, etc.) donde encontramos tres variantes principales: la gestión exclusiva del mismo por parte del nivel federal, la delegación de esta a un organismo independiente, como sucede en Australia con la *Commonwealth Grants Commission*¹⁶⁰, o una variante del primero en el que se completa la gestión federal con la participación de las unidades federadas a través del sistema de relaciones intergubernamentales o de la segunda cámara¹⁶¹.

Otro de los elementos del sistema, el cual es decisivo a la hora de acometer cambios en el modelo, es su estatus normativo¹⁶². Este puede tener rango constitucional, como en Alemania o Suiza, o legal, como sucede en Australia, dotando de mayor estabilidad al sistema, dado que los textos constitucionales gozan de mayor rigidez¹⁶³.

Por último, es importante destacar la posibilidad de que surjan conflictos sobre los programas de nivelación federal, los cuales suelen ser atribuidos a los Tribunales Supremos o Constitucionales al tratarse de un conflicto entre órganos constitucionales, pues generalmente se sustancia entre las unidades federadas y el gobierno federal.

¹⁵⁹ El sistema australiano ambiciona que los estados puedan ofrecer a su población servicios públicos comparables con niveles similares de impuestos y eficiencia, mientras que el modelo alemán persigue reducir las disparidades territoriales y no su completa eliminación (HUEGLIN y FENNA, 2015: 191).

¹⁶⁰ En https://cgc.gov.au/index.php?option=com_content&view=article&id=32&Itemid=390 se puede consultar la Declaración de Intenciones de dicho organismo cuyo fin principal es alcanzar “*fiscal equalisation among the States and Territories through the distribution of GST revenue and health care grants*”.

¹⁶¹ Este sería el caso de Alemania donde el *Bundesrat* goza de la iniciativa para reformar el sistema, siendo necesaria la aprobación de cualquier cambio por parte de las dos cámaras del Parlamento federal.

¹⁶² PAROLARI (2018): 22-39.

¹⁶³ Artículos 107.2 de la Ley Fundamental de Bonn y 135 de la Constitución suiza, respectivamente. En el caso de Australia, el sistema se regula a través de la *Commonwealth Grants Commission Act, 1973*.

Como se ha apuntado anteriormente, los sistemas de relaciones intergubernamentales juegan un papel importante en el diseño de algunos sistemas, reduciendo la generación de conflictos y ofreciendo una vía para la resolución extrajudicial de los mismos.

4.2. El modelo canadiense: los *equalization payments*

4.2.1. *Antecedentes y diseño del programa actual*

La idea de compensación interterritorial es tan antigua como la Confederación, pudiéndose apreciar la voluntad redistributiva del programa de subsidios federales per cápita contemplado en el diseño constitucional de 1867 con el objetivo de dotar de recursos financieros a las provincias en los primeros años del recién creado Dominio.

La primera propuesta formal abogando por articular un programa federal de redistribución territorial partió de la comisión Rowell-Sirois, cuyo informe final propuso la creación de un programa nacional de ayudas (*National Adjustment Grants*) destinado a asegurar la suficiencia financiera de las provincias, permitiendo que estas cumplieran con sus deberes constitucionales¹⁶⁴. Este programa, que se configuraba como una contrapartida a la centralización de la mayor parte de las fuentes tributarias y de programas sociales como el seguro de desempleo, se caracterizaba por dos rasgos principales: el programa sería administrado por una agencia independiente, revisándose cada cinco años, y la nivelación no solo se realizaría atendiendo a la capacidad fiscal de estas, sino que también se tendrían en cuenta las necesidades de cada provincia, creándose un fondo de emergencia para aquellas cuya situación financiera continuará siendo precaria tras la implantación del mecanismo de solidaridad¹⁶⁵.

Sin embargo, la idea esbozada por la comisión Rowell-Sirois de crear un mecanismo de solidaridad interterritorial como contrapartida a la cesión por parte de las provincias de la mayoría de las bases tributarias a favor del gobierno federal, tal como sucedió durante el conflicto bélico, tuvo poco recorrido. Esta posibilidad fue rechazada frontalmente por la Comisión Tremblay, la comisión espejo quebequesa, que reivindicó la autonomía fiscal de Quebec como elemento central de la autonomía provincial¹⁶⁶. La negativa de Quebec a firmar los acuerdos de cesión de 1946 y 1952 conllevó el aislamiento tributario de la provincia, que quedaba fuera del sistema articulado por el gobierno federal.

¹⁶⁴ MILNE (1998): 181. Por deberes constitucionales debe entenderse el ejercicio pleno de las competencias que tienen constitucionalmente asignadas.

¹⁶⁵ *Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*, vol. 2, pp. 83-85.

¹⁶⁶ Vid. Comisión Tremblay, vol. 1, p.136.

Finalmente, en 1957, se creó el programa de nivelación (*equalization* o *péréquation*) como parte de los acuerdos de cesión tributaria firmados dicho año. La estela del camino marcado por la Comisión Rowell-Sirois no fue más allá de la creación de un programa de esta naturaleza, pues el diseño del mismo lo hacía radicalmente diferente del propuesto por esta.

El sistema canadiense de nivelación es un programa puramente federal que se nutre con ingresos generales generados por este nivel por el que se transfieren una serie de recursos financieros sin que estos lleven aparejados condicionalidad alguna. A diferencia de en Australia, donde la recaudación del GST es destinada al programa; en Canadá la financiación del mismo no depende de ningún impuesto en concreto, constituyéndose un fondo o *pool* de dinero con los recursos propios del gobierno federal con independencia de su origen. En consecuencia, los *equalization payments* pertenecen al grupo de los mecanismos de solidaridad denominados verticales o paternales en los que el gobierno federal transfiere recursos a las unidades federadas en pos de lograr un mayor grado de convergencia económica. A pesar de ello, en el plano político y mediático, ha sido frecuente la referencia al mismo como si se tratara de un programa fraternal en el que el flujo de dinero fuera horizontal desde las provincias más ricas a las menos favorecidas¹⁶⁷. Estas críticas han sido especialmente intensas con respecto a Quebec, dada su tradicional condición de beneficiario del sistema, presentando el programa como un privilegio para esta provincia con el objetivo de contener el auge del nacionalismo¹⁶⁸. Aunque la voluntad de integrar a Quebec en la federación estuvo presente en el diseño del sistema¹⁶⁹, puesto que el mismo pretendía lograr un incipiente grado de solidaridad interterritorial al margen de los acuerdos de cesión de impuestos, rompiendo así el asilamiento tributario de Quebec en el seno de la federación, no puede hablarse del mismo como un sistema concebido para otorgar un tratamiento especial a dicha provincia. De hecho, en términos per cápita, son las Provincias Marítimas las mayores beneficiarias del sistema, siéndolo Quebec en términos absolutos dado que en dicha provincia reside alrededor del 23% de la población de la federación.

¹⁶⁷ LECOURES y BÉLAND (2010): 586-587.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 587. La utilización de los programas de solidaridad interterritorial como elemento vertebrador del sistema federal y garante de la unidad nacional puede apreciarse claramente en el caso australiano, donde el sistema nació como respuesta al desafío secesionista del estado de Australia Occidental, territorio que aprobó la secesión en un referéndum en 1933, aunque finalmente no llegara a materializarse en la práctica.

¹⁶⁹ BÉLAND y LECOURES (2014b): 342.

La *patriación* constitucional de 1982 conllevó la inclusión del programa de nivelación en el texto constitucional, concretamente en el artículo 36.2 de la Constitución de 1982. En términos estrictos, la redacción del artículo permite afirmar que no se dotó de rango constitucional al programa en sí, sino al principio de nivelación o solidaridad interterritorial, por lo que el gobierno federal goza de total discreción para el desarrollo del mismo, incluso por vías alternativas al programa creado en 1957. El tenor literal del artículo 36.2 compromete tanto al Parlamento como al gobierno federal a adoptar el principio de llevar a cabo pagos de nivelación con el objetivo de asegurar que los gobiernos provinciales dispongan de suficientes recursos financieros que les permitan ofrecer servicios públicos comparables a niveles similares de impuestos¹⁷⁰. Como señala STEVENSON, el programa de nivelación se basa en la idea de evitar que las disparidades fiscales entre provincias sean de tal magnitud que penalicen a los ciudadanos dependiendo de su lugar de residencia con unos servicios públicos inferiores¹⁷¹. Como es fácil apreciar, el programa de nivelación entraña una idea de fraternidad y solidaridad que promueve la integración y la unidad nacional, dos de los valores que se encuentran detrás del proceso de construcción nacional asociado a la *patriación* constitucional¹⁷².

En consecuencia, en Canadá no se pretende una igualación total, sino relativa, de manera que se permita a las provincias menos favorecidas ofertar un nivel de servicios públicos comparable sin que ello suponga que sus ciudadanos tengan que soportar unos niveles impositivos mayores a los del resto para poder financiarlos. El objetivo del sistema de nivelación es posibilitar el acceso a unos servicios públicos homogéneos en cualquier parte de la federación a un nivel de impuestos similar. Por lo tanto, el componente objeto de nivelación es la capacidad fiscal de las provincias. A diferencia del programa propuesto por la Comisión Rowell-Sirois, el modelo adoptado en 1957 únicamente tiene en cuenta el componente del ingreso, pretendiendo nivelar las capacidades fiscales provinciales, prescindiendo totalmente del lado del gasto al no tener en cuenta factores como la edad, la dispersión poblacional, el porcentaje de

¹⁷⁰ *Parliament and the government of Canada are committed to the principle of making equalization payments to ensure that provincial governments have sufficient revenues to provide reasonably comparable levels of public services at reasonably comparable levels of taxation.* Sin embargo, al tratarse de una transferencia incondicionada nada obsta para que los gobiernos provinciales dediquen los fondos a un fin distinto de mejorar sus servicios públicos como, por ejemplo, reducir deuda, siendo esta una decisión autónoma de cada provincia.

¹⁷¹ STEVENSON (2009): 27-29.

¹⁷² Recuérdese lo afirmado en el epígrafe relativo a la *patriación*, y la importancia de la igualdad en la construcción del ideal nacional pancanadiense.

población rural que provocan la existencia de estructuras de coste muy diferentes entre provincias. Incluir las necesidades provinciales en la fórmula suscitaba un fuerte rechazo por parte del ejecutivo de DUPLESSIS, receloso de cualquier afectación a la autonomía provincial, pues consideraba que tener en cuenta dicho factor suponía una injerencia en las competencias provinciales¹⁷³.

El sistema finalmente implementado tampoco siguió la estela del proyecto de las *National Adjustment Grants* en lo relativo a la gestión del sistema, optando por dejar el control y administración del sistema exclusivamente en manos del gobierno federal. La idea de que el organismo encargado de determinar las capacidades fiscales de las provincias fuera llevada a cabo por una agencia independiente fue descartada dada la oposición de las provincias, las cuales nunca han abogado por un sistema similar¹⁷⁴. Esta oposición se cimentaba en la defensa de la autonomía provincial, siendo las provincias reacias a que un organismo externo evaluara su capacidad fiscal y las necesidades de su población. Además, el control exclusivo del programa por parte del gobierno federal conlleva que las provincias pueden intentar influir en su diseño a través del sistema de relaciones intergubernamentales, aspecto que no sería posible si la administración dependiera de un organismo independiente. Aunque el programa fue diseñado con vocación permanente, el mismo incluye una cláusula de revisión cada 5 años, siendo esta periodicidad en su renovación decisiva a la hora de implementar cambios y reformas.

Como se ha resaltado, el programa es diseñado y administrado en exclusiva por el gobierno federal, siendo la unilateralidad federal uno de los rasgos de este, pudiendo decidir unilateralmente sobre cualquier aspecto del mismo, incluso su hipotética eliminación, dado que el texto constitucional solo liga al gobierno federal al principio de la nivelación, pero no a realizar los pagos en sí¹⁷⁵. Aunque la crítica política hacia el programa es frecuente, hasta la fecha no se ha producido ningún contencioso relativo al mismo en los tribunales. Dada su constitucionalización, sería posible, en el plano teórico, la presentación de un caso ante el Tribunal Supremo alegando un incumplimiento de lo establecido en el texto constitucional. A pesar ello, no es

¹⁷³ PICKERSGILL (1975): 106.

¹⁷⁴ BÉLAND y LECOURS (2011): 206.

¹⁷⁵ El malogrado acuerdo de Charlottetown contemplaba una reforma del artículo 36.2, el cual hubiera quedado redactado de la siguiente forma: *Parliament and the government of Canada are committed to making equalization payments to ensure that provincial governments have sufficient revenues to provide reasonably comparable levels of public services at reasonably comparable levels of taxation*. Esta modificación hubiera elevado el compromiso del gobierno federal con el sistema, pues no estaría meramente obligado adoptar dicho principio, sino también a realizar pagos producto del mismo.

descartable que el Tribunal Supremo rechazara analizar el asunto al considerar que se trata de una *political question* y que, por tanto, corresponde al Parlamento resolverla y no al poder judicial¹⁷⁶.

4.2.2. La evolución del sistema

Desde su aprobación en 1957 el programa de nivelación ha sufrido numerosas modificaciones incrementales, sin que su naturaleza se haya visto afectada, pues el núcleo y la filosofía del sistema han permanecido invariables. Este proceso de cambios incrementales puede ser, en cierto sentido, caracterizado como un efecto *spillover* donde unos cambios han ido llevando a otros, ajustando el sistema progresivamente a las necesidades del gobierno federal y, en menor medida, a las demandas provinciales.

La fórmula de cálculo de las capacidades fiscales ha sido el elemento que ha sufrido la mayoría de las modificaciones, aprovechándose para ello de la evaluación quinquenal a la que se debe someter el sistema. En particular, las fuentes tributarias computadas y el número de provincias que integraba el estándar de comparación han sido los elementos que más han variado con la evolución del sistema.

En el momento de la creación del sistema, las capacidades fiscales provinciales se calculaban con base en tres impuestos (renta, sociedades y sucesiones), pues estas eran las únicas bases tributarias sobre las que había suficientes datos para hacer un cálculo homogéneo entre provincias. El número de tributos objeto de cálculo fue incrementándose progresivamente, hasta computarse un total de veintinueve fuentes tributarias diferentes a finales de los setenta, añadiendo una complejidad inusitada al sistema¹⁷⁷. En la actualidad, las fuentes de financiación que se computan para determinar la capacidad fiscal de cada provincia se basan en un sistema denominado *Representative Tax System*, que tiene en cuenta la media nacional de cada tipo de impuesto, otorgando diferente peso a las diferentes fuentes a la hora de calcular el estándar¹⁷⁸.

El otro elemento que ha sido objeto de varias revisiones ha sido el estándar de comparación. Para determinar las provincias que tienen derecho a recibir *equalization payments*, se compara la capacidad fiscal de cada provincia con el estándar nacional,

¹⁷⁶ KELLOCK y LEROY (2007): 27-29 coinciden con esta idea, estimando que prácticamente ningún componente del programa puede ser reclamado en los tribunales al solo gozar de rango constitucional el principio de nivelación o solidaridad interterritorial.

¹⁷⁷ PERRY (1997): 128. A los tres anteriores se añadieron, entre otros, los impuestos sobre el consumo, los especiales (alcohol y gasolina) y los tributos derivados de las explotaciones petrolíferas.

¹⁷⁸ BIRD y SLACK (1990): 919-926.

siendo elegibles aquellas provincias cuya capacidad fiscal se sitúe por debajo de la media, generalmente denominadas *have not provinces*. Esta diferencia es la cantidad a percibir, permitiendo que la capacidad fiscal de la provincia en cuestión se equipare a la media de la federación. En su diseño inicial, el estándar se calculaba según la media de las dos provincias que más recursos generaban, siendo sustituido por la media del ingreso per cápita de las provincias cinco años más tarde con la primera revisión del sistema, modelo que se mantendría vigente hasta 1982¹⁷⁹. Dado que este cambio perjudicaba a las Provincias Atlánticas, el gobierno federal creó unos subsidios especiales para las mismas para compensar parcialmente esta reducción.

En 1982, coincidiendo con el rápido crecimiento de los ingresos derivados de las explotaciones gasísticas y petroleras, el gobierno federal decidió establecer un nuevo estándar integrado únicamente por cinco provincias, excluyéndose del cálculo del mismo la provincia más rica (Alberta) y las cuatro más pobres que en aquel momento eran las Provincias Atlánticas. En la década de los 70 el sistema estuvo cerca del colapso, debido a que el incremento en los precios de la energía disparó la capacidad fiscal de las provincias del oeste, notablemente Alberta y Saskatchewan, hasta un extremo en el que Ontario debería convertirse en una provincia receptora de fondos. Esta circunstancia, dado que dicha provincia agrupa a más del cuarenta por ciento de la población de Canadá, hubiera disparado los costes del sistema, amenazando su viabilidad. Para evitar esta situación, el gobierno federal realizó nuevas modificaciones en el sistema de cálculo, desagregando los ingresos provenientes de los recursos naturales no renovables, así como, con el claro objetivo de evitar que Ontario fuera una provincia receptora, excluyendo del sistema a aquella provincia que, pese a tener una capacidad fiscal inferior a la media, poseyera una renta per cápita superior a la media sostenida en el tiempo¹⁸⁰.

Como ya se ha resaltado, los gobiernos de CHRÉTIEN se caracterizaron por la búsqueda del equilibrio presupuestario, llevando a cabo recortes en las transferencias intergubernamentales a los que no fue ajeno el programa de nivelación, aunque estos fueros más comedidos que en el caso del CHST, dado su menor peso en el presupuesto federal¹⁸¹.

¹⁷⁹ *Ibid.*, 120.

¹⁸⁰ LECOURES y BÉLAND (2010): 572-573 hacen una reconstrucción de estos hechos a partir de los datos de PERRY (1997).

¹⁸¹ MILNE (1998): 193.

La elección de MARTIN trajo nuevos cambios en el sistema de nivelación, comenzando por el compromiso federal de dotar el programa con un mínimo de 10.000 millones de dólares aprovechando los superávits con los que contaba el gobierno federal tras años de recortes en el gasto. Ante el continuo crecimiento de los precios de la energía y con ello el aumento de la capacidad fiscal de provincias como Terranova y Nueva Escocia, gracias a la explotación de sus recursos *off-shore*, con la conversión de la primera en una *have province*, el gobierno federal negoció acuerdos particulares con estas dos provincias mediante los que se comprometía a compensarlas por cualquier reducción en los pagos del sistema de nivelación como resultado del aumento de los ingresos derivados de la explotación de sus recursos naturales¹⁸². Estos acuerdos, los cuales sustituían a otros que datan de los años 80, aseguraban una compensación completa por cualquier reducción en los fondos percibidos del programa de nivelación durante unos periodos transitorios¹⁸³. Además, estas provincias recibieron pagos de sumas individuales para reducir su deuda pública. Estos acuerdos no hacen sino confirmar una constante desde la creación del sistema, la compensación financiera a aquellas provincias que se ven perjudicadas por cualquier cambio de algún elemento que afecte a la fórmula de cálculo.

La debilidad parlamentaria de MARTIN unida a la fijación de un máximo de fondos para el programa, lo que implicaba que el crecimiento en los pagos a una provincia supusiese necesariamente la reducción a otra, vaticinaba un aumento de la conflictividad intergubernamental. Con el objetivo de rebajar esta, el gobierno federal puso en marcha un comité de expertos, el *Expert Panel on Equalization and Territorial Formula Financing*, encargado de proponer reformas para mejorar el sistema. La disolución anticipada de la cámara provocó que las recomendaciones fueran abordadas por el nuevo gobierno conservador de HARPER. Las principales conclusiones del informe fueron las siguientes:

- La necesidad de volver a determinar el total de recursos del programa en base a una fórmula, sin topes totales o por provincia, salvo con el objetivo de asegurar que una provincia receptora no tuviera mayor capacidad fiscal tras recibir los pagos que una que no tenga derecho a los mismos.

¹⁸² Como producto de este acuerdo durante el periodo de vigencia del mismo Terranova, una receptora neta, ha gozado de una capacidad fiscal mayor que Ontario que en dicha fecha era una de las *have provinces*.

¹⁸³ Concretamente de 2/3 del último pago percibido el primer año que no se tenga derecho y de 1/3 el siguiente tal como establece el artículo 28 de la *Nova Scotia and Newfoundland and Labrador Additional Fiscal Equalization Offset Payments Act* (S.C. 2005, c. 30, s. 85).

- El estándar debe estar integrado por las diez provincias, incluido el 50% de los ingresos obtenidos gracias a los recursos naturales no renovables.
- El programa debe únicamente tener en cuenta las capacidades fiscales de las provincias, dejando de lado cualquier consideración sobre las diferentes necesidades de estas.
- Finalmente, el panel de expertos abogaba por la necesidad de introducir elementos que dotaran de estabilidad al sistema, reduciendo su vulnerabilidad a las oscilaciones del ciclo económico¹⁸⁴.

El gobierno conservador adoptó la mayor parte de las recomendaciones de los expertos, si bien introdujo ligeras variaciones en lo relativo al cómputo de los recursos naturales no renovables, dando a las provincias la posibilidad de elegir entre no incluir los ingresos derivados de los recursos naturales no renovables o el 50% de estos. Además, a Nueva Escocia y a Terranova se les permitió conservar el sistema anterior, si bien ninguna de ellas optó por ella¹⁸⁵. Este nuevo sistema diferenciaba entre que una provincia sea elegible para el programa, y que tenga derecho a recibir pagos. La primera circunstancia se produce cuando la capacidad fiscal de una provincia es inferior al estándar provincial. Sin embargo, la provincia en cuestión solo tiene derecho a recibir un pago si, una vez sumados los ingresos correspondientes al 50% de los recursos naturales no renovables no computados, no supera la capacidad fiscal de la última provincia no receptora. Estos cambios conllevaron que Saskatchewan pasara a ser una *have province* al exceder su capacidad fiscal del estándar, mientras que Ontario se situó muy cerca del límite, siguiendo una tendencia que le haría ser elegible en poco tiempo. La conversión de Ontario en provincia receptora en plena recesión global llevó al gobierno federal a introducir dos nuevos cambios en el sistema para limitar el coste del programa.

La primera modificación supuso la alteración de la forma de calcular el tope para evitar un alza descontrolada de los costes del programa; tope que quedaba definido como la media de la suma de las capacidades fiscales de las provincias elegibles, más el 50% restante de los recursos naturales no renovables de estas per cápita, más los pagos

¹⁸⁴ *Expert Panel on Equalization and Territorial Formula Financing*, pp. 36-39.

¹⁸⁵ Estas provincias se habrían visto perjudicadas por el nuevo tope dado que los ingresos compensatorios antes mencionados se restaban de la cantidad a recibir. Como señala FEEHAN (2009): 188 este resultado va contra la esencia de los acuerdos, pues los mismos pretendían compensar a estas provincias de una reducción en los pagos del sistema, la cual, paradójicamente, se producía al tener en cuenta los mismos para el cómputo final.

del sistema per cápita¹⁸⁶. Además, el ejecutivo de HARPER optó por apartarse de la recomendación del panel de expertos de utilizar una fórmula para determinar los fondos totales del programa y volver al sistema diseñado por MARTIN de una cantidad fija, incrementada según el crecimiento del PIB. Esta decisión se fundamentó en dos factores: la condición de receptor de fondos de Ontario y el temor a que una escalada de los precios de la energía aumentara la capacidad fiscal de las provincias que cuentan con estos recursos y que actualmente se encuentran por encima de la media, aumentando el estándar. Ello implicaría que el diferencial con las provincias que carecen de estos recursos creciera, acrecentando los pagos necesarios hasta igualar la capacidad fiscal de las *have not provinces* con el estándar. Sin embargo, la tendencia a la baja de estos precios en el mercado mundial y la progresiva recuperación económica de la industria manufacturera de Ontario, que puede terminar con la condición de elegible de la provincia al aumentar su capacidad fiscal, hace prever que las modificaciones introducidas para contener los costes del programa no sean necesarias en el medio plazo.

La fijación por parte del gobierno federal de un tope máximo en la cantidad de fondos que integran el programa de nivelación provoca que el reparto de los pagos sea un juego de suma cero, en el que cualquier variación provoca que haya ganadores y perdedores. El gobierno federal presupuesta la cantidad total a repartir entre las provincias con derecho, las denominadas *have not provinces*, de manera que para que aumente la cantidad de dinero que una provincia recibe debe disminuir el de otra. Por lo tanto, en el caso de que la capacidad fiscal de una provincia disminuya y aumente su derecho a recibir pagos, esto supone que otra tiene que ver reducida la cantidad que recibe, al mantenerse constante, salvo la actualización por el crecimiento del PIB, el total de la financiación federal¹⁸⁷. Lo mismo sucede en el caso de que en dicho año fiscal haya una nueva provincia con derecho, al reajustarse la cantidad a la que el resto tiene derecho, para no exceder la suma total. Esta circunstancia acentúa las tensiones entre provincias, pues las acciones de una tienen un impacto directo en los fondos a

¹⁸⁶ Para una explicación matemática de estos cambios y su génesis, vid. FEEHAN (2014): 6-9.

¹⁸⁷ Este fue el caso del cierre de la planta nuclear de Gentilly-2 por parte del gobierno de Quebec. Esta decisión redujo su capacidad fiscal, aumentando su derecho a recibir pagos del sistema de nivelación, lo cual tuvo un impacto en los pagos a recibir por Ontario que descendieron en unos 160 millones de dólares (PBO, 2014: 8-9).

recibir por otras, al afectar a variables del sistema como la capacidad fiscal provincial o el estándar de comparación¹⁸⁸.

Esta situación continúa vigente pues el sistema no ha sufrido cambios reseñables en sus dos últimas evaluaciones, siendo renovado en 2018 para el periodo 2019-2024¹⁸⁹. Esta última renovación ha suscitado algunas críticas debido a que no fue anunciada por el gobierno federal previamente ni consultada con las provincias, en un claro ejemplo de la unilateralidad federal que caracteriza al programa de nivelación canadiense. Asimismo, el sistema fue criticado por Alberta, al considerar que debería tener en cuenta el periodo de recesión que ha atravesado la provincia y considerarla elegible. Por su parte, Saskatchewan ha propuesto repartir el 50% de los fondos del programa con base a la fórmula actual y destinar la otra mitad a pagos per cápita al conjunto de las diez provincias.

4.3. Repensando el modelo: alternativas para favorecer la cohesión e integración territorial

El programa de nivelación se ha caracterizado por una constante evolución de naturaleza incremental de los elementos que lo integran, tendente a adaptar el modelo a las necesidades de cada momento histórico. Aunque las necesidades provinciales han influido sobre el diseño del mismo, el motor de cambio ha girado en torno a las necesidades financieras del gobierno federal, siempre temeroso de un incremento sustancial en el coste del programa que comprometiera su balance presupuestario. A pesar de la relativa estabilidad del programa en los últimos años, esta tendencia a la evolución parece lejos agotarse, pues es posible identificar una serie de aspectos cuya resolución será determinante para el devenir del modelo y la cohesión territorial de la federación.

¹⁸⁸ El reseñado ejemplo de Quebec y Ontario ilustra como la fijación de un tope máximo hace que las decisiones de una provincia tengan efectos en otras. Esta reacción en cadena es tal que podría darse el caso en que una subida de impuestos en la provincia con menor capacidad fiscal (en la actualidad la Isla del Príncipe Eduardo) proporcionara un aumento en los pagos del sistema de nivelación a los que tiene derecho dicha provincia pese a aumentar su capacidad fiscal dado el efecto que ello tendría sobre el estándar de comparación.

¹⁸⁹ *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on February 27, 2018 and other measures. First Session, Forty-second Parliament, 64-65-66-67 Elizabeth II, 2015-2016-2017-2018*, p. 389.

4.3.1. La filosofía del sistema y su supeditación al equilibrio presupuestario

El primero de los aspectos a resolver para garantizar que el programa de nivelación actúa como mecanismo corrector de los desequilibrios horizontales existentes en el seno de la federación, cumpliendo con el mandato constitucionalmente establecido, es garantizar la esencia del mismo. La naturaleza intrínseca del programa se ha visto difuminada en los últimos tiempos, especialmente durante los gobiernos de MARTIN y HARPER, pues los objetivos del mismo han quedado supeditados al equilibrio presupuestario federal, relegando a un segundo plano la convergencia de las capacidades fiscales de las unidades federadas.

El programa de nivelación nació en 1957 con la intención de dotar de recursos a las provincias con los que poder ejercer sus competencias, bajo la premisa, acuñada en 1982, de ofrecer servicios públicos comparables a niveles similares de impuestos. Por lo tanto, la limitación del total de fondos asignados al programa a una suma fija incrementada según la evolución del PIB compromete la utilidad del sistema y su viabilidad como reductor de los desequilibrios fiscales horizontales. Esta limitación es contraria al fin que el programa tiene encomendado constitucionalmente pues, dada su propia naturaleza, el sistema necesitará más recursos en periodos de inestabilidad económica en los que la disparidad entre las capacidades fiscales provinciales aumente. Esta desigualdad resultará en un mayor derecho a recibir pagos del programa que, bajo el modelo actual, no se traducirá en pagos reales, dado que los mismos deberán reajustarse para no superar el límite máximo de fondos asignados al programa. Además, dado que el sistema opera como un juego de suma cero, los fondos recibidos por unas provincias pueden verse recortados para incrementar los de otras en caso de que su capacidad fiscal se haya visto reducida en menor proporción que otra de las provincias receptoras.

Con el fin de evitar estos efectos perversos del sistema, el gobierno federal debería modificar los criterios de atribución de fondos al programa de nivelación, haciendo depender la financiación del mismo de una fórmula matemática que permitiera aumentar los fondos disponibles en caso de que se produzca un aumento de las desigualdades fiscales interprovinciales en la línea apuntada por el *Expert Panel on Equalization and Territorial Formula Financing*¹⁹⁰. Esta modificación del programa puede ser compatibilizada con el objetivo de equilibrio presupuestario federal, pudiendo

¹⁹⁰ *Expert Panel on Equalization and Territorial Formula Financing*, p. 46.

compensarse los incrementos en el coste del programa de nivelación con reducciones en las transferencias federales, como el CHT o el CST, a las provincias con mayores capacidades fiscales pues, comparativamente, estas partidas presupuestarias suponen un coste mucho más elevado para el gobierno federal que el programa de nivelación¹⁹¹.

Otra de las amenazas para la continuidad del programa de nivelación tal como fue diseñado es la creciente reclamación por parte de las *have provinces* de recibir parte de los fondos del sistema a pesar de contar con altas capacidades fiscales, como ejemplifica la propuesta de Saskatchewan de repartir el 50% de los fondos destinados al programa con una base estrictamente per cápita independientemente de las capacidades fiscales¹⁹². Este tipo de propuestas se basan en una deliberada ignorancia, aprovechando el desconocimiento del público sobre el funcionamiento del sistema, tanto de la finalidad como del funcionamiento de la nivelación, pues conciben el mismo como un sistema de reparto fraternal cuando el sistema canadiense es estrictamente paternal dado que el mismo se financia con fondos federales. Además, un reparto per cápita de los fondos con independencia de las capacidades fiscales constituiría una alteración de la naturaleza del programa, eliminando el componente de solidaridad reductor de los desequilibrios horizontales y transformándolo en una transferencia incondicionada de fondos de naturaleza similar al CHT y el CST.

Como se ha visto, el sistema de nivelación se compone de multitud de elementos que dan forma al programa. La elección de los mismos debe realizarse sin perder de vista la finalidad última del sistema, que no es otra que la convergencia económica entre las unidades federadas, reduciendo así las desigualdades fiscales horizontales existentes. Este fin debe guiar el desempeño de todos los elementos que componen el sistema, por lo que se debe evitar introducir componentes, como el límite de fondos, que puedan poner en peligro la consecución del mismo.

4.3.2. *Los recursos naturales y su cómputo: hacia un enfoque global*

El cómputo de los ingresos provenientes de los recursos naturales no renovables es uno de los elementos que más controversia ha generado desde que se puso en marcha

¹⁹¹ BÉLAND, LECOURS, MARCHILDON, MOU y OLFERT (2017): 88-93.

¹⁹² GOVERNMENT OF SASKATCHEWAN (2018). El ejecutivo de esta provincia justifica su propuesta en que la misma supone un reparto más justo de los fondos federales dado que con el modelo actual los habitantes de las *have provinces* no reciben contraprestación alguna del programa de nivelación, el cual sostienen con el pago de los impuestos federales.

el programa de nivelación a finales de los años 50, siendo dicho aspecto objeto de numerosas reformas.

El primer aspecto a definir a la hora de configurar el sistema es si estos deben ser incluidos en la fórmula o si, por el contrario, deben ser excluidos, dado el carácter atípico de los mismos, al estar sujetos a factores como la volatilidad, la escasez o la finitud. La inclusión de los ingresos provenientes de estos recursos en el cálculo de las capacidades fiscales provinciales es consecuencia directa de la competencia exclusiva de la que gozan las legislaturas provinciales sobre ellos, especialmente tras la reforma llevada a cabo en 1982, que dotó de rango constitucional a la capacidad tributaria provincial sobre los mismos (artículo 92A.4 de la Constitución de 1867). Por lo tanto, dada su configuración competencial, los recursos naturales no renovables son una fuente tributaria más de los gobiernos provinciales, cuyos ingresos deben ser incluidos como parte de la capacidad fiscal provincial. Es importante destacar que la inclusión de los ingresos provenientes de estos recursos supone introducir un componente de volatilidad en el sistema de nivelación, pues las capacidades fiscales de las provincias que cuentan con estos recursos pueden verse alteradas por un factor exógeno como es el precio de dichos recursos en el mercado mundial, cuyas oscilaciones pueden dar lugar a reducciones o aumentos bruscos de las mismas¹⁹³.

Una vez aceptada la necesidad de incluir estos ingresos en el programa de nivelación, el siguiente aspecto a tratar es si los mismos deben ser incluidos en su totalidad (como sucedía hasta 1974) o si únicamente deben ser tenidos en cuenta en un porcentaje. Esta dicotomía no es baladí, pues los efectos de la misma condicionan el funcionamiento del sistema al repercutir directamente sobre el coste total del mismo. Dado que la distribución de recursos naturales no renovables no es homogénea a lo largo de la federación, la inclusión de la totalidad de los ingresos generados por los mismos conlleva un enorme crecimiento de las capacidades fiscales de las provincias ricas en recursos, notablemente Alberta y Saskatchewan y, más recientemente, Terranova, aspecto que provocó que todas ellas hayan perdido la condición de provincias receptoras de la que gozaban en el momento de creación del programa¹⁹⁴. Además, este aumento de las capacidades fiscales conlleva una elevación del estándar

¹⁹³ Naturalmente, todas las fuentes tributarias se encuentran sujetas a volatilidad pues en tanto gravan la capacidad económica se encuentran expuestas al ciclo económico, si bien unas son más elásticas que otras. La particularidad de los recursos naturales no renovables reside en que su precio se determina en mercados internacionales, siendo los mismos vulnerables a factores exógenos como conflictos bélicos o alteraciones geopolíticas.

¹⁹⁴ ECCLESTONE y WOOLEY (2015): 222-223.

de comparación, aumentando la cantidad de fondos necesaria para igualar las capacidades fiscales entre provincias. Además, el aumento de la media de comparación también puede provocar que provincias que no eran elegibles para recibir fondos pasen a serlo al quedar su capacidad fiscal por debajo del nuevo estándar, tal como sucedió con Ontario hace unos años.

El porcentaje de inclusión de los ingresos provenientes de dichos recursos tiene consecuencias directas sobre el coste total del programa, que será mayor cuanto más disparidad exista entre las capacidades fiscales provinciales, la cual aumentará cuanto más cuantiosos sean los mismos. Por lo tanto, el cómputo de la mitad de los mismos está directamente relacionado con la fijación de un máximo de fondos disponibles para el sistema. Sin el mismo, la cantidad de fondos necesaria se dispararía en el caso de que se computaran el cien por cien de estos ingresos, al aumentar el estándar medio de comparación y, con ello, los pagos necesarios para equilibrar las capacidades. Aunque esta modificación aumentaría el potencial igualador del sistema, la misma parece poco probable al suponer un esfuerzo financiero adicional para el gobierno federal, que no parece dispuesto a aumentar considerablemente los recursos que dedica al mismo¹⁹⁵. Otro de los argumentos recurrentes a la hora de abogar por el cómputo parcial de los mismos es que la titularidad pública de estos obliga a las provincias a incurrir en unos costes de explotación, por lo que su tratamiento debe ser diferente del otorgado a aquellas fuentes privadas que simplemente soportan carga impositiva (caso de los recursos generados por los impuestos sobre la renta o sociedades). Este factor, unido a la volatilidad antes mencionada llevaron al *Expert Panel on Equalization* a recomendar la inclusión del 50% de los ingresos provenientes de los mismos, descartando su inclusión total.¹⁹⁶

Hasta el momento, las consideraciones relativas a los recursos naturales se han hecho en función de los recursos no renovables, fundamentalmente el petróleo y el gas, puesto que han sido los dominantes desde la creación del sistema. Sin embargo, en este punto se hace necesaria la adopción de un enfoque global a la hora de abordar la inclusión de los ingresos derivados de este tipo de recursos. La necesidad de una visión de conjunto nos debe llevar a tratar la inclusión de aquellos recursos naturales que sí son

¹⁹⁵ Como destacó la *Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada* (FEEHAN, 2005: 195-197), no existe un “número mágico” para determinar qué porcentaje elegir, pues como señala BERNARD (2012): 14 cualquier elección supone la búsqueda de un delicado equilibrio entre equidad y eficiencia.

¹⁹⁶ *Expert Panel on Equalization and Territorial Formula Financing*, pp. 56-58.

renovables, en particular de determinadas fuentes de generación de energía eléctrica, pero también otros como los bosques o los fondos pesqueros.

En la actualidad, el sistema de nivelación contempla, junto a los recursos no renovables, una categoría especial integrada por un recurso renovable: la energía hidroeléctrica, siempre que esta sea explotada por una corporación de titularidad provincial¹⁹⁷. La inclusión de estos ingresos responde a la misma justificación antes reseñada para incluir los recursos no renovables: su atribución competencial exclusiva a los Parlamentos provinciales por parte del artículo 92A4.b de la Constitución de 1867, incluyendo la capacidad tributaria sobre la misma. La problemática en torno a este recurso surge debido a que las dos principales provincias productoras, Quebec y Manitoba, cuentan con corporaciones que están integradas verticalmente, dedicándose tanto a la producción de energía como a su distribución y venta¹⁹⁸. Este monopolio provincial sobre el sistema eléctrico les permite disminuir los cánones por la utilización de las aguas provinciales para la generación de electricidad, así como establecer unos precios de la energía inferiores al precio de mercado, en base a consideraciones sociales y económicas, con finalidades como aumentar la competitividad empresarial de aquellos sectores intensivos en energía como es el caso de la metalurgia o la industria pesada. La fijación de un precio inferior al de mercado supone unos menores ingresos para estas provincias y, por ende, unos menores beneficios, aspecto que disminuyéndose artificialmente la capacidad fiscal¹⁹⁹.

Este factor se agrava si tenemos en cuenta que tanto Manitoba como Quebec son provincias receptoras de fondos del sistema de nivelación, aspecto que provoca que ambas carezcan de incentivos para fijar tarifas conformes al mercado, pues verían reducidos los pagos que obtienen, así como perjudicarían a su sector industrial²⁰⁰. El *Expert Panel on Equalization* realizó una serie de recomendaciones tendentes a homogeneizar el tratamiento de los recursos naturales con independencia de su origen y condición, con especial énfasis en el tratamiento de los ingresos generados por las

¹⁹⁷ FEEHAN (2014): 15. Esta inclusión es una de las escasas modificaciones introducidas por el gobierno federal en los últimos años en lo concerniente al tratamiento de los recursos renovables.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pp. 15-16.

¹⁹⁹ Es preciso resaltar que dada la inexistencia en el campo de la energía hidroeléctrica de mercados integrados de los que derivar un estimador de precio, el sistema incorpora como capacidad fiscal de estos operadores la cantidad que perciben los gobiernos provinciales como dividendos, por lo que quedan excluidos de la misma aquellos beneficios no distribuidos, como el caso de la dotación de reservas. Igualmente, los ingresos percibidos por la provincia pueden verse aminorados si el operador decide aumentar las inversiones en la red, pues aumentan los costes y se reducen los beneficios, o si se produce una disminución del ratio de dividendo sobre beneficios.

²⁰⁰ SMART (2007): 1190-1197.

corporaciones provinciales verticalmente integradas como ingresos procedentes de recursos naturales²⁰¹. Sin embargo, estas recomendaciones, cuyo núcleo fue puesto en práctica por el gobierno federal, no corrigen el problema reseñado pues las cantidades a computar se basan en los ingresos reales y no en los potenciales si se aplicara el precio de mercado²⁰². Una posible alternativa sería, como señala FEEHAN, utilizar un indicador de capacidad fiscal de los recursos hidroeléctricos, aprovechando el creciente desarrollo de mercados energéticos en el continente norteamericano²⁰³. Estos indicadores podrían servir de referencia para estimar los ingresos potenciales que dichas provincias podrían obtener y así poder ajustar los pagos del programa de nivelación para evitar que los pagos del mismo compensen el precio anormalmente bajo que estas fijan en el alquiler de sus aguas y la venta de electricidad. A pesar de todo, la implementación de este sistema parece difícil dada la especial trascendencia que dichos cambios tendrían para la provincia de Quebec cuya electricidad es casi totalmente de origen hidroeléctrico.

En aras de adoptar el enfoque global antes señalado a la hora de abordar el cómputo de los recursos naturales, el sistema debería dejar atrás su focalización en recursos no renovables como el petróleo, el gas o el cloruro potásico y evolucionar hacia un modelo que incluya un tratamiento igualitario de los recursos naturales con independencia de la capacidad de renovación de los mismos, incorporando los costes reales de la generación de energía hidroeléctrica y del alquiler de aguas con referencia al precio de mercado para evitar que las provincias que rebajan artificialmente los mismos se vean recompensadas por el programa de nivelación.

4.3.3. *La función integradora de la redistribución horizontal: ¿una herramienta para reducir las tensiones territoriales?*

Como ya se ha avanzado, la utilización de los programas de redistribución federal como mecanismos promotores de la unidad nacional no es nueva, pues dicha noción estuvo en la génesis del sistema canadiense, en la que se perseguía evitar el aislamiento de Quebec en el plano fiscal²⁰⁴. La misma lógica la podemos encontrar en la experiencia comparada, pues la implementación de un sistema de reparto federal en Australia no puede ser entendida sin el intento secesionista de Australia Occidental²⁰⁵.

²⁰¹ *Expert Panel on Equalization and Territorial Formula Financing*, pp. 60-61.

²⁰² *Ibid.* p. 61.

²⁰³ FEEHAN (2014): 16-19.

²⁰⁴ BÉLAND y LECOURS (2014b): 343-346.

²⁰⁵ LECOURS y BÉLAND (2018): 9-11.

Detrás de esta conexión, encontramos la idea de que los programas de nivelación elevan los costes de la secesión²⁰⁶. Esto sucede cuando la tensión secesionista afecta a una unidad sub-estatal, en este caso Quebec, que es receptora de fondos del programa de nivelación. En dicho caso, una hipotética secesión supondría dejar de percibir los mismos, perdiendo este territorio una de sus fuentes de ingresos. Además, no debe olvidarse que, en el caso canadiense, el programa de nivelación federal se articula como una transferencia incondicionada, por lo que la provincia receptora goza de total autonomía a la hora de distribuir su uso. De este modo, el coste de secesión aumenta no solo por la no recepción de fondos, sino porque una hipotética secesión de Quebec no produciría ganancia alguna de autonomía con respecto a la situación actual al no existir una condicionalidad que dejara de aplicarse. En consecuencia, los programas de nivelación aumentan el coste de secesión de las unidades beneficiarias del mismo, disminuyendo la atracción de esta alternativa y reforzando la unidad nacional.

Además de elevar el coste de secesión, la función integradora de los programas de nivelación o redistribución federal se basa en otras dos vertientes. Estrechamente ligada a la idea anterior, está el rol de los programas de nivelación como promotores de la convergencia económica, puesto que los mismos tienen como objetivo principal reducir las desigualdades existentes entre las unidades que componen la federación. La noción de convergencia económica estuvo muy presente en la redefinición de la comunidad nacional en Quebec durante la Revolución Tranquila donde los factores económicos jugaron un importante rol. La necesidad de desarrollar una clase empresarial francófona y el despertar del Estado providencia en Quebec, con una creciente intervención en la economía asumiendo un papel dinamizador de la misma, forman parte del núcleo de la identidad *québécoise*, para la cual la equiparación económica con la mayoría anglófona de Canadá era una prioridad. La búsqueda de la convergencia económica de Quebec respecto al resto de la federación también puede apreciarse en el germen del sistema, evidenciando el deseo de alcanzar la integración de la diferencia quebequesa. Por lo tanto, el programa de nivelación, especialmente si tenemos en cuenta que Quebec ha sido receptora de fondos desde su creación en 1957, ha actuado como catalizador de la integración de Quebec en el seno de la federación, reduciendo el aislamiento fiscal de la provincia y contribuyendo a materializar una de las principales demandas de cambio de la sociedad durante dicho periodo: el desarrollo

²⁰⁶ SORENS (2016): 45. BÉLAND y LECOURS (2014b): 340.

económico de la provincia francófona y la reducción de las disparidades existentes, poniendo fin al atraso con respecto a la mayoría anglófona de Canadá²⁰⁷.

La interrelación entre la promoción de la convergencia económica y el aumento del coste de secesión es tal que el PQ nunca argumentó que la pertenencia a Canadá supusiera una traba para el desarrollo económico de Quebec, ni siquiera durante el periodo más álgido de la crisis constitucional canadiense conducente al referéndum de 1995, centrando su campaña en la identidad nacional. En cambio, el temor a la inestabilidad económica sí que frenó el apoyo a la soberanía, evidenciando las ventajas económicas de la unión federal. Esta aceptación de que la pertenencia a Canadá contribuye al desarrollo económico de Quebec supone el reconocimiento implícito por parte del movimiento soberanista de los beneficios de la pertenencia a un todo más grande, propios del modelo federal; en una línea similar al pensamiento de TOCQUEVILLE ya resaltado con anterioridad.

Junto a estos dos factores, los programas de nivelación también estimulan la unidad nacional pues su presencia tiende a generar un sentimiento de pertenencia y solidaridad entre las unidades sub-estatales como integrantes de un proyecto común. Estos valores están íntimamente ligados a la *patriación* constitucional de 1982, por lo que no es de extrañar que dicho acuerdo constitucionalizara el programa de nivelación, incorporándolo al ideal de nación pancanadiense que se intentaba forjar. A pesar de todo, la función integradora del programa de nivelación con respecto a Quebec no ha estado exenta de críticas, siendo la misma caracterizada como un ejemplo del “federalismo rentable” que defendía BOURASSA²⁰⁸. Como señalan BÉLAND y LECOURS, estas críticas se fundamentan en el hecho de Quebec haya sido la mayor receptora de fondos desde la creación del programa, un aspecto que es interpretado como una contraprestación a cambio de mantener la unidad nacional²⁰⁹. La condición de mayor beneficiario del sistema de la que goza Quebec se debe a dos factores principales: su capacidad fiscal inferior a la media, lo cual la convierte en elegible, y su elevada población, que hace que sea la mayor receptora en términos nominales. Sin embargo, en términos per cápita, provincias como Manitoba o la Isla del Príncipe Eduardo reciben comparativamente mayor cantidad de fondos, suponiendo, además, estos un porcentaje

²⁰⁷ PICKERSGILL (1975): 309.

²⁰⁸ BOURASSA empleó la expresión *fédéralisme rentable* como eslogan electoral en la campaña de las elecciones provinciales de 1970, resaltando los beneficios que reportaba a Quebec la pertenencia a la federación canadiense en contraposición al discurso soberanista del PQ.

²⁰⁹ BÉLAND y LECOURS (2014b): 347-348.

mayor de su PIB que en el caso de Quebec. En consecuencia, Quebec es el máximo receptor de fondos nominalmente debido al mero resultado matemático de aplicar la fórmula que define los pagos, siendo otras provincias las mayores beneficiarias en términos relativos.

Otra premisa recurrente es la aseveración de que el programa de nivelación resulta en que las provincias más ricas financian los amplios programas sociales vigentes en Quebec como parte de la política de integración²¹⁰. Esta premisa, que parece ser políticamente rentable en las provincias del oeste, está basada en dos falacias. La primera de ellas es la ya resaltada presentación del programa de nivelación como fraternal cuando es exclusivamente paternal, por lo que no hay transferencia directa entre provincias. La segunda consiste en ignorar los elementos que se computan en la fórmula, presentando el modelo de forma diferente a la real. Es innegable que la amplia cobertura social ofertada por la provincia es una característica derivada de la Revolución Tranquila, que se ha consolidado dentro de la identidad *québécoise*. No obstante, el programa de nivelación basa su cálculo en las capacidades fiscales y no en las necesidades, por lo que la mayor oferta de servicios públicos por parte de Quebec no influye en el cálculo²¹¹.

En términos de unidad nacional, resulta paradójico que un sistema que tiene en su génesis la cohesión y la integración territorial, evitando el aislamiento de Quebec, un exilio interno como lo caracteriza LAFOREST²¹², sea utilizado para promover un discurso falaz hacia dicha provincia que solo ayuda a alimentar un sentimiento de rechazo que tanto rédito dio al movimiento soberanista en los años 80 y 90. Aunque haya aspectos del sistema, como el tratamiento de la energía hidroeléctrica, que benefician a Quebec, deben rechazarse las críticas al conjunto del sistema, calificándolo como una recompensa a la amenaza de secesión, pues ello supone ignorar las virtudes del mismo, las cuales precisamente pasan por lo contrario, actuando como promotor de la integración de la diferencia y reductor de las tensiones secesionistas.

De todo lo expuesto anteriormente se desprende que, a pesar del escaso interés que ha despertado en la literatura académica la función integradora del federalismo

²¹⁰ Esta crítica es habitual entre la clase política de Alberta, especialmente entre las fuerzas que han dado lugar a la creación del United Conservative Party (TAIT y CRYDERMAN, 2018).

²¹¹ De hecho, el gasto que conlleva este amplio sistema de previsión social ha influido en que Quebec sea, después de Terranova, la provincia con mayor ratio de deuda con respecto a su PIB situándose este en el 46,3% en 2017.

²¹² LAFOREST (2014) define como exilio interno al periodo post 1982 debido a la falta de reconocimiento expreso de la identidad *québécoise* en el texto constitucional y a la incapacidad para concluir con éxito una reforma constitucional que lo haga posible.

fiscal, los programas de redistribución horizontal pueden configurarse como una herramienta más a través de la que canalizar las tensiones territoriales con el objetivo de evitar una crisis secesionista. Esto se debe no solo a que aumente los costes de la secesión, sino a que su funcionamiento tiende a generar una idea de solidaridad y pertenencia a un proyecto común que refuerce los lazos entre comunidades. Sin embargo, a pesar del amplio potencial integrador del mismo, el programa de nivelación canadiense es frecuentemente utilizado como arma política, enfrentando a unos territorios con otros, separándose de la idea integradora con la que fue concebida.

CONCLUSIONES

1. Los orígenes de la crisis constitucional canadiense pueden rastrearse hasta los albores de la Confederación. Las relaciones de cooperación entre las comunidades francófona y anglófona fueron decisivas a la hora de optar por la opción federal, así como contribuyeron a su evolución y desarrollo. Sin embargo, ambas comunidades han adoptado visiones diametralmente opuestas de cómo se forjó la Confederación, resultando en la ausencia de una narrativa común sobre el pacto federal. Mientras en Quebec predomina la concepción de la Confederación como un acuerdo entre dos pueblos iguales, siguiendo la *Compact Theory* descrita por la Comisión Tremblay, la corriente anglófona dominante entiende la federación como una unión de provincias, negando a Quebec una condición distintiva que la diferencie del resto.
2. La Revolución Tranquila iniciada en los años 60 comprendió una serie de cambios tendentes a asegurar la autonomía política y económica de Quebec como sociedad francófona. El principal producto de esta fue la redefinición de la comunidad nacional de Quebec, sustituyéndose la identidad canadiense francesa, construida en torno a la lengua francesa y el catolicismo con la Iglesia católica como institución vertebradora, por una nueva identidad *québécoise* cuyo objetivo principal es aumentar la autonomía política de la provincia. Esta nueva identidad, de carácter territorial, tendrá en la lengua francesa su eje central, pasando el gobierno de Quebec a constituirse como la institución vertebradora, institucionalizando este concepto de nación. Este cambio de paradigma en la cosmovisión de la sociedad quebequesa supone el fin de la subordinación francófona al dominio político y económico anglófono en Quebec, constituyendo el germen del movimiento soberanista.
3. La Revolución Tranquila dio paso a la creación del *Parti québécois* como formación que expresa las demandas de mayor autonomía en el plano político. La llegada al poder del PQ en 1976 y la convocatoria del referéndum sobre la soberanía-asociación en 1980 supusieron el primer desafío al orden constitucional canadiense, dando inicio a un periodo de crisis constitucional que dominará las relaciones entre la provincia y el gobierno federal.
4. La crisis continuó durante el proceso de *patriación* constitucional. Este es heredero de los numerosos intentos de acordar un mecanismo propio de reforma

constitucional, fracasados debido a las reticencias de Quebec, que reclamaba un derecho de veto dada su condición de pueblo fundador. La *patriación* constitucional ideada por P.E. TRUDEAU ambicionaba crear una identidad pancanadiense asentada sobre valores como el multiculturalismo y el bilingüismo con la Carta de Derechos y Libertades como núcleo principal. Esta construcción nacional, que rivalizaba con la identidad *québécoise* surgida en Quebec tras la Revolución Tranquila, tenía el objetivo de evitar un rebrote de la tensión soberanista, creando una sensación de pertenencia a Canadá.

5. Los desacuerdos entre el gobierno federal y las provincias en torno al proceso y el temor a una *patriación* unilateral desembocaron en un conflicto constitucional resuelto por el Tribunal Supremo en el *Patriation Reference*. La existencia de una convención constitucional que requería un grado sustancial de consenso provincial estimuló las negociaciones, llegándose a un acuerdo del que Quebec quedó excluida. Este acuerdo incorporaba un elemento novedoso y singular, la cláusula *notwithstanding*, que permitió vencer las reticencias provinciales hacia posibles interpretaciones centralizadoras de la Carta de Derechos y Libertades.
6. Tras la exclusión de Quebec del proceso de *patriación*, esta provincia reclamó judicialmente un derecho de veto esgrimiendo su condición de pueblo fundador y su carácter de sociedad distinta. Esta pretensión fue rechazada por el Tribunal Supremo en el *Veto Reference*, negando la concepción dual de la Confederación producto de la *Compact Theory*. Dicha decisión supuso el triunfo de la narrativa anglófona del origen del pacto federal y de la relación entre Quebec y Canadá, agravando la crisis constitucional y ahondando en el aislamiento de Quebec en el seno de la federación.
7. Con el objetivo de poner fin al aislamiento constitucional de Quebec tras la *patriación* y rebajar el sentimiento de rechazo existente, el gobierno de MULRONEY inició negociaciones con el objetivo de reintegrar a Quebec en el consenso constitucional. Sobre la base de los cinco puntos demandados por BOURASSA se negoció el Acuerdo del Lago Meech. Este acuerdo daba respuesta a todas las demandas de Quebec salvo el pretendido derecho de veto, aunque se producían avances en el mismo al exigirse la unanimidad para reformar las materias del artículo 42 de la Constitución de 1982.
8. El largo periodo de ratificación y las feroces críticas de TRUDEAU movilizaron a los críticos con el acuerdo. La tensión lingüística creada por la sentencia del caso

Ford, en la que el TS declaraba contrarias a la Carta varias disposiciones de la *Loi 101* que prohibían la rotulación comercial en idioma distinto al francés, y la subsiguiente decisión del gobierno de Quebec de invocar la cláusula *notwithstanding*, unido a las crecientes reivindicaciones de las Primeras Naciones, aumentaron la desconfianza hacia este, reduciendo sus posibilidades de éxito.

9. El uso de la cláusula *notwithstanding* contribuyó a solventar la crisis en el largo plazo, una vez rebajada la tensión. Sin embargo, esta furibunda decisión por parte del gobierno de Quebec agravó la crisis constitucional, frustrando el intento más ambicioso por integrar a Quebec en la era post-1982.
10. El fracaso del Acuerdo del Lago Meech aumentó el sentimiento de rechazo y aislamiento en Quebec, que decidió volver a explorar la vía de la soberanía siguiendo las conclusiones de la Comisión Belanger-Campeau, fijando la fecha límite para la convocatoria de un nuevo referéndum. Ante esta situación, el gobierno federal decidió emprender la búsqueda de un nuevo acuerdo, de cuya negociación Quebec se autoexcluyó hasta que hubo una oferta en firme por parte de la federación. A diferencia del Acuerdo del Lago Meech, el de Charlottetown no estaba centrado en Quebec, sino que también intentaba dar respuesta a las demandas de los colectivos críticos con Meech, siendo mucho menos ambicioso que su predecesor en lo relativo a la integración de la provincia francófona, en particular en lo referente a la cláusula de sociedad distinta.
11. El rechazo en referéndum del Acuerdo de Charlottetown conllevó el fin de la vía constitucional para integrar a Quebec y conseguir la ratificación de la Constitución de 1982 por parte de la Asamblea Nacional. El fracaso de ambos acuerdos reforzó las tesis soberanistas del PQ, volviendo esta formación al gobierno de Quebec con un programa en el que se comprometía a convocar un nuevo referéndum sobre la soberanía de Quebec.
12. El referéndum de 1995 supuso el culmen de la crisis constitucional canadiense, constituyendo el momento más crítico en la historia de la federación. La ajustada victoria del “no” evidenció el alto grado de polarización existente en la sociedad quebequesa, poniendo de manifiesto la necesidad de que el gobierno federal adoptara medidas para integrar a Quebec y reducir la tensión secesionista.
13. Tras el referéndum, el gobierno federal articuló medidas para contrarrestar el auge del soberanismo y evitar el surgimiento de una nueva crisis constitucional.

Este planteamiento combinó dos estrategias: el Plan A, mediante el que se otorgaba un derecho de veto a Quebec y a otras provincias pues no se basaba en una concepción dual de la Confederación, y el B, que optaba por una línea dura con el soberanismo, solicitando una opinión consultiva al Tribunal Supremo sobre la legalidad de una hipotética secesión unilateral de Quebec

14. Desde la óptica del Derecho Internacional, el TS rechaza la existencia de un derecho de autodeterminación aplicable a Quebec, pues el mismo se encuentra acotado a aquellos pueblos oprimidos o sujetos a dominio colonial, circunstancias que no concurren en un estado democrático como Canadá.
15. En su dictamen, el Tribunal Supremo expandió la Constitución al afirmar que esta va más allá de las normas escritas, identificando una serie de principios estructurales –el federalismo, la democracia, el constitucionalismo y el imperio de la ley y la protección de las minorías– que subyacen al texto constitucional. De la interrelación entre estos principios, el Tribunal deriva un deber recíproco de negociar de buena fe la cuestión de la secesión en el caso de que se constate la existencia de una mayoría clara, en sentido cualitativo, con respecto a una pregunta clara sobre la misma.
16. La interpretación realizada por el Tribunal Supremo en el Dictamen sobre la secesión de Quebec supone un cambio de paradigma a la hora de entender la Constitución en relación con la secesión con respecto al tradicional del federalismo estadounidense que negaba cualquier posibilidad de la misma al concebir la unión federal como perpetua e indisoluble. Este nuevo paradigma implica que en el caso de concurrir la voluntad decidida de la población de una provincia, expresada a través de una mayoría clara en sentido cualitativo al respecto de una pregunta clara sobre la secesión, de dejar de formar parte de Canadá, los actores políticos estarán obligados a negociar sobre la posibilidad de reformar la Constitución, por el procedimiento conveniente, para afrontar políticamente dicha voluntad de secesión. El cambio de paradigma convierte al sistema constitucional canadiense en dúctil, aumentando su flexibilidad y dotándolo de una herramienta con la que responder, desde el derecho interno, a una crisis constitucional causada por la amenaza de secesión de una provincia, evitando la ruptura del sistema federal.
17. La reconducción de la secesión al derecho interno implica que en el caso de que el resultado de las negociaciones conduzca a la secesión, esta deberá articularse

a través de una reforma constitucional. El procedimiento de reforma que debería seguirse es una cuestión abierta, al no haber sido fijada por el TS. A pesar de la existencia de opiniones contrapuestas, la que aboga por la unanimidad es la que cuenta con los argumentos más sólidos, pues esta fórmula es la única que garantizar que las dos partes implicadas –la provincia que se quiere separar y el resto de la federación– tengan el mismo poder de decisión durante el proceso negociador.

18. El Dictamen no satisfizo plenamente a ninguna de las partes, aprobando tanto el gobierno federal como el de Quebec normas en las que fijaban su propia interpretación del *Secession Reference*, revindicando sus planteamientos previos. El conflicto entre ambas normas no afecta a la aplicabilidad de las mismas, pues su campo de acción es diferente, pero sí tendría impacto sobre un hipotético proceso negociador sobre la secesión. Aunque la Ley de Claridad supuso un hito en el constitucionalismo canadiense, fijando la posición del Parlamento federal con respecto a la secesión, el conflicto latente existente entre ambas normas cuestiona la idoneidad de este instrumento como herramienta de distensión y solución de conflictos. A la vista de los hechos, debe rechazarse la hipótesis de que la Ley de Claridad haya sido decisiva para rebajar la tensión secesionista en Quebec, no apreciándose una contribución clara de dicha norma a evitar que se produzca una nueva crisis constitucional.
19. Con el objetivo de poner fin a la crisis constitucional y evitar su reedición, se aprecia una variación en el patrón de conducta de los actores constitucionales, buscando atenuar la tensión con Quebec, no abordándose materias de gran relevancia constitucional y renunciando a iniciar un nuevo proceso de reforma constitucional. La agenda conservadora de HARPER, cuya visión del modelo federal era próxima al sistema de compartimentos estancos, ahondó en esta política de distensión. La misma se vio favorecida por su enfoque bilateral a la hora de abordar las relaciones con las provincias, permitiendo mejorar el acomodo de Quebec en la federación a través de dos logros importantes que avanzaban en algunas de las cuestiones sin resolver tras el fracaso del Acuerdo del Lago Meech: la participación en la UNESCO y el reconocimiento de la nación *québécoise*. J. TRUDEAU ha seguido la línea conciliadora de sus predecesores, sin que se hayan producido avances significativos en pos de un mejor acomodo de Quebec en el seno de la federación.

20. Tras más de treinta años en vigor, es posible afirmar que la cláusula *notwithstanding*, especialmente a raíz de sus usos por parte del gobierno de Quebec, es percibida como negativa por parte de la sociedad canadiense, generando su uso un efecto señalador que conlleva un alto coste político y social. Ello ha generado una obligación a los legisladores de anticipar el resultado de una decisión judicial sobre la compatibilidad de la norma en cuestión con la Carta, resultando en un control de constitucionalidad a priori que eleva la protección de los derechos fundamentales en el sistema constitucional canadiense. El efecto señalador y movilizador de la cláusula *notwithstanding* y la voluntad de evitar paralelismos con Quebec han redundado en un uso prácticamente nulo de este mecanismo de integración por parte del gobierno federal y las provincias y territorios anglófonos, con la excepción de su reciente intento de aplicación en Ontario bajo unas premisas que desnaturalizarían la función para la que fue concebida.
21. Los sucesivos gobiernos de Quebec también parecen haber interiorizado los riesgos de la *notwithstanding*, tomando consciencia de la necesidad de huir de soluciones unilaterales y respuestas radicales con el objetivo de evitar una nueva crisis constitucional por lo que, pese a que ha sido objeto de debate público, han descartado, hasta la fecha, volver a hacer uso del mecanismo del artículo 33¹.
22. Una vez reducida la tensión generada en torno al referéndum, se inició un proceso de acomodo progresivo de la diferencia quebequesa con dos ejes principales: la lengua y la educación. En lo concerniente al *visage linguistique*, la doctrina del caso Ford sigue vigente. A pesar de ello, y en claro contraste con lo acaecido hace treinta años, se aprecia un cambio en la forma de actuar del legislador provincial, quien ha tomado conciencia de la necesidad de evitar enfrentamientos a través de respuestas radicales, como quedó evidenciado en el contencioso relativo a las marcas comerciales, en el que el gobierno de Quebec optó por acatar la decisión judicial y emprender las reformas legales necesarias sin recurrir a la cláusula *notwithstanding* como solución radical.
23. En materia educativa, los recientes contenciosos judiciales relativos a las escuelas pasarelas confirman la hipótesis de que los actores constitucionales han

¹ La hipotética aprobación de la *Loi sur la laïcité de l'État*, actualmente en trámite, supondría romper esta tendencia, abriendo un enfrentamiento con el gobierno federal, que ha rechazado frontalmente el contenido de dicha norma.

tomado conciencia de la necesidad de evitar conflictos en la medida de lo posible en pos de una mejor integración de la diferencia quebequesa en la federación. En sus pronunciamientos, el Tribunal Supremo reconoció la relevancia que la protección del francés tiene para la sociedad quebequesa, otorgando a la provincia el plazo de un año para corregir la normativa que había sido declarada inconstitucional. El gobierno de Quebec aprovechó dicho plazo para adoptar las medidas necesarias de manera que fuera posible reconciliar la defensa de sus postulados con el respeto de la Carta de Derechos, sin recurrir a mecanismos extraordinarios, en una muestra de la flexibilidad que permite el modelo federal canadiense.

24. Transcurridos veintitrés años desde el referéndum, la crisis constitucional canadiense aún perdura. Aunque se han producido innegables avances para satisfacer los cinco puntos del Lago Meech, todavía quedan pendientes cuestiones como la limitación del poder de gasto o la inclusión del reconocimiento nacional de Quebec en la Constitución. La Declaración de Afirmación supone una nueva muestra del compromiso de Quebec con la opción federal basada en el principio de igualdad entre gobiernos y el respeto de las competencias provinciales, conteniendo una versión actualizada de las cuestiones pendientes, en la que gana peso la participación provincial en el campo de las relaciones internacionales, en especial en lo relativo a sus áreas de competencia.
25. Desde 1995, el apoyo a la causa soberanista ha caído en declive en ausencia de conflictos constitucionales de envergadura. La experiencia demuestra que, para elevar sus cotas de apoyo, el movimiento soberanista necesita de circunstancias extraordinarias (*hiccups*) que generen un sentimiento de agravio, tensionando al conjunto de la sociedad quebequesa; circunstancia que no se produce desde el propio referéndum. Este declive ha puesto en entredicho la condición dominante del PQ, revolucionando el sistema de partidos en la provincia donde, por primera vez desde hace 50 años, la dinámica electoral no ha girado en torno a la dicotomía soberanía-federalismo. Aunque las perspectivas de una futura secesión se han minimizado, el movimiento soberanista, cuyos apoyos se mantienen estables en cotas cercanas al 35%, no puede darse por derrotado, encontrándose latente, a la espera de que surjan nuevas circunstancias que tensionen las costuras del modelo federal y jueguen a favor de su causa. La

flexibilidad y capacidad del modelo federal canadiense para adaptarse, en la medida de lo posible, a las demandas de Quebec y facilitar la integración de esta provincia dentro de la federación, son las mejores herramientas para que la tensión secesionista continúe siendo reducida.

26. El modelo de distribución de competencias del federalismo canadiense sigue una estructura formal de compartimientos estancos producto de su origen histórico. Las listas competenciales de los artículos 91 y 92 contienen títulos competenciales de naturaleza amplia y flexible que permiten que una Constitución de carácter antiguo pueda evolucionar y adaptarse a los nuevos tiempos. Dentro de estos títulos, se encuadran multitud de materias concretas que no son precisadas en el texto constitucional, por lo que la interpretación judicial de los mismos es de importancia capital.
27. A pesar de la generalidad que caracteriza a dichos títulos, es posible encontrar algunos cuya naturaleza es más cercana a la de materia, dada su especificidad, con el objetivo de evitar que estos sean incluidos dentro de la esfera competencial del otro nivel de gobierno, consagrando un sistema de distribución de competencias en forma de queso gruyer. El *sistema gruyer* de competencias provoca que haya agujeros en la regulación de una materia al encontrarse partes de la misma bajo competencia del otro nivel de gobierno, quedando esta regulada de manera completa por la actuación de los dos órdenes competenciales.
28. En términos generales, los títulos competenciales asignados al gobierno federal en Canadá no difieren de aquellos que podemos encontrar en el federalismo comparado. Un análisis de los mismos nos permite identificar algunas notas características del modelo canadiense, como es la atribución federal de las competencias en materia penal, circunstancia que separa el modelo canadiense de otros sistemas federales contemporáneos, como el estadounidense o el australiano. Otro rasgo característico es la falta de anclaje constitucional de la competencia de relaciones internacionales, producto del origen colonial de Canadá y su vinculación al Imperio Británico. La división de esta competencia entre los dos niveles de gobierno ha permitido a Quebec asumir un rol importante en dicho campo a través del que afirmar su carácter nacional en lo relativo a materias como la lengua, la educación o la cultura.

29. El diseño constitucional esbozado por los Padres de la Confederación ha ido mutando a través de la interpretación judicial, matizando la rigidez original del modelo competencial hasta configurar el actual. Pese a que los Padres de la Confederación optaron por un modelo en el que el gobierno federal tuviera los más amplios poderes posibles en el campo económico, el *Privy Council* adoptó una interpretación restrictiva de la cláusula *trade and commerce*, limitando su radio de acción. A diferencia del *Privy Council*, el Tribunal Supremo ha optado por una interpretación flexible de la cláusula *trade and commerce*, en la que ha primado la unidad y eficiencia económica como vectores transformadores del sistema.
30. La línea interpretativa adoptada por el Tribunal Supremo ha conllevado que el título general de *trade and commerce* haya incorporado multitud de materias concretas que inicialmente se encontraban dentro de la esfera provincial, resultando en una fuerza centralizadora. A pesar de ello, esta es de menor intensidad que en otros modelos federales, favoreciendo un equilibrio entre las dos esferas competenciales, al combinar eficiencia económica e integración territorial. De igual modo, los criterios de eficiencia e interés nacional han marcado la interpretación judicial, a través de la que se han ensanchado los títulos competenciales federales en campos como el seguro de desempleo, el derecho penal, la energía, las comunicaciones o el transporte, incorporando a estos más materias de las que inicialmente los integraban.
31. La existencia de una cláusula residual a favor del nivel federal es un rasgo característico del modelo federal canadiense, diferenciándose de la mayoría de modelos federales, en los que este tipo de cláusulas se contemplan únicamente en relación con las unidades sub-estatales. Aunque este mecanismo fue diseñado como cláusula de cierre del sistema, atribuyendo al nivel federal todas aquellas materias que no se encuentren recogidas en el artículo 92 de la Constitución de 1867, el *Privy Council* realizó una interpretación restrictiva de la misma, limitándola a aquellas materias no enumeradas en el artículo 92 que sean incuestionablemente de importancia para Canadá y que no menoscaben legislación provincial en relación con materias de la lista provincial.
32. La condición de poder residual de la cláusula POGG ha sido rechazada por algunos autores que la entienden como un poder general para legislar, caracterizando la lista del artículo 91 como meros ejemplos de dicho poder. Sin

- embargo, la lista federal de competencias goza de significado propio, pues sin la misma sería imposible deslindar algunas materias del título provincial de propiedad y derecho civil.
33. Una cláusula residual a favor de la federación no implica un mayor grado de centralización con respecto a otros modelos federales que carecen de la misma, pues dicha circunstancia depende de lo amplios que se entiendan los títulos competenciales de las provincias. Además, la fuerza centralizadora de la cláusula POGG se ha visto mitigada por la presencia de una cláusula residual a favor de los parlamentos provinciales. En consecuencia, la cláusula POGG no es más que un mecanismo de atracción de aquellas materias que no encuentren acomodo en los títulos competenciales provinciales, cuyo alcance práctico, tanto en su faceta puramente residual como en la rama del interés nacional, ha sido limitado por los tribunales, manteniendo un equilibrio entre eficiencia y autonomía provincial. Junto a la faceta de cláusula residual, la cláusula POGG también desempeña la función de poder de emergencia que permite alterar temporalmente el modelo de división de poderes, dotando de flexibilidad al sistema federal, para hacer frente a situaciones de extrema gravedad.
34. A diferencia de modelos federales como Australia o los EE.UU., en Canadá las competencias de las provincias son definidas de manera positiva por enumeración y no por exclusión. Esta diferencia no obsta para que las provincias canadienses tengan un núcleo de competencias similar al de otras entidades sub-estatales en estados federales comparables, atribuyéndose poderes en economía, sanidad, educación, asistencia social o administración pública. Dentro de las competencias atribuidas a las provincias, destacan las competencias complementarias que completan títulos federales, cerrando el sistema de reparto de poderes, consolidado un sistema de distribución de competencias en forma de queso gruyer. La división en queso gruyer ha conferido flexibilidad al sistema federal facilitando la integración de la diversidad provincial, y en particular la de Quebec, como ilustra el caso del matrimonio, cuyo régimen legal es de titularidad federal, mientras que la forma o rito de celebración queda reservada a las provincias, aspecto que permitía respetar la tradición católica de Quebec.
35. El análisis del sistema competencial provincial evidencia la existencia de asimetrías constitucionales en relación con la educación y el derecho civil. Estas asimetrías permiten garantizar dos rasgos distintivos de la identidad quebequesa,

- como son la educación en francés y el sistema de *Code Civil*, poniendo de manifiesto la condición integradora del federalismo asimétrico al reforzar el carácter distintivo de Quebec sin menoscabar la igualdad provincial.
36. La interpretación judicial ha ensanchado el título provincial de propiedad y derecho civil hasta convertirlo en la cláusula residual provincial. Entre las materias asignadas al nivel provincial a través de esta cláusula destacan la regulación del mercado de valores y las relaciones laborales. Ambos campos son ejemplo del *sistema gruyer* quedando porciones de la regulación sometidas a competencia federal. El caso del mercado de valores es significativo de la tensión entre autonomía y eficiencia económica, pues la regulación provincial del mismo es uno de los rasgos distintivos del sistema canadiense, habiendo frenado el Tribunal Supremo el expansionismo de la cláusula *trade and commerce* al rechazar los intentos federales por implantar una regulación homogénea.
 37. La interrelación entre las dos cláusulas residuales ha permitido modernizar, gracias a la interpretación judicial, el sistema de distribución de competencias sin necesidad de reformar la Constitución. La naturaleza residual de ambas cláusulas ha ahondado en el *sistema gruyer*, resultando en una elevada complejidad del modelo en la práctica, alejada de la aparente sencillez que se desprende del texto constitucional.
 38. Dado el carácter antiguo de la Constitución de Canadá y las enormes dificultades para concluir una reforma con éxito, agravada tras la patriación de 1982, la interpretación judicial ha sido la que ha marcado el devenir del modelo. El enfoque tradicional, basado en la teoría de los compartimentos estancos (*watertight compartments*), ha ido evolucionando desde la rigidez inicial hacia una concepción más flexible del modelo federal. De esta forma, admite un grado de concurrencia mayor que el contenido en el texto constitucional, que solo contempla la misma para la agricultura y la inmigración –aplicando la primacía federal en caso de conflicto– así como para las pensiones –donde la normativa provincial prima sobre la federal–. Estas asimetrías han permitido a Quebec contar con su propio plan de pensiones y asumir competencias en relación con la inmigración, diferenciándose del resto de provincias que han renunciado a ejercer la competencia en pensiones y han ejercido la de inmigración en un grado menor.

39. La evolución de los criterios interpretativos utilizados por el Tribunal Supremo muestra una clara intención de fomentar la interacción entre los dos niveles de gobierno y promover una visión cooperativa del modelo federal. Sin embargo, el alcance de este principio es todavía reducido, pues no puede limitar la acción legislativa ni alterar el modelo de división de poderes constitucionalmente establecido. La evolución del mismo marcará el futuro del sistema federal, dado que una ampliación de su alcance aumentaría la flexibilidad del sistema de división de competencias, incrementando la interrelación y la concurrencia entre las dos esferas jurisdiccionales.
40. El sistema institucional diseñado en 1867 presentó problemas para canalizar la participación provincial desde su origen, mostrando la dificultad de combinar el sistema tradicional británico con el modelo federal. En los Comunes ello ha desembocado en un parcheo del sistema ante la imposibilidad de concluir una reforma en profundidad. En el caso del Senado, aunar dos tradiciones contrapuestas, como la británica y la estadounidense, ha resultado en diferentes disfuncionalidades, fundamentalmente producto de su carácter designado y la férrea disciplina de partido, que han impedido a dicha institución actuar como cámara de representación territorial a través de la que canalizar las tensiones entre centro y periferia.
41. La reforma de 2015 no ha producido cambios de relevancia en la dinámica del Senado en lo referente a su papel como cámara de representación, aunque sí es posible observar algunos avances en pos de una mayor defensa de los intereses provinciales por parte de los senadores. Con relación a Quebec, el Senado ha canalizado algunas de las demandas de esta provincia –actuando en representación de sus intereses–, cuya toma en consideración por parte del gobierno federal ha reducido las tensiones existentes, favoreciendo la integración de la provincia en el modelo federal.
42. Dada la reducida influencia del Senado sobre el modelo federal, especialmente patente durante la crisis constitucional, y su incapacidad para actuar como cámara de representación territorial, es aconsejable abordar la reforma de la institución o, incluso, su abolición. Sin embargo, ninguna de estas dos opciones parece posible en un futuro cercano debido a la necesidad de articularlas a través de una reforma constitucional, dado que actualmente no existe voluntad política para ello.

43. El elevado grado de rigidez de la Constitución canadiense tras la *patriación* provoca que la interpretación judicial sea el único mecanismo disponible para actualizar el texto constitucional. En consecuencia, el Tribunal Supremo se ha convertido en el vector de la integración territorial, actuando de árbitro territorial entre la federación y las provincias sin que exista consenso sobre si la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido efectos centralizadores o descentralizadores.
44. La controversia relativa a la naturaleza constitucional de la *Supreme Court Act* y su reforma respecto a los tres magistrados provenientes de Quebec cristalizó en el reconocimiento judicial de la importancia de la tradición civilista como uno de los valores cuyo contenido forma parte del núcleo de la identidad quebequesa. Las últimas reformas no han introducido ningún mecanismo que permita la participación provincial en el proceso de selección, más allá de una ronda de consultas con las provincias, a semejanza del modelo australiano.
45. Se observa la aceptación de la necesidad de que el Tribunal Supremo tenga una composición territorial diversa que permita que todas las sensibilidades regionales estén representadas en el intérprete último de la Constitución, potenciando su legitimidad y evitando que sea percibido como una institución federal poco sensible a los intereses provinciales. Esta circunstancia hace posible concebir el Tribunal Supremo como una institución representativa de la diversidad territorial de Canadá, cuestión de especial importancia para Quebec, dado que el TS se ha mostrado más favorable al reconocimiento del carácter distinto de Quebec que cualquier otra institución. Finalmente, también se detecta la voluntad gubernamental tendente a dotar al Tribunal Supremo de un carácter inclusivo y simbólico, con especial énfasis sobre los pueblos indígenas y la minoría francófona.
46. Espoleado por la rigidez del texto constitucional, Canadá ha desarrollado un importante sistema de relaciones intergubernamentales a través del que canalizar las tensiones entre centro y periferia, un proceso que se ha visto favorecido por la incapacidad del Senado para actuar como cámara de representación territorial. Los numerosos acuerdos concluidos suponen la constatación de la flexibilidad que permite el sistema de relaciones intergubernamentales como alternativa a un proceso de reforma constitucional, incrementándose la cooperación entre los diferentes gobiernos.

47. Las relaciones verticales, con la CPM como piedra angular, han servido para articular el diálogo entre los dos niveles de gobierno, cuyo contenido ha girado en torno a tres ejes principales: reforma constitucional, unión económica y políticas públicas. Tras los fracasos del Lago Meech y Charlottetown, el sistema de relaciones intergubernamentales se consolidó como una alternativa a la vía constitucional para modernizar y mejorar el funcionamiento del sistema federal, dando lugar a acuerdos como el AIT o el CFTA.
48. Las relaciones intergubernamentales verticales han posibilitado introducir un mayor grado de asimetría en el sistema federal canadiense, dando respuesta a las diferentes necesidades provinciales. Estas asimetrías han permitido otorgar un tratamiento diferenciado a Quebec en áreas como inmigración, sanidad, asistencia social o incluso permitir la participación de la provincia en la UNESCO, contribuyendo a su acomodo en la federación y reduciendo la tensión secesionista. Estas asimetrías no han sido percibidas como un tratamiento privilegiado por el resto de provincias, detectándose un efecto imitación (*catching-up*) en algunos campos.
49. La creación e impulso del Consejo de la Federación a iniciativa de Quebec respondió a dos objetivos principales: modernizar el sistema federal a través de la cooperación horizontal y garantizar el respeto de la autonomía provincial, consolidando un modelo federal asimétrico que permita a Quebec desarrollar y proteger sus características distintivas. El COF se ha mostrado mucho más proactivo que la CPM, aprendiendo de los defectos de esta, y configurándose como un actor relevante, generando una fuerza *bottom-up* capaz de influenciar la formación de la voluntad federal. A pesar de ello, el diálogo interprovincial es todavía frágil, mostrando deficiencias a la hora de abordar asuntos de gran controversia política.
50. El sistema de relaciones intergubernamentales, en particular, la CPM, podría configurarse como una alternativa al disfuncional Senado canadiense. Para ello, deberían paliarse sus principales déficits: la falta de institucionalización del sistema y la carencia de validez jurídica de sus acuerdos, estableciendo convocatorias fijas e implementando mecanismos de decisión basados en la regla de mayoría, prescindiendo del consenso. La CPM está capacitada para suplir el papel de cámara de representación territorial que el Senado ha sido incapaz de desempeñar, dando voz a los gobiernos provinciales en la formación

de la voluntad federal. Sin embargo, parece más apropiado concebir este sistema como complemento en lugar de como alternativa, pues no debe desdeñarse la utilidad de las funciones de enfriamiento y mejora de textos legislativos que desempeña el Senado.

51. Combinar el sistema de relaciones intergubernamentales con un Senado que actúe como cámara de reflexión podría contribuir a mejorar el funcionamiento del sistema federal, reduciendo tensiones, incluida la secesionista, y canalizando el diálogo entre el ejecutivo federal y las provincias.
52. El desarrollo de un sistema fuerte de relaciones intergubernamentales ha contribuido a integrar la diversidad territorial, canalizando el diálogo entre centro y periferia. No obstante, todavía existe margen de mejora para potenciar el alcance del mismo si se corrigen las disfuncionalidades existentes y surge una voluntad política de avanzar hacia una concepción más cooperativa del modelo federal.
53. El modelo fiscal canadiense se caracteriza por la existencia de una asimetría constitucional desde el lado del ingreso a favor del nivel federal, que cuenta con un poder general en materia tributaria. En cambio, el título provincial está configurado de manera restrictiva, estando limitado a la imposición directa dentro del territorio de la provincia y para sufragar fines provinciales.
54. La interpretación judicial ha sido decisiva para reconciliar el diseño constitucional original con la realidad económica contemporánea. Los tribunales han matizado la asimetría constitucional permitiendo ampliar las bases tributarias de las provincias a gravámenes que, dada su naturaleza, son entendidos como indirectos en términos estrictamente fiscales.
55. La evolución del modelo, desde la centralización de los *Wartime Tax Agreements*, muestra una progresiva ganancia de autonomía en materia tributaria por parte de los gobiernos provinciales hasta situarse en las más altas cotas en términos comparados. Tras un periodo de progresiva homogeneización del sistema, en el que solo Quebec mostró voluntad por conservar una total autonomía fiscal, el sistema actual se caracteriza por la cooperación entre gobiernos y una creciente diversidad de esquemas tributarios entre provincias. El aumento de la cooperación ha evitado que surja una nueva dinámica centralizadora, canalizando las tensiones existentes a través del sistema de

- relaciones intergubernamentales y reduciendo el desequilibrio fiscal que existía desde los inicios de la Confederación.
56. A la vista de los cálculos presentados, se confirma la existencia de un desequilibrio fiscal vertical en los términos definidos por la Comisión Séguin. Este desequilibrio supone que las provincias son totalmente dependientes de las transferencias federales, pues no podrían mantener sus niveles actuales de gasto en ausencia de las mismas. La existencia de desequilibrios fiscales entre los diferentes niveles de gobierno, ya sean verticales u horizontales, contribuye a aumentar las tensiones territoriales, por lo que es necesario que estos sean corregidos con el fin de permitir que las provincias sean totalmente autónomas a la hora de ejercer sus competencias, sin que la falta de recursos financieros constituya un impedimento para ello.
57. El desequilibrio fiscal vertical existente en Canadá es paliado parcialmente por el recurso federal al poder de gasto, prerrogativa que carece de soporte constitucional expreso. Dicho poder ha adoptado tres manifestaciones principales: los programas compartidos, las transferencias federales y los pagos directos.
58. Los programas compartidos se caracterizan por la unilateralidad federal a la hora de su implementación y finalización. Quebec ha rechazado formar parte de algunos de estos programas, reclamando un derecho de compensación financiera para poner en marcha programas propios, lo que no ha sido aceptado por el gobierno federal. Dichos programas han sido progresivamente sustituidos por una dinámica de transferencias federales; cuyo diseño, implementación y reforma ha respondido exclusivamente a intereses federales, prescindiéndose de los provinciales.
59. Con la excepción de los pagos directos, cuya naturaleza conlleva una actuación *ultra vires*, no es posible afirmar que la condicionalidad aparejada al poder de gasto suponga un menoscabo del principio federal, aunque sí actúa como fuerza centralizadora. El grado de intensidad de la condicionalidad existente en Canadá y, en particular, de los estándares nacionales que lleva aparejado el CHT es reducido. Dichos estándares hacen que la *Canada Health Act* se configure como una suerte de legislación básica con la finalidad de asegurar un determinado grado de homogeneidad entre provincias. La próxima revisión del sistema presenta una oportunidad para reformular el mismo, con el fin de mejorar la

- eficiencia del sistema federal y aumentar la autonomía provincial, sin que ello suponga renunciar a un cierto grado de homogeneidad nacional.
60. Con la notable excepción de los EE.UU. y México, los sistemas de redistribución horizontal son una constante en los estados federales, apreciándose cierta homogeneidad en los elementos que integran estos programas. El sistema canadiense se caracteriza por depender exclusivamente del gobierno federal sin intervención provincial alguna. Las múltiples reformas del mismo no han afectado a su núcleo y filosofía, detectándose un efecto *spillover*, por el que unos cambios han llevado a otros, con el objetivo de adaptar el sistema a las necesidades del gobierno federal y, en menor medida, de las provincias.
 61. Con la finalidad de favorecer la cohesión e integración territorial, reduciendo las tensiones territoriales y mejorando el funcionamiento del sistema federal, deberían acometerse reformas del sistema tendentes a establecer una fórmula de financiación del programa, así como considerar la oportunidad de adoptar un enfoque global en el cómputo de los recursos naturales.
 62. Los programas de redistribución horizontal pueden configurarse como un instrumento a través del que canalizar las tensiones territoriales con el objetivo de evitar una crisis secesionista. Por ello, la voluntad de integrar a Quebec y romper su aislamiento en el campo fiscal estuvo presente en la creación del programa de nivelación canadiense, aunque este no fue concebido para otorgar un tratamiento especial a dicha provincia. Estos programas aumentan los costes de la secesión cuando la tensión secesionista afecta a una entidad sub-estatal que, como Quebec, es receptora neta de fondos. Además, tienen una función integradora, fomentando una idea de solidaridad y pertenencia a un proyecto común que refuerza los lazos entre comunidades y reduzca la tensión secesionista.
 63. El programa de nivelación canadiense ha actuado como catalizador de la integración de Quebec en el seno de la federación, reduciendo el aislamiento fiscal de la provincia y contribuyendo a materializar una de las principales demandas de cambio de la sociedad quebequesa durante la Revolución Tranquila: el desarrollo económico de la provincia francófona, poniendo fin al atraso con respecto a la mayoría anglófona de Canadá. A pesar del amplio potencial integrador que encierra el programa de nivelación, este es

frecuentemente utilizado en Canadá como arma política, enfrentando a unos territorios con otros, separándose de la idea integradora con la que fue concebido.

64. Como conclusión final, procede retomar las cuestiones que se ponían de manifiesto al comienzo de este trabajo. En primer lugar, se presentaba la hipótesis de que, dado el alto grado de rigidez de la Constitución, se han desarrollado otras vías de acomodo e integración de la diversidad territorial, evitando que se reedite la crisis constitucional de finales del s. XX y reduciendo el apoyo a la secesión. Esta hipótesis se ha confirmado, pues el sistema federal canadiense ha sido capaz de ir integrando progresivamente a Quebec a través de diferentes mecanismos, habiéndose reducido el apoyo a la secesión hasta una de sus cotas más bajas, sin que se haya producido una nueva crisis constitucional. A través de la descripción global del sistema federal que se ha llevado a cabo, se han identificado y explorado los elementos de este –caso del cambio de paradigma a la hora de concebir la Constitución con respecto a la secesión, la cláusula *notwithstanding*, la interpretación judicial del sistema de competencias o la cooperación intergubernamental– que han posibilitado encontrar vías de acomodo alternativas a la modificación constitucional, confirmándose que el modelo federal puede configurarse como una alternativa a la secesión, pues la flexibilidad que este permite posibilita integrar diferentes sensibilidades, notablemente la de Quebec, dentro de un estado fuerte. Esta integración ha sido posible gracias a que la mayoría de actores políticos han modificado su patrón de conducta, siendo más sensibles a la integración de la diferencia y tomando consciencia de la necesidad de dejar atrás las soluciones unilaterales en pos de soluciones negociadas y cooperativas. Igualmente, no se han observado, con la notable excepción del Senado, disfuncionalidades graves en el desempeño del modelo federal que impidan que este sea un instrumento a través del que acomodar a comunidades nacionales descontentas, por lo que debe afirmarse que su funcionamiento ha sido correcto. El éxito cosechado por este modelo con respecto a la integración de Quebec, reconduciendo una crisis secesionista que tensionó enormemente las costuras del sistema constitucional hasta volver a alcanzar la estabilidad, puede ser de gran interés para España. En consecuencia, las lecciones extraídas de la experiencia canadiense nos deben servir para desarrollar futuras líneas de investigación que contribuyan a desarrollar un

marco jurídico con el que dotar de flexibilidad al sistema constitucional y para conseguir un correcto acomodo de las diferentes sensibilidades territoriales, reduciendo el apoyo a la secesión y evitando la quiebra del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

1. FUENTES DOCUMENTALES

ABEL, A.S. (1941): The Commerce Clause in the Constitutional Convention and in Contemporary Comment en *Minnesota Law Review*, Vol. 25, No. 4, pp. 432-494.

ABEL, A.S. (1968): What Peace, Order and Good Government? en *West Ontario Law Review*, No. 7, Vol. 1, pp. 1-17.

ABEL, A.S. (1969): The Neglected Logic of 91 and 92 en *University of Toronto Law Journal*, No. 19, pp. 487-521.

ADAM, Marc-Antoine, BERGERON, Josée y BONNARD, Marianne (2015): Intergovernmental relations in Canada: Competing Visions and Diverse Dynamics en POIRIER, Johanne, SANDERS, Cheryl y KINCAID, John (eds.): *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Oxford University Press, Don Mills, pp. 135-173.

AGRANOFF, Robert (1999): Power Shifts, Diversity and Asymmetry en AGRANOFF, Robert (ed.): *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, Nomos, Baden-Baden, pp. 11-23.

AGRANOFF, Robert (2004): Autonomy, devolution and intergovernmental relations en *Regional & Federal Studies*, Vol. 14, No. 1, pp. 26-65.

AHN, Namkee, ALONSO MESEGUER, Javier y HERCE SAN MIGUEL, José A. (2003): *Gasto sanitario y envejecimiento de la población en España*, Fundación BBVA, Bilbao.

AJA, Eliseo (2014): *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza Editorial, Madrid.

AJZENSTAT, Janet (1997): Reconciling Parliament and Rights: A. V. Dicey Reads the Canadian Charter of Rights and Freedoms en *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 30, No. 4, pp. 645-662.

AJZENSTAT, Janet (2003): "Bicameralism and Canada's Founders: The origins of the Canadian Senate" en JOYAL, Serge (Ed.): *Protecting Canadian Democracy: The Senate You Never Knew*, MGQUP, Montreal & Kingston, pp. 3-30.

AJZENSTAT, Janet (2007): *The Canadian founding: John Locke and parliament*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston.

AJZENSTAT, Janet (et al) (1999): *Canada's Founding Debates*, University of Toronto Press, Toronto.

AJZENSTAT, Janet, ROMNEY, Paul, GENTLES, Ian y GAIRDNER, William D. (eds.) (1999): *Canada's Founding Debates*, Sotddart, Toronto.

ALBERT, Richard (2008): The Reincarnation of the Notwithstanding Clause en *Alberta Law Review*, Vol. 45, No. 4, pp. 1037-1069.

ALBERT, Richard (2015): The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada en *Alberta Law Review*, Vol. 53, No. 1, pp. 85-113.

ALBERT, Richard (2018): The Desuetude of the Notwithstanding Clause – And How to Revive It en MACFARLANE, Emmett (ed.): *Policy Change, Courts, and the Canadian Constitution*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 146-165.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (1986): *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

ALLEN, April (2012): Buying Votes, Building Identities: Federal Social Policy Responses to Sub-State Nationalism in Québec en *American Review of Canadian Studies*, Vol. 42, Issue 2, pp. 210-235.

AMBROSANIO, Maria Flavia, BALDUZZI, Paolo y PEITI, Claudia (2018): Accountability and Revenue Assignment across Levels of Government: Rules, Practices, and Challenges en VALDESALICI, Alice y PALERMO, Francesco: *Comparing Fiscal Federalism*, Brill Nijhoff, Leiden, pp. 119-148.

ANDERSON, George (ed.) : *Internal markets and multi-level governance : the experience of the European Union, Australia, Canada, Switzerland, and the United States*, Oxford University Press, Londres.

ANKLI, Robert E. (1971): The Reciprocity Treaty of 1854 en *The Canadian Journal of Economics*, Vol. 4, No. 1, pp. 1-20.

ARBESS, Daniel J. (1983): Limitations on Legislative Override under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Matter of Balancing Values en *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 21 No.1, pp. 113-141.

ARDEN, Mary (2015): *Common Law and Modern Society*, Oxford University Press, Oxford.

ARONEY, Nicholas (2009): *The Constitution of a Federal Commonwealth. The Making and Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge.

ARONEY, Nicholas (2016): Devolutionary Federalism Within a Westminster-derived Context en MCHARG, Aileen, MULLEN, Tom, PAGE, Alan y WALKER, NEIL (2016): *The Scottish Independence Referendum. Constitutional and Political Implications*, Oxford University Press, Oxford, pp. 296-324.

ARONEY, Nicholas y KINCAID, John (2017): *Courts in Federal Countries. Federalist or Unitarist?*, University of Toronto Press, Toronto.

ARONEY, Nicholas, GERANGELOS, Peter, MURRAY, Sarah y STELLIOS, James (2015): *The Constitution of the Commonwealth of Australia. History, principle and interpretation*, Cambridge University Press, Cambridge.

AXWORTHY, Thomas S. (2007): The notwithstanding clause: sword of Damocles or paper tiger? en *Policy Options*, Vol. 28, No. 3, pp. 58-63.

BACH, Stanley (2003): *Platypus and Parliament: The Australian Senate in Theory and Practice*, Department of the Senate, Canberra.

BAGEHOT, Walter (1963): *The English Constitution*, Fontana/Collins, Glasgow.

BAGEHOT, Walter (2010): *La Constitución inglesa*, CEPC, Madrid.

BAIER, Gerald (2008): The Courts, the Division of Powers and Dispute Resolution en BAKVIS, Herman y SKOGSTAD, Grace: *Canadian Federalism. Performance, Effectiveness and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 23-40.

BAIER, Gerald (2013): The Historical and Contemporary Challenges of Canada's Division of Powers en LÓPEZ BASAGUREN, Alberto y ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire (eds.): *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*, Vol. I, Springer, Heidelberg, pp. 303-312.

BARNETT, Randy E. (2001): The Original Meaning of the Commerce Clause en *The University of Chicago Law Review*, No. 68, pp. 101-147.

BAKVIS, Herman BAIER, Gerald y BROWN, Douglas (2009): *Contested Federalism. Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Oxford University Press, Oxford.

BANTING, Keith G. (1987): *The Welfare State and Canadian Federalism*, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston.

BANTING, Keith G. (1988): Federalism, Social Reform and the Spending Power en *Canadian Public Policy*, Vol. 14, pp. 81-92.

BASHEVKIN, Sylvia (2000): Rethinking Retrenchment: North American Social Policy during the Early Clinton and Chrétien Years en *Canadian Journal of Political Science* Vol. 33, No. 1, pp. 7-36.

BASTIEN, Frédéric (2013): *La Bataille de Londres. Dessous, Secrets et Coulisses du Rapatriement Constitutitonnal*, Boréal, Montreal.

BASTIEN, Frédéric (2014): *The Battle of London: Trudeau, Thatcher, and the Fight for Canada's Constitution*, Dundurn, Toronto.

BEAUDOIN, Gérald-A. (2004): *La Constitution du Canada*, Wilson & Lafleur, Montreal.

BÉLAND, Daniel y LECOURS, André (2005): The Politics Of Territorial Solidarity Nationalism and Social Policy Reform in Canada, the United Kingdom, and Belgium en *Comparative Political Studies*, Vol. 38, No. 6, pp. 676-703.

BÉLAND, Daniel y LECOURS, André (2008): *Nationalism and Social Policy. The Politics of Territorial Solidarity*, Oxford University Press, Nueva York.

BÉLAND, Daniel y LECOURS, André (2009): Federalism and Fiscal Policy: The Politics of Equalization in Canada en *Publius*, No. 40, Vol. 4, pp. 569-596.

- BÉLAND, Daniel y LECOURS, André (2010): Does nationalism trigger welfare-state disintegration? Social policy and territorial mobilization in Belgium and Canada en *Environment and Planning C: Politics and Space*, Vol. 28, pp. 420-434.
- BÉLAND, Daniel y LECOURS, André (2011): The Ideational Dimension of Federalism: The 'Australian Model' and the Politics of Equalisation in Canada en *Australian Journal of Political Science*, Vol. 46, No. 2, pp. 199-212
- BÉLAND, Daniel y LECOURS, André (2014a): Fiscal federalism and American exceptionalism: why is there no federal equalisation system in the United States? en *Journal of Public Policy*, Vol. 34, Issue 2, pp. 303-329.
- BÉLAND, Daniel y LECOURS, André (2014b): Accommodation and the politics of fiscal equalization in multinational states: The case of Canada en *Nations and Nationalism*, No. 20, Vol. 2, pp. 337-354.
- BÉLAND, Daniel, LECOURS, André, MARCHILDON, Gregory P., MOU, Haizhen y OLFERT, Rose (2017): *Fiscal Federalism and Equalization Policy in Canada. Political and Economic Dimensions*, University of Toronto Press, Toronto.
- BELLAMY, Richard (2007): *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- BENZ, Arthur (2016): *Constitutional policy in multilevel government: the art of keeping the balance*, Oxford University Press, Oxford.
- BERGERON, Gérard (1971): *Du Duplessisme à Trudeau et Bourassa 1956-1971*, Parti Pris, Montreal.
- BERLE, Adolf A. y MEANS, Gardiner C. (1968): *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt, Brace and World, Nueva York.
- BERNARD, Jean-Thomas (2012): The Canadian Equalization Program: Main Elements, Achievements and Challenges en *The Federal Idea*, pp. 1-17.
- BILBAO UBILLOS, Juan María (1999): La secesión de Quebec en *Cuadernos de Alzate: Revista vasca de la cultura y las ideas*, No. 21, pp. 83-118.
- BINETTE, André (2000): Principles en GAGNON, Alain-G. (ed.) *The Canadian Social Union without Quebec*, Institute for Research on Public Policy, Montreal, pp. 37-70.
- BIRD, Richard M. y SLACK, Enid (1990): Equalization: The Representative Tax System Revisited en *Canadian Tax Journal*, Vol. 38, No. 4, pp. 913-927.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. (2016): ¿Por qué la federalización de España no ha colmado la reivindicación nacionalista? en RUBIO LLORENTE, Francisco et al (cords.): *La Constitución Política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, pp. 417-437.
- BOADWAY, Robin y SHAH, Anwar (2007): *Intergovernmental Fiscal Transfers: Principles and Practice*, World Bank, Washington D.C.
- BOGDANOR, Vernon (1999): *Devolution in the United Kingdom*, Oxford University Press, Oxford.

- BOGDANOR, Vernon (2009): *The New British Constitution*, Hart Publishing, Oxford.
- BOISMENU, Gérard (1993): When More is Too Much: Quebec and the Charlottetown Accord en BROWN, Douglas y YOUNG, Robert (Eds.): *Canada: The State of the Federation 1993*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, pp. 45-60.
- BOLLEYER, Nicole (2006): Federal Dynamics in Canada, the United States and Switzerland: How Substates' Internal Organization Affects Intergovernmental Relations en *Publius*, Vol. 36, No. 4, pp. 471-502.
- BOLLEYER, Nicole (2009): *Intergovernmental Cooperation: Rational Choices in Federal Systems and Beyond*, Oxford University Press, Oxford.
- BON, Pierre (2014): La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 100, pp. 167-188.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio (1986): *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio de la Constitución de EE. UU.*, INAP, Alcalá de Henares.
- BORK, Robert H. y TROY, Daniel E. (2002): Locating the Boundaries: The Scope of Congress's Power to Regulate Commerce en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 25, No. 3, pp. 849-893.
- BOURQUE, Giles y FRENNETE, Nicole (1970): La structure nationale québécoise en *Socialisme québécoise*, Vol. 21, No. 2.
- BRADY, Alexander (1952): *Democracy in the dominions: a comparative study in institutions*, University of Toronto Press, Toronto.
- BRAND, Marcus (2017): Achieving 'Genuine Federalism'? Myanmar's Inexorable Path Towards Constitutional Devolution and Decentralised Governance en HARDING, Andrew (ed): *Constitutionalism and Legal Change in Myanmar*, Hart Publishing, Oxford, pp. 135-155.
- BRAUN, Dietmar (2009): Constitutional Change in Switzerland en *Publius. The Journal of Federalism*, Vol. 39, No. 2, pp. 314-340.
- BREDT, Christopher D. y DODEK, Adam (2011): The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter en *Supreme Court Law Review*, Vol. 14, pp. 175-188.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. (ed): *Constitutional Courts as Positive Legislators*, University of Cambridge Press, Cambridge.
- BROCK, Kathy. 1995. The End of Executive Federalism? en ROCHER, Francois y SMITH, Miriam (eds.): *New Trends in Canadian Federalism*, Broadview Press, Peterborough.
- BROOKE, Jeffrey (2010): *Divided Loyalties: The Liberal Party of Canada 1984-2000*, Toronto University Press, Toronto.

BROUILLET, Eugénie (2006): The Federal Principle and the 2005 Balance of Powers in Canada en *Supreme Court Law Review*, Vol. 34, pp. 307-333.

BROUILLET, Eugénie (2011): Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? en *Supreme Court Law Review*, No. 54, pp. 601-632.

BROUILLET, Eugénie (2017): The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and Its Effect on the Balance of Power en ARONEY, Nicholas y KINCAID, John (2017): *Courts in Federal Countries. Federalist or Unitarist?*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 135-164.

BROUILLET, Eugénie y TANGUAY, Yves (2013): The Legitimacy of Constitutional Arbitration en VERRELLI, Nadia (ed.): *The Democratic Dilemma: Reforming Canada's Supreme Court*, Institute of Intergovernmental Relations, Montreal & Kingston, pp. 125-143.

BROUILLET, Eugénie, GAGNON, Alain-G. y LAFOREST, Guy (2016): *La Conférence du Québec de 1864. 150 ans plus tard. Comprendre l'émergence de la fédération canadienne*, Presses de l'Université de Laval, Laval.

BROWN, Douglas M. (2008): Fiscal Federalism: Searching for a Balance en BAKVIS, Herman y SKOGSTAD (eds.) *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness and Legitimacy*, Oxford University Press, Toronto, pp. 63-88.

BROWN-JOHN, C. Lloyd y PAWLEY, Howard (2005): When legal systems meet: bijuralism in the Canadian federal system en *BCN Political Science Debates*, 2005, No. 4, pp. 147-170.

BRUN, Henri TREMBLAY, Guy y BROUILLET, Eugénie (2008): *Droit Constitutionnel*, 5^e Edition, Yvon Blais, Cowansville.

BRUN, Henri TREMBLAY, Guy y BROUILLET, Eugénie (2014): *Droit Constitutionnel*, 6^e Edition, Yvon Blais, Cowansville.

BRUN, Henri y TREMBLAY, Guy (1990): *Droit Constitutionnel*, Yvon Blais, Cowansville.

BRUN, Henri, TREMBLAY, Guy y BROUILLET, Eugénie (2014): *Droit constitutionnel*, 6th edition, Éditions Yvon Blais, Montreal.

BUCHANAN, Allen (1997): Theories of Secession en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 26, No. 1, pp. 31-61.

BURELLE, André (2005): *Pierre Elliot Trudeau. L'intellectuel et la politique*, Fides, Montreal.

BURGESS, Michael (1993): Constitutional Reform in Canada and the 1992 Referendum en *Parliamentary Affairs*, Vol. 46, No. 3, pp. 363-379.

BURGESS, Michael (1995): *The British Tradition of Federalism*, Leicester University Press, Londres.

BURGESS, Michael (2006): *Comparative federalism: theory and practice*, Routledge, London.

BURNS, Ronald M. (1980): *The acceptable mean: The tax rental agreements, 1941-1962*, Canadian Tax Foundation, Toronto.

BZDERA, André (1993): Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory of Judicial Review en *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 26, No. 1, pp. 3-29.

CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel (2005): Distribución de Competencias y Control Jurisdiccional en el Federalismo Alemán en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 75, pp. 289-324.

CAIRNS, Alan C. (1968): The Electoral System and the Party System in Canada, 1921-1965 en *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 1, No. 1, pp. 55-80.

CAIRNS, Alan C. (1985): The Politics of Constitutional Renewal in Canada en BANTING, Keith G. y SIMEON, Richard (Eds.): *Redesigning the state: the politics of constitutional change*, University of Toronto Press, Toronto y Buffalo, pp. 95-145.

CAIRNS, Alan C. (1992): *Charter versus Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reforms*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston.

CAIRNS, Alan C. (1994): The Charlottetown Accord: Multinational Canada v. Federalism en COOK, Curtis (ed). *Constitutional Predicament. Canada after the Referendum of 1992*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston, pp. 25-63.

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio (2013): El derecho de secesión en Canadá: una regulación jurídica completa y un problema político sin resolver en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, No. 25, pp. 107-124.

CAMBELL, Robert M. y PAL, Leslie A. (1989): *The Real Worlds of Canadian Politics*, Broadview Press, Peterborough.

CAMERON, Barbara (2008): Accountability Regimes for Federal Social Transfers: An Exercise in Deconstruction and Reconstruction en Graefe, Peter, Simmons, Julie M. y White, Linda A. (eds.): *Overpromising and Underperforming?: Understanding and Evaluating New Intergovernmental Accountability Regimes*, University of Toronto Press, Toronto.

CAMERON, David y SIMEON, Richard (2002): Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism en *Publius*, No. 32, Vol. 2, pp. 49-71.

CAMERON, Jamie (1998): To amend the process of amendement en BEAUDOIN, Gérald-A. et al.: *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Wilson y Lafleur, Montreal, pp. 315-324.

CAMERON, Jamie (2002): The Written Word and the Constitution's Vital Unstated Assumptions en THIBAUT, Pierre, PELLETIER, Benoît y PERRET, Louis (eds.): *Essays in Honour of Gérard E. Beaudoin. The Challenges of Constitutionalism*, Yvon Blais, Cowansville, pp. 89-113.

CAMERON, Silver Donald (2010): *A Million Futures: The Remarkable Legacy of the Canada Millennium*, Douglas & McIntyre, Vancouver.

CARDINAL, Linda (2016): Language Politics and Language Policies in Quebec and Canada en GERVAIS, Stéphan, KIRKEY, Christopher y RUDY, Jarret (eds.): *Quebec Questions. Quebec Studies for the Twenty-First Century*. Second Edition, Oxford University Press, Don Mills, pp. 175-196.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond (2011): *La Ley, expresión de la voluntad general*, Marcial Pons, Madrid.

CASSESE, Antonio (1995): *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge.

CASTELLÀ ANDREU, Josep María (2014): Canadá: Un laboratorio del federalismo en SOLOZÁBAL ECHEBARRÍA, Juan José (Ed.): *La reforma federal. España y sus siete espejos*, Biblioteca Nueva, Madrid, pp. 259-309.

CASTELLÀ ANDREU, Josep María (2016): Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán, respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional en *teoría y Realidad Constitucional*, No. 37, pp. 561-592.

CASTRO-REA, Julián (2016): Harper's Legacy on Federalism: "Open Federalism" or Hidden Agenda? en *Review of Constitutional Studies*, Volume 21, Issue 2, pp. 257-276

CASTRO-REA, Julián y WELLER, Jessica (2019): Is the Québec Secession Movement Dead? Perspectives After Canada's 2015 Federal Election en LÓPEZ BASAGUREN, Alberto y ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire (eds.): *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, Cham, pp. 97-111.

CHACÓN PIQUERAS, Carmen María (1996): La carta de derechos y libertades canadiense: un camino hacia la diversidad provincial en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 16, pp. 133-145.

CHEVRIER, Marc (2008): Imperium in imperio? Des déséquilibres, du pouvoir fédéral de dépenser et du constitutionnalisme au Canada en *Queen's Law Review*, No. 34, pp. 29-74.

CHOUDHRY, Sujit (1996): The Enforcement of the Canada Health Act en *McGill Law Journal*, Vol. 41, pp. 461-508.

CHOUDHRY, Sujit (2003): Beyond the Flight from Constitutional Legalism: Rethinking the Politics of Social Policy Post-Charlottetown en *Constitutional Forum*, Vol. 12, No. 3, pp. 77-83.

CHOUHRY, Sujit (2005): The Supreme Court Appointments Process: Improved Federal-Provincial Relations vs. Democratic Renewal? en *Democracy and Federalism Series*, Vol. 7, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, pp. 1-7.

CHOUHRY, Sujit (2008): Ackerman's higher lawmaking in comparative constitutional perspective: Constitutional moments as constitutional failures? en *International Journal of Constitutional Law*, No. 6, pp. 193-230.

CHOUHRY, Sujit y GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François (2007): Frank Iacobucci as Constitution Maker: From the Quebec Veto Reference to the Meech Lake Accord and the Quebec Secession Reference en *University of Toronto Law Journal*, Vol. 57, pp. 165-193.

CLOUTIER, Eduard (1995): The Quebec Referendum: From *Polls to Ballots*, en *Canada Watch*, Vol. 4, No. 2 pp. 37-39.

COLE, Jeffrey J. (1993): Canadian Discord Over the Charlottetown Accord: e Constitutional War to Win Quebec en *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 11, No. 3, pp. 627-652.

COLEMAN, William D. (1983): *The Independence Movement in Quebec 1945-1980*, University of Toronto Press, Toronto.

CONWAY, John F. (2004): *Debts to Pay: English Canada and Quebec from the Conquest to the Referendum*, Lorimer, Toronto.

CORCUERA ATIENZA, Javier (2009): Soberanía y autonomía. Los límites del «derecho a decidir» (comentario de la STC 103/2008) en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 86, pp. 303-341.

CORTNER, Richard C. (2001): *Civil Rights and Public Accommodations: The Heart of Atlanta Motel and McClung Cases*, University of Kansas Press, Lawrence.

COULON, Jocelyn (2005) Quebec en MUTIMER, David (ed.) (2005): *Canadian Annual Review of Politics and Public Affairs 1999*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 141-152.

COUPLAND, Reginald (1968): *The Quebec Act*, Clarendon Press, Oxford.

COURCHENE, Thomas (2002): Half-Way Home: Canada's Remarkable Fiscal Turnaround and the Paul Martin Legacy en *Policy Matters*, Vol. 3, No. 8, pp. 1-44.

COURCHENE, Thomas (2004): Hourglass Federalism: How the Feds Got the Province to Run Out of Money in a Decade of Liberal Budgets en *Policy Options*, No. 25, pp. 12-17

CREIGHTON, Donald (1955): *John A. Macdonald: The Old Chieftain*, Macmillan, Toronto.

CREIGHTON, Donald (1964/2012): *The Road to Confederation: The Emergence of Canada, 1863-1867*, Oxford University Press, Oxford.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (2009): La dificultad del Tribunal Constitucional como garante de la autonomía territorial en *Revista catalana de dret públic*, no. 39, pp. 21-36.

CYR, Hugo (2009): *Canadian Federalism and Treaty Powers: Organic Constitutionalism at Work*, Peter Lang, Bruselas.

DAFFLON, Bernard (2007): Fiscal Capacity Equalization in Horizontal Fiscal Equalization Programs en BOADWAY, Robin y SHAH, Anwar: *Intergovernmental Fiscal Transfers: Principles and Practice*, World Bank, Washington D.C, pp. 361-396.

DAVENPORT, Paul (1982): The Constitution and the Sharing of Wealth in Canada en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 45, No. 4, pp. 109-147.

DE MIGUEL BÁRCENA, Josu (2018): El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 113, pp. 133-166.

DENNINGER, Erhard (1986): El procedimiento legislativo en la República Federal de Alemania en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 16, pp. 11-58.

DICEY, Albert V. (1908): *Introduction to the Study of the Law of the Constitution 8th Edition*, Macmillan, Londres

DICEY, Albert V. (1915): *Introduction to the Study of the Law of the Constitution 8th Edition*, Macmillan, Londres.

DION, Stéphane (2005a): *La política de la claridad. Discursos y escritos sobre la unidad canadiense*, Alianza Editorial, Madrid.

DION, Stéphane (2005b): Fiscal Balance in Canada en LAZAR, Harvey (ed.): *Canadian Fiscal Arrangements: What Works, What Might Work Better*, McGill-Queen's University Press, Kingston, pp. 153-172.

DION, Stéphane (2014): The Reference on Quebec Secession: a Positive Impact for all en *Revue québécoise du droit constitutionnel*, no. 6, pp. 21-37.

DOCHERTY, David C. (2002): The Canadian Senate: Chamber of Sober Reflection or Loony Cousin Best Not Talked About en *Journal of Legislative Studies*, Vol. 8, No. 3, pp. 27-48.

DODEK, Adam (2016): Uncovering the Wall Surrounding the Castle of the Constitution: Judicial Interpretation of Part V of the *Constitution Act*, 1982 en MACFARLANE, Emmett (ed.): *Constitutional Amendment in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 42-64.

DRIEDGER, Elmer A. (1981): The Spending Power en *Queen's Law Journal*, No. 7, pp. 124-134.

DUCHACEK, Ivo D. (1987): *Comparative federalism: the territorial dimension of politics*, University Press of America, Philadelphia.

DUGARD, John (2013): *The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo*, Hague Academy of International Law, La Haya.

DUMBERRY, Patrick (2015): The Secession Question in Quebec en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, No. 2, pp. 357-380.

DUNN, Christopher (2008): Canada's "Open Federalism": Past, Present, and Future en MORGAN, Iwan W. y DAVIES, Phillip J. (eds.): *The Federal Nation. Perspectives on American Federalism*, Palgrave Macmillan, Nueva York.

DUNN, Christopher (2016): *Harper without Jeers, Trudeau without Cheers. Assessing 10 Years of Intergovernmental Relations*, en IRPP Insight No. 8, Institute for Research on Public Policy, Montreal.

DURAND, Marc (1999): *Histoire du Québec*, Imago, Paris.

DURHAM, The Earl of (1839): *Lord Durham's Report on the Affairs of British North America*, House of Commons, Londres.

DWORKIN, Ronald (1975): Hard Cases en *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6, pp. 1057-1109.

DWORKIN, Ronald (1989): *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona.

DYMOND, William y MONREAU, Monique (2012): Canada en ANDERSON, George (ed.) : *Internal markets and multi-level governance : the experience of the European Union, Australia, Canada, Switzerland, and the United States*, Oxford University Press, Londres, pp. 55-92.

ECCLESTONE, Richard y WOOLEY, Timothy (2015): From Calgary to Canberra: Resource Taxation and Fiscal Federalism in Canada and Australia en *Publius*, Vol. 45, No. 2, pp. 216-243.

EDINGER, Elizabeth (1982): Territorial Limitations on Provincial Powers en *Ottawa Law Review*, Vol. 14, No. 1, pp. 57-99.

ELAZAR, Daniel J. (1987): *Exploring federalism*, University of Alabama Press, Tuscaloosa.

ELLIOT, Robert (2008): Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank and Lafarge Canada Inc.: The Supreme Court Muddies the Doctrinal Waters – Again en *Supreme Court Law Review*, Vol. 43, pp. 433-498.

ENDICOTT, Timothy y OLIVER, Peter (2017): The Role of Theory in Canadian Constitutional Law en OLIVER, Peter, MACKLEM, Patrick y DES ROSIERS, Nathalie (eds.): *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, pp. 937-963.

ENGLISH, John (2007): *Citizen of the World: The Life of Pierre Elliott Trudeau Volume One: 1919-1968*, Vintage Canada, Toronto.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire (2018): La reforma de la sucesión a la Corona, en el Reino Unido de la Gran Bretaña y Norte de Irlanda, y en los «otros Reinos» de la Commonwealth of Nations en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 41, pp. 213-249.

FAIRLEY, H. Scott (1980): Canadian Federalism, Fisheries and the Constitution: External Constrains on Internal Ordering en *Ottawa Law Review*, Vol. 12, No. 1, pp. 257-318.

FEEHAN, James P. (2005): Equalization and the Provinces' Natural Resource Revenues: Partial Equalization Can Work Better en LAZAR, Harvey (ed.): *Canadian Fiscal Arrangements: What Works, What Might Work Better*, McGill-Queen's University Press, Kingston, pp. 185-208.

FEEHAN, James P. (2009): "Equalization 2007: Natural Resources, the Cap, and the Offset Payment Agreements en ALLAN, John R., COURCHENE, Thomas J. y LEUPRECHT, Christian (eds.): *Canada: The State of the Federation 2006/07 Transitions: Fiscal and Political Federalism in an Era of Change*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston, pp. 175-200.

FEEHAN, Jim (2014): Canada's Equalization Formula: Peering Inside the Black Box ... And Beyond en *The School of Public Policy Research Papers*, Vol. 7, No. 4, pp. 1-30.

FENNA, Alan y PHILLIMORE, John (2015): Intergovernmental Relations in Australia: New Modes, Old Realities en PALERMO, Francesco y ALBER, Elisabeth (eds.): *Federalism as Decision-Making- Changes in Structures, Procedures and Policies*, Brill Nijhoff, Leiden y Boston.

FERNÁNDEZ AMOR, José Antonio (1999): *La imposición sobre la renta en un estado federal: el recargo provincial canadiense*, Servei de Publicacions de l'Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona.

FERRERES COMELLA, Víctor (2014): The Spanish Constitutional Court Confronts Catalonia's "Right to Decide" (Comment on the Judgment 42/2014) en *European Constitutional Law Review*, No. 10, pp. 571-590.

FERRERES COMELLA, Víctor (2016): Cataluña y el derecho a decidir en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 37, pp. 461-475.

FIDDES, George Vandeleur Sir (1926): *The dominions and colonial offices*, G.P. Putnam's Sons Ltd, Londres.

FIELD, Martha A. (1992): The Differing Federalisms Of Canada And The United States en *Law and Contemporary Problems*, No. 55, pp. 107-120.

FIERBELCK, Katherine y PALLEY, Howard A. (2015): Canada en FIERBELCK, Katherine y PALLEY, Howard A. (eds) *Comparative Health Care Federalism*, Ashgate, Surrey, pp. 107-121.

FIRMINI, Michaela y SMITH, Jennifer (2017): The Crown in Canada en OLIVER, Peter, MACKLEM, Patrick y DES ROSIERS, Nathalie (eds.): *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, pp. 129-150.

FLOOD, Coleen M., THOMAS, Bryan, MOTEN, Asad Ali y FAFARD, Patrick (2018): Universal Pharmacare and Federalism: Policy Options for Canada en *IRPP*, Vol. 68, pp. 1-38.

FOSSAS ESPADALER, Enric (2014): Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 101, pp. 273-300.

FOSSAS, Enric y WOEHLING, José (1997): El referéndum sobre la soberanía de Quebec y el futuro constitucional de Canadá: federalismo, asimetría, soberanía en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 48, pp. 131-154.

FOX, John ANDERSEN, Robert y DUBONNET, Joseph (1999): The Polls and the 1995 Quebec Referendum en *Canadian Journal of Sociology*, Vol. 34, No. 3, pp. 411-424.

FRAIBERG, Jeremy (2012): A National Securities Regulator: The Road Ahead en *Canadian Business Law Journal*, Vol. 52, pp. 174-185.

FRASER, Graham (2001): *René Lévesque and the Parti Québécois in Power*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston.

FRASER, I.H. (1984): Some Comments On Subsection 92(10) Of The Constitution Act, 1867 en *McGill Law Journal*, Vol. 29, pp. 557-607.

FULLER, Robert S. y BUCKINGHAM, Donald E. (1999): *Agriculture Law in Canada*, Butterworths, Toronto.

GAGNÉ, Leary (2014): Les politiques de la santé et les conservateurs en CASTRO-REA, Julián y BOILY, Frédéric (dirs.): *Le fédéralisme selon Harper: la place du Québec dans le Canada conservateur*, Presses De L'Université De Laval, Laval, pp. 199-220.

GAGNON, Alain-G. y IACOVINO, Raffaele (2007): *Federalism, Citizenship and Quebec*, University of Toronto Press, Toronto.

GAGNON, Alain-G. y LACHAPPELLE, Guy (1996): Québec confronts Canada: Two Competing Social Projects Searching for Legitimacy en *Publius*, Vol. 26, No. 3, pp. 177-191.

GAGNON, Alain-G. y ROCHER, François (1992): The Multilateral Agreement: A Betrayal of the Federal Spirit en BROWN, Douglas y YOUNG, Robert (Eds.): *Canada: The State of the Federation 1992*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, pp. 117-128.

GAGNON, Alain-G. y SEGAL, Hugh (2000): *The Canadian Social Union without Quebec: 8 Critical Analyses*, Institute for Research on Public Policy, Montreal.

GARCIA PELAYO, Manuel (1984): *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid.

GARCÍA ROCA, Javier (2013): ¿Reforma constitucional en clave federal? en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, No. 34, pp. 20-31.

GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coord.) (2005): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid.

GARDBAUM, Stephen (1994): The nature of preemption en *Cornell Law Review*, Vol. 79, No. 4, pp. 767-815.

GARDBAUM, Stephen (2013): *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge.

GARGARELLA, Roberto (2005): El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema en GARGARELLA, Roberto (ed.): *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila, Madrid, pp. 13-48.

GARRORENA MORALES, Ángel (2017): *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François (1999): The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration of Conflicting Narratives about Law, Democracy, and Identity en *Vermont Law Review*, Vol. 23, pp. 793-843.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François (2006a): Underlying principles and the migration of reasoning templates: a trans-systemic Reading of the Quebec Secession Reference en CHOUDHRY, Sujit: *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 178-208.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François (2006b): The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy en CHOUDHRY, Sujit, GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François y SOSSIN, Lorne (eds.): *Dilemmas of Solidarity: Rethinking Distribution in the Canadian Federation*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 185-205.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François (2009): The Fetishism of Formal Law and the Fate of Constitutional Patriotism in Communities of Comfort: A Canadian Perspective en FOSSUM, John Erik, MAGNETTE, Paul, y POIRIER, Johanne (eds.): *Ties That Bind. Accommodating Diversity in Canada and the European Union*, P.I.E. Peter Lang, Bruselas, pp. 301-330.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François (2011): The “Principle of Federalism” and the Legacy of the Patriation and Quebec Veto References en *Supreme Court Law Review*, Vol. 54, pp. 77-115.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François (2012): Religious identities: testing the underlying preconceptions of Canadian federalism? en APPLEBY, Gabrielle, ARONEY, Nicholas y JOHN, Thomas (eds.) *The Future of Australian Federalism. Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 228-249.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François (2013): The Ethos of Canadian Aboriginal Law and the Potential Relevance of Federal Loyalty in a Reconfigured Relationship between Aboriginal and Non-Aboriginal Governments: A Thought Experiment en OTIS, Ghislain

y PAPHILLON, Martin: *Federalism and Aboriginal Governance*, Presses de l'Université de Laval, Quebec, pp. 51-82.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François (2014): *Secession Blues: Some Legal and Political Challenges Facing the Independence Movement in Quebec en Percorsi costituzionali*, No. 3, pp. 765-786.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François y POIRIER, Johanne (2017): *From Dualism to Cooperative Federalism and Back?: Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism en OLIVER, Peter, MACKLEM, Patrick y DES ROSIERS, Nathalie (eds.): The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, pp. 391-412.

GAVIT, Bernad C. (1937): *The commerce clause of the United States Constitution*, Bloomington, Indiana.

GIBBINS, Roger (2003): *Shifting Sands: Exploring the Political Foundations of SUFA en FORTIN, Sarah, NOËL, Alain y ST-HILAIRE, France (eds.): Forging the Canadian Social Union: SUFA and Beyond*, Institute for Research on Public Policy, Montreal, pp. 38-43.

GIBERNAU, Monserrat (2006): *National identity, devolution and secession in Canada, Britain and Spain en Nations and Nationalism* No. 12, Vol. 1, pp. 51-76.

GIBSON, Dale (1976): *Measuring "National Dimensions" en Manitoba Law Journal*, Vol. 7, No. 1, pp. 15-37.

GIBSON, Dale (1986): *The Law of the Charter: General Principles*, Carswell, Toronto-

GILLESPIE, Alastair C.F. (2017): *Alexander Galt. The Federalist*, Confederation Series, Macdonald-Laurier Institute.

GIORI, Pablo (2016): *El actor aglutinante: Nacionalismo y sociedad civil en Quebec en Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, no. 24, pp. 80-114.

GODIN, Pierre (1997): *René Lévesque: Héros malgré lui (1960-1976)*, Boréal, Montreal.

GOLDSCHIED, Julie (2000): *United States v. Morrison and the Civil Rights Remedy of the Violence against Women Act: A Civil Rights Law Struck Down in the Name of Federalism en Cornell Law Review*, Vol. 86, Issue 1, pp. 109-139.

GOLDSTEIN, Gérald (1998): *L'expérience canadienne en Vareilles-Sommières, Pascal (dir.): Droit Privé Européen*, Economica, Paris, pp. 164-232.

GOLDSWORTHY, Jeffrey (2010): *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge University Press, Cambridge.

GRAMMOND, Sébastien (1997): *Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum ? en Les Cahiers de droit*, vol. 38, n° 3, pp. 569-605.

GRAMMOND, Sébastien (2016): Louis LeBel et la société distincte en *Les Cahiers de droit*, Vol. 57, No. 2, pp. 251-267.

GRAMMOND, Sébastien (2017): La fonction protectrice de la formule de modification de la Constitution en *Revue générale de droit*, Vol. 47, No. 1, pp. 119-164.

GRAMMOND, Sébastien (2017): Treaties as Constitutional Arrangements en OLIVER, Peter, MACKLEM, Patrick y DES ROSIERS, Nathalie (eds.): *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, pp. 305-385.

GRAMMOND, Sébastien y POWER, Mark (2013): Should Supreme Court Judges be Required to be Bilingual? en VERRELLI, Nadia (ed.): *The Democratic Dilemma: Reforming Canada's Supreme Court*, Institute of Intergovernmental Relations, Montreal & Kingston, pp. 49-63.

GUAY, Jean-Herman (2017): Sovereignty at an Impasse: The Highs and Lows of Quebec Nationalism en *IRRP*, No. 18, pp. 1-31.

GUEST, Dennis T. (2003): *The Emergence of Social Security in Canada (3rd Edition)*, UBC Press, Vancouver.

HALL, Tony (1989): What Are We? Chopped Liver? Aboriginal Affairs in the Constitutional Politics of Canada in the 1980 en BEHIELS, Michael D. (Ed.): *The Meech Lake Primer*, University of Ottawa Press, Ottawa, pp. 423-456.

HAMILTON, Alexander (et al.) (1987): *The Federalist Papers*, Penguin, Londres.

HARDING, Andrew (2012): *The constitution of Malaysia: a contextual analysis*, Hart Publishing, Portland.

HARO, Ricardo (2003): *Curso de Derecho Constitucional Argentino - Tomo II*, Advocatus, Córdoba.

HARTMANN, Erich DAVIDSON, Adrienne y ALWANI, Kiran (2018): *Prescribing Federalism. The intergovernmental implications of a national pharmacare program*, Mowat Centre, Toronto.

HARVEY PERRY, J. (1956): Federal Provincial Tax Negotiations An Interim Report, en *Canadian Tax Papers*, No. 10, Canadian Tax Foundation, Toronto.

HEARD, Andrew (2009): Assessing Senate Reform through Bill C-19: The Effects of Limited Terms for Senators en SMITH, Jennifer (ed.): *The Democratic Dilemma*, MGQUP, Kingston, pp. 117-140.

HEARD, Andrew (2014): *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*, Oxford University Press, Toronto.

HÉBERT, Chantal (200): *French Kiss. Stephen Harper's Blind Date with Quebec*, Knopf Canada, Toronto.

HÉBERT, Chantal y LAPIERRE, Jean (2014): *The Morning After: The 1995 Quebec Referendum and the Day that Almost Was*, Alfred A. Knopf, Nueva York.

HIEBERT, Janet L. (1990): The Evolution of the Limitation Clause en *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 28, No. 1, pp. 103-134.

HIEBERT, Janet L. (2002): *Charter Conflicts. What Is Parliament's Role?*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston.

HIEBERT, Janet L. (2004): Is it Too Late to Rehabilitate Canada's Notwithstanding Clause? en HUSCROFT, Grant y BRODIE, Ian (eds.): *Constitutionalism in the Charter Era*, Butterworths, Markham, pp. 169-189.

HIEBERT, Janet L. (2006): Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model? en *The New Modern Law Review*, Vol. 69, No. 1, pp. 7-28.

HIEBERT, Janet L. (2010): Compromise and the Notwithstanding Clause: Why the Dominant Narrative Distorts our Understanding en KELLY, James B. y MANFREDI, Christopher P. (eds.): *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, UBC Press, Vancouver, pp. 107-127.

HOGG, Peter W. (1976): Proof of Facts in Constitutional Cases en *University of Toronto Law Journal*, No. 26, pp. 386-408.

HOGG, Peter W. (1985/1999/2007/2009/2010/2013/2015): *Constitutional Law of Canada*, Carswell, Toronto.

HOGG, Peter W. (2001): Is the Supreme Court of Canada Biased in Constitutional Cases? en LEUPRECHT, Christian y RUSSEL, Peter H. (eds): *Essential Readings in Canadian Constitutional Politics*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 276-288.

HOGG, Peter W. y BUSHILL, Alison A. (1997): The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All) en *Osgoode Law Journal*, Vol. 35, No. 1, pp. 75-124.

HOKE, S. Candice (1991): Transcending Conventional Supremacy: A Reconstruction of the Supremacy Clause en *Connecticut Law Review*, Vol. 24, pp. 829-891.

HOROWITZ, Donald L. (1998): Self-Determination: Politics, Philosophy, and Law en MOORE, Margaret (ed.): *National Self-Determination and Secession*, Oxford University Press, Oxford.

HOWES, David (1987): From polyjurality to Monojurality: The transformation of Quebec Law en *McGill Law Journal*, No. 32, pp. 523-558.

HOWSE, Robert (1990): The Labour Conventions Doctrine in an Era of Global Interdependence: Rethinking the Constitutional Dimensions of Canada's External Economic Relations en *Canadian Business Law Journal*, Vol. 16, pp. 161-184.

HOWSE, Robert (1994): NAFTA and the Constitution: Does Labour Conventions really matter any more? en *Constitutional Forum*, Vol. 5, No. 1, pp. 54-59.

HOWSE, Robert Y MALKIN, Alissa (1997): Canadians are a Sovereign People: How the Supreme Court Should Approach the Reference on Quebec Secession en *Canadian Bar Review*, No. 76, pp. 186-227.

HUEGLIN, Thomas O. y FENNA, Alan (2006): *Comparative Federalism. A Systematic Inquiry*, Broadview Press, Peterborough.

IRVINE, W.P. (1979): *Does Canada Need a New Electoral System?*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston.

JENNINGS, W. Ivor (1959): *The Law and the Constitution*, 5th Edition, University of London Press, Londres.

JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (2011): Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la Opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida en *Revista española de derecho internacional*, Vol. 63, No. 1, pp. 29-54.

JOHNSTON, Richard (1993): An Inverted Logroll: The Charlottetown Accord and the Referendum en *Political Science and Politics*, Vol. 26, No. 1, pp. 43-48.

JORDAN, F.J.E. (1968): The Federal Divorce Act (1968) and the Constitution en *McGill Law Journal*, Vol. 14, pp. 209-271.

JOYAL, Serge (2003) (ed.): *Protecting Canadian Democracy: The Senate You Never Knew*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston.

JUTEAU, Danielle (1996): Theorising ethnicity and ethnic communalizations at the margins: from Quebec to the world system en *Nations and Nationalism* No. 2, Vol. 1, pp. 45-66.

JUTEAU, Danielle (2002): The Citizen Makes an Entrée: Redefining the National Community in Quebec en *Citizenship Studies*, Vol. 6, No. 4, pp. 441-458.

KAHANA, Tsvi (2001): The notwithstanding mechanism and public discussion: Lessons from the ignored practice of section 33 of the Charter en *Canadian Public Administration*, Vol. 44, Issue 3, IPAC, pp. 255-291.

KAHANA, Tsvi (2002): Understanding the Notwithstanding Mechanism en *University of Toronto Law Journal*, No. 52, pp. 221-274.

KAHANA, Tsvi (2004): What Makes a Good Use of the Notwithstanding Mechanism? en HUSCROFT, Grant y BRODIE, Ian (eds.): *Constitutionalism in the Charter Era*, Butterworths, Markham, pp. 191-210.

KALMAN, Laura (2005): The Constitution, the Supreme Court, and the New Deal en *The American Historical Review*, Vol. 110, Issue 4, pp. 1052-1080.

KANOJA, Tripta y SIMEON, Richard (2008): Accountability and Transparency Challenges to Executive Dominance in Intergovernmental Relations en *Policy Issues on Federalism*, The Forum of Federations pp.125 -146.

KARAZIVAN, Noura (2015): De la structure constitutionnelle dans le Renvoi relatif au Sénat : vers une gestalt constitutionnelle? en *McGill Law Journal*, Vol. 60, No.4, pp. 793-838.

KARAZIVAN, Noura (2016): Le Fédéralisme Coopératif entre Territorialité et Fonctionnalité: Le cas des Valeurs Mobilières en *Revue Générale de Droit*, Vol. 46, No. 2, pp. 419-472.

KEATING, Michael (1997): Stateless nation-building: Quebec, Catalonia and Scotland in the changing state system en *Nations and Nationalism* No. 3, Vol. 4, pp. 689-717.

KEATING, Michael (2001): *Nations against the State: the New Politics of Nationalism in Quebec, Catalonia and Scotland*, Palgrave, Londres.

KELLOCK, Burton H. y LEROY, Sylvia (2007): Questioning the Legality of Equalization en CLEMENS, Jason y VELDHUIS, Niels (eds.): *Beyond Equalization: Examining Fiscal Transfers in a Broader Context*, The Fraser Institute, Toronto, pp. 25-45.

KELLY, Stéphanie y LAFOREST, Guy (2004): Aux Sources d'une tradition politique. Les travaux en langue française en AJZENSTAT, Janet, ROMNEY, Paul, GENTLES, Ian y GAIRDNER, William D. (Eds.) (2004): *Débats sur la fondation du Canada*, Presses de l'Université Laval, Quebec.

KELSEN, Hans (1979): *Teoría general del derecho y del estado*, UNAM, México D.F.

KELSEN, Hans (1982): *Teoría Pura del Derecho 2ª Edición*, Traducción de VERNENGO, Roberto J., UNAM, México D.F.

KELSEN, Hans (2001): *La garantía jurisdiccional de la Constitución: (la justicia constitucional)*, UNAM, México D.F.

KENDLE, John (1989): *Ireland and the Federal Solution. The debate over the United Kingdom Constitution, 1870-1921*, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston.

KENDLE, John (1997): *Federal Britain: A History*, Routledge, Londres.

KENNEDY, W.P.M. (2014): *The Constitution of Canada. An Introduction to its Development and Law*, Oxford University Press, Don Mills.

KENT, Tom (2004): Paul Martin's Sugar-Daddy Federalism, Donating To A Favoured Cause — Health Care en *Policy Options*, Vol. 25, No. 10 pp. 29-34.

KHUMALO, Bongani y MOKATE, Renosi 2007. Republic of South Africa en SHAH, Anwar (ed.): *The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston, pp.263-286.

KINSELLA, Noël A. (2014): The Senate – An Essential House of Parliament en *Canadian Parliamentary Review*, Vol. 37, No. 1, pp. 12-14.

KIRBY, Michael y SEGAL, Hugh (2016): A House Undivided: Making Senate Independence Work en *Public Policy Forum*.

KLASSEN, Thomas R. (2002): The Federal-Provincial Labour Market Development Agreements en MCINTOSH, Tom (ed.): *Federalism, Democracy and Labour Market in Canada*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston, pp. 159-203.

KOHEN, Marcelo G. (2006): *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge.

KOSTOV, Chris (2008): Canada-Quebec Immigration Agreements (1971-1991) and Their Impact on Federalism en *American Review of Canadian Studies*, Vol. 38, No. 1, pp. 91-103.

KRAFT, Theodore (1943): The Dominion-Provincial Tax Agreements in Canada en *American Political Science Review*, Vol. 37, Issue 1, pp. 91-97.

KRIKORIAN, Jacqueline D., CAMERON, David R., MATEL, Marcel, MCDOUGALL, Andrew W. y VIPOND, Robert C. (eds.) (2017): *Road to Confederation: The Making of Canada, 1867*, University of Toronto Press, Toronto.

KRESS, Annika (2018): Accommodating Diversity While Guaranteeing Stability: The Role of Financial Arrangements en VALDESALICI, Alice y PALERMO, Francesco: *Comparing Fiscal Federalism*, Brill Nijhoff, Leiden, pp. 274-296.

KUKUCHA, Christopher (2016): *Provincial/Territorial Governments and the Negotiation of International Trade Agreements* en IRPP Insight, No. 10, Institute for Research on Public Policy, Montreal.

KWAVNICK, David (1974): *The Tremblay Report*, McClelland y Stewart, Toronto.

KYMLICKA, Will (1998): Is federalism a viable alternative to secession? en LEHNING, Percy B. (ed.): *Theories of secession*, Routledge, Londres pp. 111–150.

LA FOREST, G.V. (1955): *Disallowance and reservation of provincial legislation*, Department of Justice, Ottawa.

LA FOREST, G.V. (1975): The Labour Conventions Case Revisited en *Canadian Yearbook of International Law*, Vol.12, pp. 137-152.

LA FOREST, G.V. (1981): *The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution*, Canadian Tax Foundation, Toronto.

LA FOREST, Gerard V. (1975): Delegation of Legislative Power in Canada en *McGill Law Journal*, Vol. 21, pp. 130-147.

LA FOREST, Gerard V. (1981): *The allocation of taxing power under the Canadian constitution*, Canadian Tax Foundation, Toronto.

LAFORST, Guy (1995): *Trudeau and the End of the Canadian Dream*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston

LAFORST, Guy (1999): The Judiciary Committee of the Privy Council en *Canada Watch*, Vol. 7, pp. 14-15.

LAFORST, Guy (2004): *Pour la liberté d'une société distincte*, Les Presses de l'Université Laval, Quebec.

LAFORST, Guy (2010): The Meaning of Canadian Federalism in Quebec: Critical Reflections en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, No. 10, pp. 10-55.

LAFORST, Guy (2014): *Interpreting Quebec's Exile Within the Federation. Selected Political Essays*, Peter Lang, Bruselas.

LAFORST, Guy y KEATING, Michael (2018): The Future of Federalism and Devolution in Canada and the United Kingdom en KEATING, Michael y LAFORST, Guy (eds.): *Constitutional Politics and the Territorial Question in Canada and the United Kingdom. Federalism and Devolution Compared*, Palgrave-Macmillan, Cham.

LAFORST, Guy, BROUILLET, Eugénie, GAGNON, Alain-G. y TANGUAY, Ives (eds.) (2015): *The Constitutions that Shaped Us: A Historical Anthology of Pre-1867 Canadian Constitutions*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston.

LALOIE, Andrée (1969): *Le Povoir Déclaratoire du Parlement. Augmentation Discrétionnaire de la Compétence Fédérale au Canada*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montreal.

LALOIE, Andrée (2006): The Federal Spending Power and Fiscal Imbalance in Canada en CHOUDHRY, Sujit, GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François y SOSSIN, Lorne (eds.): *Dilemmas of Solidarity: Rethinking Distribution in the Canadian Federation*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 145-166.

LALOIE, Andrée y MOLINARI, Patrick A. (1978): Partage constitutionnel des compétences en matière de santé au Canada en *Canadian Bar Review*, Vol. 56, pp. 579-602.

LAMBERT, Keltie (2016): Daniels v Canada: Supreme Court Ends 150 Years of Political Football en *Constitutional Forum*, Vol. 25, No. 2, pp. 55-59.

LANDFRIED, Christine (1992): Judicial policymaking in Germany: The federal constitutional Court en *West European Politics*, No. 15, pp. 50-67.

LANGFORD, Paul y TODD, William B. (1981): *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, Oxford University Press, Nueva York.

LASELVA, Samuel V. (1983): Only in Canada: Reflections on the Charter's Notwithstanding Clause en *Dalhousie Review*, Vol. 63, No. 3, pp. 383-398.

LASELVA, Samuel V. (1996): *The Moral Foundations of Canadian Federalism. Paradoxes, Achievements, and Tragedies of Nationhood*, McGill-Queen's University Press, Montreal.

LASKIN, Bora (1947): Peace, Order and Good Government Revisited en *Canadian Bar Review*, Vo. 25, pp. 1054-1087.

LATOUCHE, Daniel (1973): La vraie nature de ... la Revolution Tranquille en *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 7, No. 3, pp. 525-536.

LAVOIE, Malcom (2017): R. v. Comeau and Section 121 of the Constitution Act, 1867: Freeing the Beer and Fortifying the Economic Union en *Dalhousie Law Journal*, Vol. 40, No. 1, pp. 189-219.

LAWLOR, Andrea y CRANDALL, Erin (2013): Committee performance in the Senate of Canada: some sobering analysis for the chamber of 'sober second thought' en *Commonwealth & Comparative Politics*, Vol. 51, No. 4, pp. 549-568.

LAWSON, Gary, MILLER, Geoffrey P., NATELSON, Robert G. y SEIDMAN, Guy I. (2010): *The Origins of the Necessary and Proper Clause*, Cambridge University Press, Cambridge.

LAZAR, Harvey (2008a): Fiscal Federalism: An Unlikely Bridge between the West and Quebec en *The Canadian Political Science Review* Vol. 2, No. 3, pp. 51-67.

LAZAR, Harvey (2008b): The Spending Power and the Harper Government en *Queen's Law Journal*, Vol. 34, pp. 125-140.

LE DAIN, Gerald (1974): Sir Lyman Duff and the Constitution en *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 12, No. 2, pp. 261-338.

LECKRONE, J. Wesley (2006): The United States Senate en LUTHER, Jörg (et al.): *A World of Second Chambers*, Giuffrè Editore, Milán, pp. 97-152.

LECLAIR, Jean (2003): The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity en *Queen's Law Journal*, No. 28, pp. 411-453.

LECLAIR, Jean (2013): Le fédéralisme: un terreau fertile pour gérer un monde incertain en OTIS, Ghislain y PAPILLON, Martin: *Federalism and Aboriginal Governance*, Presses de l'Université de Laval, Quebec, pp. 21-20.

LECLAIR, Jean (2017): Constitutional Principles in the Secession Reference en OLIVER, Peter, MACKLEM, Patrick y DES ROSIERS, Nathalie (eds.): *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, pp. 1010-1026.

LECLAIR, Jean y MORISSETTE, Yves-Marie (1998): L'Indépendance Judiciaire et la Cour Suprême: Reconstruction Historique Douteuse et Théorie Constitutionnelle de Complaisance en *Osgoode Law Journal*, Volume 36, No. 3, pp. 485-514.

LECOURS, André (2016): The Parliament of Canada en LAFOREST, Guy y LECOURS, André (eds.): *The Parliaments of Autonomous Nations*, MGQUP, Montreal & Kingston, pp. 203-209.

LECOURS, André (2017): Dynamic De/Centralization in Canada, 1867–2010 en *Publius*, pp. 1-27, <https://doi.org/10.1093/publius/pjx046>

LECOURS, André y BÉLAND, Daniel (2010): Federalism and Fiscal Policy: The Politics of Equalization in Canada en *Publius. The Journal of Federalism*, Vol. 40, No. 4, pp. 569-596.

LECOURS, André y BÉLAND, Daniel (2018): From secessionism to regionalism: The changing nature of territorial politics in Western Australia en *Regional & Federal Studies*, doi: 10.1080/13597566.2018.1443918

LEDERMAN, W.R. (1963): The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada en *McGill Law Journal*, Vol 9, No. 3, pp. 185-199.

LEDERMAN, W.R. (1964): Classification of Laws and the British North America Act en LEDERMAN, W.R. (ed.): *The Courts and the Canadian Constitution*, McClelland & Stewart, Toronto, pp. 177-249.

LEDERMAN, W.R. (1976): Unity And Diversity In Canadian Federalism: Ideals And Methods Of Moderation en *Alberta Law Review*, Vol 14, No. 32, pp. 34-49.

LEDERMAN, W.R. (1981): *Continuing Candian Constitutional Dilemmas*, Butterworths, Toronto.

LEDERMAN, W.R. (1985): Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada en *Cahiers de Droit*, No. 26, pp. 195-204.

LEESON, Howard A. (2000): Section 33, the Notwithstanding Clause: a paper tiger? en *Choices. Institute for Research on Public Policy*, vol. 6, núm. 4, junio 2000, pp. 1-24.

LEGARÉ, André (2008): Canada's Experiment with Aboriginal Self-Determination in Nunavut: From Vision to Illusion en *International Journal on Minority and Group Rights*, No. 15, pp. 335–367.

LENNOX ESSELMONT, Anna (2012): A Little Help from My Friends: The Partisan Factor and Intergovernmental Negotiations in Canada en *Publius*, Vol. 43, No. 4, pp. 701-727.

LESLIE, Peter (1999): The Supreme Court Sets Rules for the Secession of Quebec en *Publius*, Vol. 29, No. 2, pp. 135-151.

LEUCHTENBURG, William E. (1995): *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, Oxford University Press, Nueva York.

LÉVESQUE, Andrée (1984): *Virage à gauche interdit. Les communistes, les socialistes et leurs ennemis au Québec, 1929–1939*, Boréal Express, Montreal.

LIJPHART, Arend (2000): *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Ariel, Barcelona.

LINZ, Juan J. (1999): Democracia, multinacionalismo y federalismo en *Revista Española de Ciencia Política*, Vol. 1, No. 1, pp. 7-40.

LOCKE, John (1990): *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza Editorial, Madrid.

LONG, J. Anthony Y CHISTE, Katherine Beaty (1993): Aboriginal Policy and Politics: The Charlottetown Accord and Beyond en BROWN, Douglas y YOUNG, Robert (Eds.): *Canada: The State of the Federation 1993*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, pp. 153-174.

LÓPEZ ARANGUREN, Eduardo María (1987): *El federalismo americano: las relaciones entre poderes en los Estados Unidos*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2005): Stéphane Dion y las verdades silenciadas de la experiencia canadiense en DION, Stéphane: *La política de la claridad. Discursos y escritos sobre la unidad canadiense*, Alianza Editorial, Madrid.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2008): Trasformazioni dello Stato autonomistico e riforma dello Statuto del Paese Basco: tra rottura ed “accomodamento a volontà” en GAMBINO, Silvio (ed.): *Regionalismo e Statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, Giuffrè, Milán, pp. 171-217.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2013): Los referendos de secesión en Quebec y la doctrina del Tribunal Supremo de Canadá en SÁENZ ROYO, Eva y CONTRERAS CASADO, Manuel (eds.): *La participación política directa. Referéndum y consultas populares*, Comuniter, Zaragoza, pp. 53-91.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2014a): Estado democrático y secesión de territorios. Un análisis comparado sobre el tratamiento democrático de las reclamaciones secesionistas en ARREGUI, Joseba (ed.): *La secesión de España. Bases para un debate desde el País Vasco*, Madrid, Tecnos, pp. 39-68

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2014b): *Devolution. Desarrollo y perspectivas de la autonomía territorial en el Reino Unido* en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. (ed.): *La Reforma Federal. España y sus siete espejos*, Biblioteca Nueva, Madrid, pp. 123-157.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2015): Sobre el desarrollo federal del sistema autonómico en GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, SABATER, José Asensi y BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coords.): *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1085-1108.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2016a): Crisis del sistema autonómico y demandas de secesión ¿es el sistema federal la alternativa? en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, no. 19, pp. 46-61.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2016b): Demanda de secesión en Cataluña y sistema democrático. El procés a la luz de la experiencia comparada en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 37, pp. 163-185.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2017a): Regional Defiance and Enforcement of Federal Law in Spain: The Claims for Sovereignty in the Basque Country and Catalonia en JAKAB, András y KOCHENOV, Dimitry (eds.): *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member´s States Comply*, Oxford University Press, Oxford, pp. 300-315.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2017b): Brexit: la secesión de la Unión Europea entre teoría y realidad en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 40, pp. 111-140.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2018): The Secession Issue and Territorial Autonomy in Spain: Bicameralism Revisited en *Perspectives on Federalism*, Vol. 10, Issue 2, pp. 238-267.

LUTZ, Donald S. (2006): *Principles of Constitutional Design*, Cambridge University Press, Cambridge.

LUZ, Mark A. (2000): NAFTA, Investment and the Constitution of Canada: Will the Watertight Compartments Spring a Leak? en *Ottawa Law Review*, Vol. 32, No. 1, pp. 35-85.

LYSYK, Kenneth (1979): Constitutional Reform and the Introductory Clause of Section 91: Residual and Emergency Law-Making Authority en *Canadian Bar Review*, Vol. 57, pp. 531-574.

MACDONALD, Patrick M. (1976): Peace, Order and Good Government: The Laskin Court in the Anti-Inflation Act Reference en *McGill Law Journal*, Vol. 23, pp. 432-461.

MACKAY, Robert A. (1963): *The Unreformed Senate of Canada*, McClelland & Stewart, Toronto.

MADISON, James (et al.) (1901): *The Federalist: A Collection of Essays*, No. 62, P.F. Collier & Son, Nueva York, pp. 340-345.

MADISON, James, HAMILTON, Alexander y JAY, John (1987): *The Federalist Papers. Edited by Isaac Kramnick*, Penguin, Londres.

MAGNET, Joseph Eliot (1978): The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada en *Ottawa Law Review*, Vol. 10, No. 3, pp. 473-534.

MAIONI, Antonia (2008): Health Care en BAKVIS, Herman y SKOGSTAD, Grace: *Canadian Federalism. Performance, Effectiveness and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 161-181.

MALLESON, Kate (2006): The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in Old Bottles? en MALLESON, Kate y RUSSELL, Peter H. (eds.): *Appointing Judges in an Age of Judicial Power. Critical Perspectives from around the World*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 39-55.

MALONEY, Kerrie E. (1996): Gender-Motivated Violence and the Commerce Clause: The Civil Rights Provision of the Violence against Women Act after "Lopez" en *Columbia Law Review*, Vol. 96, No. 7, pp. 1876-1939.

MANCINI, Susanna (2012): Secession and Self-Determination in ROSENFELD, Michel and SAJÓ, András (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 481-500.

MANFREDI, Cristopher P. (2004): *Feminist Activism in the Supreme Court: Legal Mobilization and the Women's Legal Education and Action Fund*, Vancouver University Press, Vancouver.

MARION, Séraphin (1963): L' Act de Quebec: concession magnanimme ou interessée? En *Les Cahiers de Dix*, No. 28, pp. 147-177.

MARSHALL, Geoffrey (1984): *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*, Clarendon Press, Oxford.

MASSICOTTE, Louis (2011): Mixed Systems en COLOMER, Josep M. (ed.): *Personal representation. The neglected dimension of electoral systems*, ECPR, Colchester.

MATHEN, Carissima (2011): "The question calls for an answer, and I propose to answer it": The Patriation Reference as Constitutional Method en *Supreme Court Law Review*, Vol. 54, pp. 143-166.

MATHEN, Carissima (2019): Courts Without Cases. The Law and Politics of Advisory Opinions, Hart Publishing. Pendiente de publicación.

MCCORMICK, Peter (2000): *Supreme at Last: The Evolution of the Supreme Court of Canada*, James Lorimer & Company Ltd, Toronto.

MCCORMICK, Peter (2004): The Judges and the Journals: Citation of Periodical Literature by the Supreme Court of Canada, 1985-2004 en *Canadian Bar Review*, No. 83, pp. 634-655.

MCEWEN, Nicola (2016): A Constitution in Flux en MCHARG, Aileen, MULLEN, Tom, PAGE, Alan y WALKER, NEIL (2016): *The Scottish Independence Referendum. Constitutional and Political Implications*, Oxford University Press, Oxford, pp. 226-246.

MCHARG, Aileen, MULLEN, Tom, PAGE, Alan y WALKER, NEIL (2016): *The Scottish Independence Referendum. Constitutional and Political Implications*, Oxford University Press, Oxford.

MCISAAC, Ian A. (2017): Reference Re Supreme Court Act: Atlantic Canada and Regional Considerations in Supreme Court of Canada Appointments en *Constitutional Forum*, Vol. 26, No. 1, pp. 9-18.

MCRROBERTS, Keneth (1993): Federal structures and the policy process en ATKINSON, Michael (ed.): *Governing Canada: Institutions and public policy*, Harcourt Brace, Toronto, pp. 149-178.

MCRROBERTS, Kenneth (1997): *Misconceiving Canada. The Struggle for National Unity*, University of Toronto Press, Toronto.

MEDINA ORTEGA, Manuel (2004): *El derecho de secesión en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid.

MENDELSON, Matthew (2012): *Back to Basics: The Future of the Fiscal Arrangements*, Centre Fiscal Transfers Series, Toronto.

MILL, John Stuart (1885): *Principles of Political Economy*, Longman Roberts and Green, Londres.

MILLARD, Gregory (2008): *Secession and Self: Quebec in Canadian Thought*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston.

MILLIGAN, Kevin y SMART, Michael (2015): Taxation and top incomes in Canada en *Canadian Journal of Economics*, Vol. 48, No. 2, pp. 655-681.

MILNE, David (1998): Equalization and the Politics of Restraint en BOADWAY, Robin W. y HOBSON, Paul A.R. (eds): *Equalization: Its Contribution to Canada's Fiscal and Economic Progress*, John Deutsch Institute for the Study of Economic Policy, Kingston, pp. 175-203.

MILNE, David (1999): Igualdad o asimetría: ¿por qué elegir? en FOSSAS, Enric y REQUEJO, Ferran (eds.): *Asimetría federal y Estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Trotta, Madrid, pp. 69-97.

MILTON MOORE, A. y HARVEY PERRY, J. (1953): Financing Canadian Federation The Federal-Provincial Tax Agreements, en *Canadian Tax Papers*, No. 6, Canadian Tax Foundation, Toronto.

MONAHAN, Patrick J. (1990): After Meech Lake: An Insider's View en *Ottawa Law Review*, No. 22, pp. 317-363.

MONAHAN, Patrick J. (1995): The Law and Politics of Quebec Secession en *Osgoode Law Journal*, Vol. 33, No. 1, pp. 1-33.

MONAHAN, Patrick J. (1999): The Public Policy Role of the Supreme Court of Canada in the Secession Reference en *National Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, pp. 65-105.

MONAHAN, Patrick J. (2000): Doing the Rules: An Assessment of the Federal Clarity Act in light of the Quebec Secession Reference en *C.D. Howe Commentary*, No. 135, pp. 1-39.

MONAHAN, Patrick J. (2002/2006): *Constitutional Law of Canada*, Irwin Law, Toronto.

MONAHAN, Patrick J. y SHAW, Byron (2013): *Constitutional Law, Fourth Edition*, Irwin Law, Toronto.

MONAHAN, Patrick, SHAW, Byron y PADRAIC, Ryan (2017): *Constitutional Law, Fifth Edition*, Irwin Law, Toronto.

MONREAL, Antoni (1988): La interpretación de la cláusula de comercio y el incremento del poder del gobierno nacional en el federalismo norteamericano en *Revista Catalana de Derecho Público*, n.9, pp .21-46.

MONTILLA MARTOS, José Antonio (1994): Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español, Civitas, Madrid.

MONTILLA MARTOS, José Antonio (2015): *Reforma federal y estatutos de segunda generación: los estatutos de autonomía de segunda generación como modelo para la reforma federal de la Constitución*, Aranzadi, Cizur Menor.

MOORE, Margaret (1997): On National Self-determination en *Political Studies*, Vol. 45, pp. 900-913.

MOREL, André (1960): La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 á 1774: une forme de resistance passive en *Revue du Barreau de la Province de Quebec*, No. 20, pp. 53-63.

MORIN, Claude (1988): *Lendemains piégés. Du référendum à la nuit des longs couteaux*, Boréal, Montreal.

MORIN, Jacques-Ivan (1985) : Pour une nouvelle Constitution du Québec en *McGill Law Journal*, Vol. 30, No. 2, pp. 171-220.

MORTATI, Constantino (2000): *La Constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

MORTON, F.L. (1995). The Effect of the Charter of Rights on Canadian Federalism en *Publius: The Journal of Federalism*, No. 25, Vol. 3, pp. 173-188.

MORTON, F.L. (2006): Judicial Appointments in the Post-Charter Era: A system in Transition en MALLESON, Kate y RUSSELL, Peter H. (eds.): *Appointing Judges in an Age of Judicial Power. Critical Perspectives from around the World*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 56-79.

MOULL, William D. (1983): Natural Resources: Provincial Proprietary Rights, the Supreme Court of Canada, and the Resource Amendment to the Constitution en *Alberta Law Review*, Vol. 21, No. 3, pp. 472-487.

MURKENS Jo E., JONES Peter y KEATING Michael (2002): *Scottish Independence, Legal and Constitutional Issues*, Edinburgh University Press, Edimburgo.

MURREL, David y YU, Weiqiu (2000): The Effect of the Harmonized Sales Tax on Consumer Prices in Atlantic Canada en *Canadian Public Policy*, Vol. 26, No. 4, pp. 451-460.

MYERS, H. B. (1964): *The Quebec Revolution*, Harvest House, Toronto.

NELSON, Caleb (2000): Preemption en *Virginia Law Review*, Vol. 86, pp. 225-305.

NEUENDORFF, Gwen (1942): *Studies in the evolution of dominion status: the governor-generalship of Canada and the development of Canadian nationalism*, George Allen & Unwin Ltd, Londres.

NEWMAN, Warren J. (2009): The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada en *Supreme Court Law Review*, No. 47 (2d), pp. 429-443.

NOËL, Alain (2003): Power and Purpose in Intergovernmental Relations en FORTIN, Sarah, NOËL, Alain y ST-HILLAIRE, France (eds.): *Forging the Canadian Social Union: SUFA and Beyond*, IRPP, Montreal, pp. 47-68.

NOËL, Alain (2009): Balance and Imbalance in the Division of Financial Resources en GAGNON, Alain-G. (Ed.): *Contemporary Canadian Federalism. Foundations, Traditions, Institutions*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 273-302.

NOHLEN, Dieter (1981): *Sistemas electorales del mundo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

OLIVER, Peter C. (1999): Canada, Quebec and Constitutional Amendment en *University of Toronto Law Journal*, No. 49, pp. 519-610.

OLIVER, Peter C. (2013): Reform of the Supreme Court of Canada from Within: To What Extent Should the Court Weigh in Regarding Constitutional Conventions? en VERRELI, Nadia (Ed.): *The Democratic Dilemma. Reforming Canada's Supreme Court*, McGill-Queen's University Press, Montréal y Kingston, pp. 161-187.

ORBAN, Edmond (1969): La Fin du Bicaméralisme au Québec en *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 2, No. 3, pp. 312-326.

OTTO Y PARDO, Ignacio de (1987): *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.

PAGE, Alan (2016): The Referendum Debate, the Democratic Deficit, and the Governance of Scotland en MCHARG, Aileen, MULLEN, Tom, PAGE, Alan y WALKER, NEIL (2016): *The Scottish Independence Referendum. Constitutional and Political Implications*, Oxford University Press, Oxford, pp. 277-294.

PALERMO, Francesco y KÖSSLER, Karl (2017): *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Hart Publishing, Oxford.

PALMER, E. E. (1965): Federalism And Uniformity Of Laws: The Canadian Experience en *Law and Contemporary Problems*, Vol.30, pp. 250-269.

PAPILLON, Martin (2012): Adapting Federalism: Indigenous Multilevel Governance in Canada and the United States en *Publius*, Volume 42, Issue 2, pp. 289–312.

PAQUET, Mireille (2014): The Federalization of Immigration and Integration in Canada en *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 47, No. 3, pp. 519-548.

PAQUIN, Stéphane (2006) (dir.): *Les relations internationales du Québec depuis la Doctrine Gérin-Lajoie (1965-2005): le prolongement externe des compétences internes*, Les Presses de l'Université Laval, Quebec.

PAROLARI, SARA (2018): From a Formal to a Substantial Approach: Sources of Law and Fiscal Federalism en VALDESALICI, Alice y PALERMO, Francesco: *Comparing Fiscal Federalism*, Brill Nijhoff, Leiden, pp. 22-39.

PAWLEY, Howard (2011): *Keep True. A Life in Politics*, University of Manitoba Press, Winnipeg.

PEACH, Ian: Reference re Supreme Court Act, ss 5 and 6 - Expanding the Constitution of Canada en *Constitutional Forum*, Vol. 23, No. 1, pp. 1-6.

PELLETIER, Benoît (1996). *La modification constitutionnelle au Canada*, Carswell, Toronto.

PELLETIER, Benoît (1999): Les modalités de la modification de la Constitution du Canada en *Revue Juridique Thémis*, No. 33, pp. 5-58.

PELLETIER, Benoît (2001): La loi sur la clarté, sa contre partie québécoise, et le renvoi relatif à la sécession du Québec en *Revue belge de Droit constitutionnel*, No. 4, pp. 513-533.

PELLETIER, Benoît (2013): Intergovernmental Relations in Canada: A Horizontal Perspective en LÓPEZ BASAGUREN, Alberto y ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire (eds.): *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain Vol. 2*, Springer, Heidelberg, pp. 13-37.

PELLETIER, Benoît (2017): Amending the Constitution of Canada en OLIVER, Peter, MACKLEM, Patrick y DES ROSIERS, Nathalie (eds.): *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, pp. 253-275.

PELLETIER, Réjean (2014): Les relations fédérales-provinciales sous le gouvernement Harper: de l'ouverture à l'unilatéralisme en CASTO-REA, Julián y BOILY, Frédéric (dirs.) *Le Fédéralisme selon Harper: La place du Québec dans le Canada conservateur*, Presses de l'Université de Laval, Laval, pp. 113-141.

PÉREZ TREMPES, Pablo (2004): *El marco (a)constitucional del debate sobre la secesión de Quebec*, Punt de Vista 21, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona.

PERRY, D.B. (1997): *Financing the Canadian Federation, 1867 to 1995: Setting the Stage for Change*. Canadian Tax Paper No. 102, Canadian Tax Foundation, Toronto.

PETTER, Andrew (1989): Federalism and the Myth of the Federal Spending Power en *Canadian Bar Review*, vol. 68, No. 3, pp. 448-479.

PHILLIMORE, John y FENNA, Alan (2017): Intergovernmental councils and centralization in Australian federalism en *Regional & Federal Studies*, Vol.27, No. 5, pp. 597-621.

PICKERSGILL, John Whitney (1975): *My Years with Louis St.Laurent: A Political Memoir*, University of Toronto Press, Toronto.

PIERDOMINICI, Leonardo (2017): The Canadian Living Tree Doctrine as a Comparative Model of Evolutionary Constitutional Interpretation en *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, Issue 3, pp. 85-104.

POIRIER, Éric y ROUSSEAU, Guillaume (2015): L'application de la Charte de la langue française à l'enseignement collégial : étude de la validité d'une idée de réforme latente à la lumière de développements récents en droits de la personne en *Revue générale de droit*, Vol. 45, No. 2, pp. 361-402.

POIRIER, Johanne (2002): Federalism, Social Policy and Competing Visions of the Canadian Social Union en *National Journal of Constitutional Law*, No. 13, pp. 355-435.

POIRIER, Johanne (2004): Intergovernmental Agreements in Canada: At the Crossroads Between Law and Politics en MEEKINSON, Peter, TELFORD, Hamish y LAZAR, Harvey (eds.): *Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism: Canada, the State of the Federation 2002*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston, pp. 425-462.

POIRIER, Johanne y SAUNDERS, Cheryl (2010): Cooperative Mechanism and Intergovernmental Relations en CHATTOPADHYAY, Rupak y NERENBERG, Karl (eds.): *Dialogues on Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Forum of Federations, Montreal.

PONS RAFOLS, Xavier (2015): *Derecho a decidir y Derecho Internacional*, Reus Editorial, Madrid.

PROULX, Jean-Pierre (1989): Le choc des Chartes: histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement en *Revue Juridique Thémis*, No. 23, pp. 67-172.

PUDDISTER, Kate (2016): "The Most Radical Amendment of All": The Power to Secede and the *Secession Reference* en MACFARLANE, Emmett (ed.): *Constitutional Amendment in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 271-289.

PURI, Poonam (2012): The Supreme Court's Securities Act Reference Fails to Demonstrate an Understanding of the Canadian Capital Markets en *Canadian Business Law Journal*, Vol. 52, pp. 190-196.

RAGONE, Sabrina (2018): Los Länder no son «señores de la Constitución»: el Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el referéndum separatista bávaro en *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 41, pp. 407-418.

RESNICK, Philip (2000): *The politics of resentment: British Columbia regionalism and Canadian unity*, UBC Press, Vancouver.

RIKER, William H. (1992): The Justification of Bicameralism en *International Political Science Review*, Vol. 13, No. 1, pp. 101-116.

RIOUX OUMET, Hubert (2014): Quebec and Canadian Fiscal Federalism: From Tremblay to Séguin and Beyond en *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 47, No. 1, pp. 47-69.

ROACH, Kent (2011): Canada. The Canadian Constitutional Courts as Positive Legislators en BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Constitutional Courts as Positive Legislators*, University of Cambridge Press, Cambridge, pp. 315-344.

ROBERT, Michel (2011): The Paradox of Constitutional Amendments en *Supreme Court Law Review*, Vol. 54, pp. 58-68.

ROBERTS, Rebecca R., FRUTOS, Paul W. y CIAVARELLA, Gienvra G. (1999): Distribution of Variable vs Fixed Costs of Hospital Care en *The Journal of the American Medical Association*, Vol. 281, No. 7, pp. 644-649.

ROBITAILLE, David y ROGUÉ, Pierre (2013): La Charte de la Langue Française: Une Entrave Aux Activités Essentielles Des Entreprises Privées de Compétence Fédérale au Québec? en *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, No. 43, pp. 645-708.

ROCHER, François (2009): The Quebec-Canada Dynamic or the Negation of the Ideal of Federalism en GAGNON, Alain-G. (ed.) *Contemporary Canadian Federalism: Foundations, Traditions, Institutions*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 81-131.

ROCHER, François (2014a): The Federal Ideal. Empirical and Normative Explorations en GAGNON, Alain-G. y SAUCA, José Maria (eds.): *Negotiating Diversity. Identity, Pluralism and Democracy*, Peter Lang, Bruselas, pp. 35-43.

ROCHER, François (2014b): The Orange Wave: A (Re)Canadianization of the Quebec Electorate? en VERRELLI, Nadia (ed.): *Canada: The State of the Federation, 2011. The Changing Federal Environment: Rebalancing Roles*, McGill- Queen's University Press, Montreal y Kingston, pp. 65-82.

ROCHER, François (2017): La incidencia democrática de la nebulosa obligación de claridad del Dictamen relativo a la secesión del Quebec en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 13, pp. 31-60.

ROCHER, François y VERRELLI, Nadia (2003): Questioning Constitutional Democracy in Canada: From the Canadian Supreme Court Reference on Quebec Secession to the Clarity Act en GAGNON, Alain-G. y ROCHER, François (Eds.): *The Conditions of Diversity in Multinational Democracies*, IRPP, Montreal, pp. 207-240.

ROGERS, Norman (1931): The Compact Theory of Confederation en *Canadian Bar Review*, Vol. 9, No. 6, pp. 395-417.

ROMANOW, Roy J, WHYTE, Jhon D., y LEESON, Howard D (1984): *Canada--notwithstanding: the making of the Constitution, 1976-1982*, Carswell/Methuen, Toronto.

ROMERO CARO, Francisco Javier (2016). Senado y sistema federal en Canadá: ¿imposibilidad de una reforma deseable? en *Revista de Estudios Políticos*, No. 172, pp. 167-204.

ROMERO CARO, Francisco Javier (2017): The Spanish vision of Canada's Clarity Act: from idealization to myth en *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, Issue 3, pp. 133-159.

ROMERO CARO, Francisco Javier (2018): Canadá. La reforma del Senado como vía de mejora de la calidad democrática y la representación territorial en TUDELA, José, KÖLLING, Mario y REVIRIEGO, Fernando (coords.): *Calidad Democrática y Organización Territorial*, Marcial Pons, Madrid, pp. 243-260.

ROMNEY, Paul (1992): The Nature and Scope of Provincial Autonomy: Oliver Mowat, the Quebec Resolutions and the Construction of the British North America Act en *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 25, No. 1, pp. 3-28.

ROMNEY, Paul (1999): *Getting it Wrong. How Canadians Forgot their Past and Imperiled Confederation*, University of Toronto Press, Toronto.

ROMNEY, Paul (2016): George Brown et Oliver Mowat au sujet des Résolutions de Québec et de la Confédération: mythes et réalités en BROUILLET, Eugénie, GAGNON, Alain-G. y LAFOREST, Guy (dirs.): *La Conférence de Québec de 1864, 150 ans plus tard. Comprendre l'émergence de la fédération canadienne*, Presses de l'Université Laval, Québec, pp. 161-188.

ROUSSEAU, Stéphane (2012): Endgame: The Impact of the Supreme Court's Decision on the Project to Create a National Securities Regulator en *Canadian Business Law Journal*, Vol. 52, pp. 186-189.

ROWE, Malcom y COLLINS, J. Michael (2016): What is the Constitution of a Province en DUNN, Christopher: *Provinces: Canadian Provincial Politics*, University of Toronto Press, Toronto.

RUBIN, Gerald (1960): The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law en *McGill Law Journal*, No. 3, pp. 168-190.

RUGGERI, Joe (2005): The Evolution of Provincial Responsibility en LAZAR, Harvey (ed.): *Canadian Fiscal Arrangements: What Works, What Might Work Better*, McGill-Queen's University Press, Kingston, pp. 83-126.

RUÍZ ROBLEDO, Agustín (1990): Canadá, un federalismo casi olvidado en *Revista de Estudios Políticos*, No. 69, pp. 201-216.

RUIZ ROBLEDO, Agustín y CHACÓN PIQUERAS, Carmen (1999): Comentario del Dictamen del Tribunal Supremo canadiense de 20 de agosto de 1998 sobre la secesión de Quebec en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 3, Vol. 1, pp. 275-283.

RUSSELL, Meg (2013): *The Contemporary House of Lords*, Oxford University Press, Oxford.

RUSSELL, Peter H. (1969): The Supreme Court of Canada as a bilingual and bicultural institution en *Documents of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Queen's Printer, Ottawa.

RUSSELL, Peter H. (1977): The Anti-Inflation case: the anatomy of a constitutional decision en *Canadian Public Administration*, Vol. 20, No. 4, pp. 632-665.

RUSSELL, Peter H. (1990): Standing Up for Notwithstanding en *Alberta Law Review*, Vol. 29, No. 2, pp. 293-309.

RUSSELL, Peter H. (1993): *Constitutional Odyssey: Can Canadians Be a Sovereign People?*, University of Toronto Press, Toronto.

RUSSELL, Peter H. (1994): The Political Purposes of the Charter. Have they been Fulfilled? en BRYDEN, Philip, DAVIS, Stephen y RUSSELL, John (Eds.): *Protecting Rights and Freedoms: Essays on the Charter's Place in Canada's Political, Legal, and Intellectual Life*, University of Toronto Press, Toronto.

RUSSELL, Peter H. (2004): *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People? Third Edition*, University of Toronto Press, Toronto.

RUSSELL, Peter H. (2011): The Patriation and Quebec Veto References: The Supreme Court Wrestles with the Political Part of the Constitution en *Supreme Court Law Review*, Vol. 54, pp. 69-76.

RUSSELL, Peter H. (2017): Selecting Supreme Court Justices: Is Trudeau's Sunny Way a Better Way en *University of New Brunswick Law Journal*, Vol. 68, No. 3, pp. 1-17.

RUSSELL, Peter H. y SOSSIN, Lorne (eds.) (2009): *Parliamentary Democracy in Crisis*, University of Toronto Press, Toronto.

RYAN, Claude (2000): Consequences of the Quebec Secession Reference The Clarity Bill and Beyond en *C.D. Howe Commentary*, No. 139, pp. 1-32.

RYAN, Erin (2012): *Federalism and the Tug of War Within*, Oxford University Press, Oxford.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro (1997): *Estado federal y "estatuto particular"*, Marcial Pons, Madrid.

SCHERTZER, Robert (2016): Quebec Justices as Quebec Representatives: National Minority Representation and the Supreme Court of Canada's Federalism Jurisprudence en *Publius*, Vol. 46, No. 4, pp. 539-567.

SCOTT, Anthony (1982): Regulation and the Location of Jurisdictional Powers: the Fishery en *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 20, No. 4, pp. 780-805.

SCOTT, F.R. (1937): The Consequences of the Privy Council Decisions en *Canadian Bar Review*, Vol.15, No. 6, pp. 485-494.

SCOTT, Frank R. (1977): *Essays on the Constitution: aspects of Canadian law and politics*, University of Toronto Press, Toronto.

SCOTT, Stephen A. (1982a): Entrenchment by Executive Action: A Partial Solution to 'Legislative Override' en *Supreme Court Law Review*, No. 4, pp. 287-303.

SCOTT, Stephen A. (1982b): Pussycat, Pussycat or Patriation and New Constitutional Amendment Processes en *Western Journal of Legal Studies*, vol.20, pp. 247-304.

SCOTT, Stephen A. (2006): Matelot de la vieille marine en BRAEN, André (ed.): *Languages, Constitutionalism and Minorities*, LexisNexis Canada, Toronto, pp. 493-517.

SEIJAS VILLADANGOS, Esther (2001): La tensión simetría versus asimetría en el devenir del federalismo canadiense en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 61, Vol. 1, pp. 205-236.

SEIJAS VILLADANGOS, Esther (2009): Diseño Constitucional e Implementación de la Federación Canadiense: de Macdonald A Harper en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 24, pp. 511-543.

SEIJAS VILLADANGOS, Esther (2018): *Estrategias participativas para la resolución extrajudicial de conflictos territoriales en los Estados compuestos: Estudio comparado (Canadá, Estados Unidos y España)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

SEYMOUR, Michel (2000): Quebec and Canada at the Crossroads: A Nation Within a Nation en *Nations and Nationalism*, Vol. 6, Issue 2, pp. 227-255.

SHAPIRO, Martin (1981): *Courts: A comparative analysis*, University of Chicago Press, Chicago.

SHARPE, Robert J. (2000): The Constitutional Legacy of Brian Dickson en *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 38, No. 1, pp. 189-219.

SHARPE, Robert J. y ROACH, Kent (2017): *The Charter of Rights and Freedoms*, Irwin Law, Toronto.

SIMEON, Richard (2006): *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada*, University of Toronto Press, Toronto.

SIMEON, Richard y TURGEON, Luc (2006): Federalism, Nationalism and Regionalism in Canada en *Revista d'estudis autonòmics i federals*, No. 6, pp. 11-42.

SIMMONS, Julie M. y GRAEFE, Peter (2013): Assessing the Collaboration That Was “Collaborative Federalism” 1996-2006 en *Canadian Political Science Review*, Vol. 7, No. 1, pp. 25-36.

SIMPSON, Jeffrey (1993): *Faultlines: Struggling for a Canadian vision*, HaperCollins, Toronto.

SKARKIN, Kenton J. (2009): Not All Violence is Commerce: Noneconomic, Violent Criminal Activity, RICO, and Limitations on Congress under the Post Raich Commerce Clause en *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 13, No. 2, pp. 187-221.

SLATTERY, Brian (1983): Override clauses under Section 33 en *Canadian Bar Review*, Vol. 61 pp. 391-397.

SLATTERY, Brian (1987): Understanding Aboriginal Rights en *Canadian Bar Review*, Vol. 66, pp. 727-783.

SLATTERY, Brian (2000): Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights en *Canadian Bar Review*, Vol. 79, pp. 196-224.

SMART, Michael (2007): Raising Taxes through Equalization en *The Canadian Journal of Economics*, Vol. 40, No. 4, pp. 1188-1212.

SMILEY, Donald V. (1962): The Rowell-Sirois Report, Provincial Autonomy and Post-War Canadian Federalism en *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, Vol. 28, No. 1, pp. 54-69.

SMILEY, Donald V. (1963): *Conditional Grants and Canadian Federalism*, Canadian Tax Foundation, Toronto.

SMILEY, Donald V. (1976): *Canada in Question: Federalism in the seventies*, McGraw-Hill Ryerson, Toronto.

SMILEY, Donald V. (1980): *Canada in Question: Federalism in the Eighties 3rd Edition*, McGraw Hill Ryerson, Toronto.

SMILEY, Donald V. (1987): *Federal Condition in Canada*, McGraw-Hill Ryerson, Toronto.

SMILEY, Donald V. y Watts, Ronald L. (1987) (eds.): *Interstate Federalism in Canada*, University of Toronto Press, Toronto.

SMITH, Alexander (1963): *The Commerce Power in Canada and the United States*, Butterworths, Toronto.

SMITH, David E. (2003): *The Canadian Senate in Bicameral Perspective*, University of Toronto Press, Toronto.

SMITH, David E. (2009): The Senate of Canada and the Conundrum of Reform en SMITH, Jennifer (ed.): *The Democratic Dilemma*, MGQUP, Kingston, pp. 11-26.

SNEED, Chelsea A. (1997): Awakening Canada's Dormant Trade and Commerce Clause: How Canadian Courts Test Concurrent Provincial Legislation en *Loyola Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 20, No. 1, pp. 193-221

SNELL, James C. y VAUGHAN, Frederick (1985): *The Supreme Court of Canada. History of the Institution*, University of Toronto Press, Toronto.

SOBERG SHUGART, Matthew y WATTENBERG, Martin P. (eds.) (2001): *Mixed-Member Electoral Systems. The Best of Both Worlds?*, Oxford University Press, Oxford.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José (2014): *La reforma federal. España y sus siete espejos*, Biblioteca Nueva, Madrid.

SONGER, Donald R. (2008): *The Transformation of the Supreme Court of Canada. An Empirical Examination*, University of Toronto Press, Toronto.

SORENS, Jason P. (2016): Secession Risk and Fiscal Federalism en *Publius: The Journal of Federalism*, Vol. 46, No. 1, pp. 25-50.

SOROETA LICERAS, Juan (2013): La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010: Una interpretación judicial sui generis para un caso que no lo es. Aplicabilidad de la cláusula de salvaguardia de la Resolución 2625 (XXV) o de la “secesión como remedio” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 25, pp. 11-29.

SOSSIN, Lorne (2013): Should Canada Have a Representative Supreme Court? en VERRELLI, Nadia (ed.): *The Democratic Dilemma: Reforming Canada's Supreme Court*, Institute of Intergovernmental Relations, Montreal & Kingston, pp. 27-47.

STEIN, Janice G. et al, (2007): *Uneasy Partners. Multiculturalism and Rights in Canada*, Wilfred Laurier University Press, Waterloo.

STEIN, Michael B. (1973): *The Dynamics of Right-Wing Protest: A Political Analysis of Social Credit in Quebec*, University of Toronto Press, Toronto.

STEIN, Michael B. (1993): Tensions in the Canadian Constitutional Process: Elite Negotiations, Referendums and Interest Group Consultations en BROWN, Douglas y WATTS, Ronald L. (eds.): *Canada: The State of the Federation 1993*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, pp. 87-116.

STEIN, Michael B. (1997): Improving the Process of Constitutional Reform in Canada: Lessons from the Meech Lake and Charlottetown Constitutional Rounds en *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 30, No. 2, pp. 307-338.

STEVENSON, Garth (2009): Fiscal Federalism and the Burden of History en ALLAN, John R., COURCHENE, Thomas J. y LEUPRECHT, Christian (eds.): *Canada: The State of the Federation 2006/07 Transitions: Fiscal and Political Federalism in an Era of Change*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston, pp. 27-52.

STEYTLER, Nico y GHAI, Yash P. (2016): *Kenyan-South African Dialogue on Devolution*, Juta Law, Claremont.

ST-HILAIRE, Maxime (2017): Les leçons de Jordan, II : l'article 33 de la Charte canadienne ne permet pas de suspendre la répartition fédérative des compétences en *Constitutional Forum*, Vol. 26, No. 3, pp. 11-18.

STILBORN, Jack (2003): Forty Years of Not Reforming the Senate – Taking Stock en JOYAL, S. (ed.). *Protecting Canadian Democracy: The Senate You Never Knew*, MGQUP, Montreal y Kingston, pp. 31-66.

STRAZZARI, Davide (2017): Immigration and Federalism in Canada: beyond Quebec Exceptionalism? en *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, No. 3, pp. 56-84.

STURM, Ronald (2014): Autonomía regional, autodeterminación y secesión - un primer acercamiento teórico en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, No. 8, pp. 9-14.

SULLIVAN, R.E. (1985): Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces en *Supreme Court Law Review*, Vol. 7. 511.

SWINTON, Katherine (1992): Federalism Under Fire: The Role of the Supreme Court of Canada en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 55, No. 1, pp. 121-145.

TAILLON, Patrick (2014a): Gènesi i exercici del dret a decidir al Quebec i al Canadà en *Fòrum sobre el dret a decidir (I) Dret comparat i context internacional*, Institut d'Estudis Autònoms, núm 91, Barcelona, pp. 135-182.

TAILLON, Patrick (2014b): De la Clarté à l'arbitraire : Le Contrôle de la Question et des Résultats Référendaires par le Parlement Canadien en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, No. 20, pp. 13-59.

TAILLON, Patrick y MATHIEU, Catherine (2013) : Aux frontières de la modification constitutionnelle : le caractère para-constitutionnel de la réforme du Sénat canadien en *Revue québécoise de droit constitutionnel*, No. 5, pp. 7-49.

TAJADURA TEJADA, Javier (2009): Referéndum en el País Vasco (Comentario a la STC 103/2008, de 11 de septiembre) en *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 23, pp. 363-385.

TARLTON, Charles (1999): Simetría y asimetría como elementos del federalismo: una especulación teórica en FOSSAS, Enric y REQUEJO, Ferran (eds.): *Asimetría federal y Estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Trotta, Madrid, pp. 21-35.

TAYLOR, Charles (2009): *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento"*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.

TELFORD, Hamish (2003): The Federal Spending Power in Canada: Nation-Building or Nation-Destroying? en *Publius: The Journal of Federalism*, Vol. 33, No. 1, pp. 23-44.

TIERNEY, Stephen (2012): *The Multi-Option Referendum: International Guidelines, International Practice and Practical Issues*, Edinburgh School of Law Research Paper No. 2013/33. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2328076>

TIERNEY, Stephen (2018): *Drifting Towards Federalism? Appraising the Constitution in Light of the Scotland Act 2016 and Wales Act 2017* en SCHÜTZE, Robert y TIERNEY, Stephen (eds.): *The United Kingdom and the Federal Idea*, Hart Publishing, Oxford, pp. 101-122.

TOCQUEVILLE, Alexis de (1888): *De la démocratie en Amérique*. 17e édition, París, Calmann Lévy.

TREMBLAY, André (1973): *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Editions de l'Université d'Ottawa, Ottawa.

TREMBLAY, Guy (1998): *La procédure implicite de modification de la Constitution du Canada pour le cas de la sécession du Québec* en *Revue du Barreau*, vol. 58, pp. 423-437.

TRENCH, Alan (2012): *The Courts and Devolution in the UK* en *The British Journal of Politics & International Relations*, Vol. 14, No. 2, pp. 302-322.

TRUDEAU, P.E. (1969): *Federal-Provincial Grants and the Spending Power of Parliament*, Government of Canada, Ottawa.

TRUDEAU, P.E. (1989): *Who Speaks for Canada? Defining and Sustaining a National Vision* en BEHIELS, Michael D. (Ed.): *The Meech Lake Primer*, University of Ottawa Press, Ottawa, pp. 60-99.

TRUDEAU, P.E. (1990): *There Must Be a Sense of Belonging* en JOHNSTON, Daniel (ed.) *Pierre Trudeau Speaks Out on Meech Lake*, General Paperbacks, Toronto.

TRUDEAU, P.E. y AXWORTHY, Thomas S. (eds.) (1990): *Towards a Just Society: The Trudeau Years*, Viking, Markham.

TSEBELIS, George (2002): *Veto Players. How Political Institutions Work*, Princeton, New Jersey.

TUDELA ARANDA, José (2011): *¿Reforma constitucional en clave federal? (sistematización de problemas generados por las reformas y posibles soluciones)* en *Revista de Estudios Políticos*, No. 151, pp. 231-279.

TURP, Daniel (2001): *Le droit de choisir : Essais sur le droit du Québec à disposer de lui-même*, Thémis, Montreal.

TURP, Daniel y BEAUSÉJOUR, Anthony (2001): *Self-determination, autonomy, independence, and the case of Québec* en HILPOLD, Peter (ed.): *Autonomy and self-determination : between legal assertions and utopian aspiration*, Elgar, Cheltenham, pp. 316-338.

VAILLANCOURT, François (2000): Federal-Provincial Small Transfer Programs in Canada, 1957-1998: Importance, Composition and Evaluation en LAZAR, Harvey (ed.): *Toward a New Mission Statement for Canadian Fiscal Federalism*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston, pp. 189-212.

VAN DEN DRIEST, Simone F. (2013): *Remedial Secession. A right to External Self-Determination as a Remedy to Serious Injustices?*, Intersentia, Cambridge.

VEGA GARCÍA, Alberto (2014): El principio constitucional de solidaridad interterritorial en España y en Alemania. Aplicación y límites en *Revista d'estudis autonòmics i federals*, No. 20, pp. 214-277.

VERNEY, Douglas V. (1995): Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India en *Publius*, Vol. 25, Issue 2, pp. 81-97.

VERRELLI, Nadia (2012): Negotiating the Charlottetown Accord in Canada en BENZ, Arthur y KNÜPLING, Felix (coords.): *Changing federal constitutions. Lessons from international comparison*, Barbara Budrich Publishers, Toronto.

VERRELLI, Nadia (2016): Searching for an Amending Formula: The 115-year Journey en MACFARLANE, Emmett (ed.): *Constitutional Amendment in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 19-41.

VIPOND, Robert C. (2017): 1787 and 1876: The Federal Principle and Canadian Confederation Revisited en KRIKORIAN, Jacqueline D., CAMERON, David R., MATEL, Marcel, MCDOUGALL, Andrew W. y VIPOND, Robert C. (eds.): *Road to Confederation: The Making of Canada, 1867*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 221-246.

VIRELLI, Louis J. y LEIBOWITZ, David S. (2001): Federalism Whether They Want It or Not: The New Commerce Clause Doctrine and the Future of Federal Civil Rights Legislation After *United States v. Morrison* en *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 3, pp. 926-976.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo (2005): La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 73, pp. 55-110.

WADE MACLAUCHLAN, H. (1997): Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference en *Canadian Bar Review*, No. 76, pp. 170-185.

WAITE, P.B. (1962): *The Life and Times of Confederation, 1864-1867: Politics, Newspapers, and the Union of British North America*, University of Toronto Press, Toronto.

WAITE, P.B. (1963): *The Confederation Debates in the Province of Canada 1865*, McClelland & Stewart, Toronto.

WALLNER, Jennifer (2014): 19th Century Division of Powers, 21st Century Problems: Understanding Canadian Intergovernmental Relation en *The Federal Idea*, pp. 1-24.

WALLNER, Jennifer (2017): Ideas and Intergovernmental Relations in Canada en *PS: Political Science & Politics*, Vol. 50, No. 3, pp. 717-722.

WALTERS, Rhodri (2003): The House of Lords en BOGDANOR, Vernon (ed.): *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford University Press, Oxford.

WATTS, Ronald L. (1989): *Executive Federalism: A Comparative Analysis*, IGR, Queen's University, Montreal y Kingston.

WATTS, Ronald L. (1999a): The Theoretical and Practical Implications of Asymmetrical Federalism en AGRANOFF, Robert (ed.): *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, Nomos, Baden-Baden, pp. 24-42.

WATTS, Ronald L. (1999b): The Canadian Experience with Asymmetrical Federalism en AGRANOFF, Robert (ed.): *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, Nomos, Baden-Baden, pp. 118-136.

WATTS, Ronald L. (1999c): *The Spending Power in Federal Systems: A Comparative Study*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston.

WATTS, Ronald L. (2008): *Comparing Federal Systems*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston.

WATTS, Ronald L. (2009): Spain: a Multinational Federation in Disguise? en TUDELA ARANDA, José y KNÜPLING, Félix (eds.): *España y modelos de Federalismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 55-81.

WEAVER, R. Kent (1997): Improving Representation in the Canadian House of Commons en *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 30, No. 3, pp. 473-512.

WEBBER, Jeremy (1997): The Legality of a Unilateral Declaration of Independence under Canadian Law en *McGill Law Journal*, Vol. 42, pp. 281-318.

WEBBER, Jeremy (1999): Una constitución asimétrica en FOSSAS, Enric y REQUEJO, Ferran (eds.): *Asimetría federal y Estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Trotta, Madrid, pp. 99-139.

WEBBER, Jeremy (2014): El federalismo canadiense en TAJADURA TEJADA, Javier y DE MIGUEL BÁRCENA, Josu (eds.) *Federalismos del siglo XXI*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 153-202.

WEEKES, Randy (2012). The Role of the Whip in the Westminster Parliamentary System en *Canadian Parliamentary Review*, 35 (1), pp. 6-9.

WEILER, Paul C. (1984): Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version en *University of Michigan Journal of Law Reform*, No. 18, pp. 51-92.

WEINRIB, Lorraine (1990): Learning to Live with the Override en *McGill Law Journal*, Vol. 35, pp. 541-571.

WEINSTOCK, Daniel (2001): Constitutionalizing the Right to Secede en *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 9, No. 2, pp. 182-203.

WHEARE, K.C. (1963): *Federal Government 4th Edition*, Oxford University Press, Londres.

WHEARE, K.C. (1966): *Modern Constitutions*, Oxford University Press, Londres.

WHERRETT, Jill (1996): *Aboriginal Peoples and the 1995 Quebec Referendum: A Survey of the Issues*, Background Paper 412E, Library of Parliament, Ottawa.

WHITCOMB, Ed (2017): *Rivals for Power. Ottawa and the Provinces. The contentious history of the Canadian federation*, James Lorimer and Company, Toronto.

WHITE, G. Edward (2002): *The Constitution and the New Deal*, Harvard University Press, Cambridge.

WHYTE, John D. (1990): On Not Standing for Notwithstanding en *Alberta Law Review*, Vol. 28, No. 2, pp. 347-357.

WINTERTON, George (1987): Appointment of Federal Judges in Australia en *Melbourne University Law Review*, No. 16, pp. 185-212.

WOEHLING, José (1989): A Critique of the Distinct Society Clause Critics en BEHIELS, Michael D. (Ed.): *The Meech Lake Primer*, University of Ottawa Press, Ottawa, pp. 171-207.

WOEHLING, José (1993): Cuestiones sobre la reforma del Senado en Canadá en *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati, pp. 125-136.

WOEHLING, José (1995): Les Aspects Juridiques d'une Eventuelle Secession du Quebec en *Canadian Bar Review*, no. 74, pp. 293-329.

WOEHLING, José (1998): Fonctionnement et disfonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle au Canada en BEAUDOIN, Gérald-A. et al.: *Le fédéralisme de demain: réformes essentielles*, Wilson y Lafleur, Montreal, pp. 325-343.

WOEHLING, José (1999): El Juicio del Tribunal Supremo de Canadá Sobre la Eventual Secesión de Québec en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 54, pp. 405-436.

WOEHLING, José (2011): El sistema federal de Canadá: Origen, evolución y problemas actuales en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 28, pp. 431-460.

WOEHLING, José (2014): Federalism and the Protection of Rights and Freedoms. Affinities and Antagonism en GAGNON, Alain-G. y SAUCA, José Maria (eds.): *Negotiating Diversity. Identity, Pluralism and Democracy*, Peter Lang, Bruselas, pp. 105-124.

WOOD, Donna y KLASSEN, Thomas R. (2008): Intergovernmental Relations Post-devolution: Active Labour Market Policy in Canada and the United Kingdom 1996–2006 en *Regional & Federal Studies*, Vol. 18, No. 4, pp. 331-351.

WRIGHT, Donald A. (2015): *Donald Creighton: a life in history*, University of Toronto Press, Toronto.

WRIGHT, Wade K. (2010): Facilitating Intergovernmental Dialogue: Judicial Review of the Division of Powers in the Supreme Court of Canada en *Supreme Court Law Review*, Vol. 51, pp. 625-693.

WRIGHT, Wade K. (2016): Courts as Facilitators of Intergovernmental Dialogue: Cooperative Federalism and Judicial Review en *Supreme Court Law Review*, Vol. 72, pp. 365-454.

YALDEN, Robert (1988): Unité et Différence: The structure of Legal thought in late Nineteenth-Century Quebec en *University of Toronto Faculty Law Review*, pp. 365-239.

YALE, François y DURAND, Claire (2011): What did Quebecers Want? Impact of Question Wording, Constitutional Proposal and Context on Support for Sovereignty, 1976–2008 en *American Review of Canadian Studies*, Vol. 41 Issue 3, pp. 242-258.

YOUNG, Robert A. (1999): *The Struggle for Quebec*, McGill- Queen's University Press, Montreal y Kingston.

2. OTRAS FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

ACS (2017): Low Income in Quebec: No matter how you slice it, anglophones fare worse than francophones.

ANGUS REID PUBLIC OPINION (2016): “Two-in-three Canadians say the Senate is “too damaged” to ever earn their goodwill” - 3 de mayo de 2016. Disponible en <http://angusreid.org/senate-reform/>

BELLAVANCE, Joël-Denis (1997): Pas question d'accepter une déclaration unilatérale en *Le Soleil*, 8 diciembre 1997, A2.

BELLAVANCE, Joël-Denis (2016): Pouvoir de dépenser : l'entente historique qui n'a jamais vu le jour. Disponible en <http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-canadienne/201612/06/01-5048772-pouvoir-de-depenser-lentente-historique-qui-na-jamais-vu-le-jour.php>

CALVO, JOSÉ MANUEL y TORREBLANCA, JOSE IGNACIO (2017): Stéphane Dion: “La democracia y el principio de legalidad son inseparables” – El País 22 de julio de 2017. Disponible en https://politica.elpais.com/politica/2017/07/22/actualidad/1500733917_804383.html

CHAREST, Jean (2009): Discurso ante la ENAP. 25 de febrero de 2004. Disponible en <http://www.saic.gouv.qc.ca/documents/positions-historiques/positions-du-qc/2001-2008.pdf>

CHOUINARD, Tommy (2014): *Charte des valeurs: Marois envisage la clause dérogatoire* - La Presse 31 de marzo de 2014. Disponible en <http://www.lapresse.ca/actualites/elections-quebec-2014/201403/31/01-4753036-charte-des-valeurs-marois-envisage-la-clause-derogatoire.php>

COUILLARD, Philippe (2016): Une occasion à saisir. *Le Devoir*. 3 de agosto de 2016, p. A7.

DEPARTMENT OF FINANCE (2006): Achieving a National Purpose: Putting Equalization Back on Track.

FAGUY, Yves (2012): Interview with Jean Chrétien en *CBC/ABC The National*. Noviembre de 2012.

FORTIN, Pierre (2010): *La Révolution tranquille et l'économie : où étions-nous, qu'avons-nous accompli, que nous reste-t-il à faire*. Conferencia perteneciente a la serie La Révolution tranquille, 50 ans d'héritages celebrada en la Grande Bibliothèque, Montréal el 11 de mayo de 2010.

GAGNON, Katia (2014): Les jeunes et la souveraineté: la génération «Non», *La Presse*, 2 de junio de 2014. Disponible en <http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201406/02/01-4771950-les-jeunes-et-la-souverainete-la-generation-non.php>

GOVERNMENT OF CANADA (2011): Joint Statement of the Government of Canada and the Bank of Canada on the Renewal of the Inflation-Control Target.

GOVERNMENT OF CANADA (2018): Canada Health Act Annual Report 2016-2017. Disponible en <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/publications/health-system-services/canada-health-act-annual-report-2016-2017.html>

GOVERNMENT OF SASKATCHEWAN (2017): Government Will Use Notwithstanding Clause to Protect School Choice for Parents and Students – 1 de mayo de 2017. Disponible en <https://www.saskatchewan.ca/government/news-and-media/2017/may/01/notwithstanding-clause>

GOVERNMENT OF SASKATCHEWAN (2018): Premier Scott Moe Calls for Changes to Equalization Program. Disponible en <https://www.saskatchewan.ca/government/news-and-media/2018/june/20/equalization-program>

GRENIER, Éric (2017): Why the Senate is unpredictable — and its independents not so independent. *CBC News* – 19 de junio de 2017. Disponible en <http://www.cbc.ca/news/politics/grenier-senators-votes-1.4162949>

HARPER, Stephen (2004): “My Plan for Open Federalism” en *National Post*. 27 de octubre de 2004.

HEALTH CANADA (2016): *Government of Canada partners with provinces and territories to lower cost of pharmaceuticals*. 19 de enero de 2016. Disponible en

<https://www.canada.ca/en/health-canada/news/2016/01/government-of-canada-partners-with-provinces-and-territories-to-lower-cost-of-pharmaceuticals.html>

HÉBERT, Chantal (2011): Meech Lake foes won the battle, lost the war en *Toronto Star*. 29 de junio de 2011. Disponible en https://www.thestar.com/news/canada/2011/06/29/hbert_meech_lake_foes_won_the_battle_lost_the_war.html

HÉBERT, Chantal (2016): Electoral reform a sideline to the priorities of most Canadians en *Toronto Star*, 14 de mayo de 2016. Disponible en <https://www.thestar.com/news/canada/2016/05/14/electoral-reform-a-sideline-to-the-priorities-of-most-canadians-hbert.html>

HÉBERT, Chantal (2017): Pipeline politics puts Trudeau's Liberals in a pickle en *Toronto Star*, 15 de mayo de 2017. Disponible en <https://www.thestar.com/news/canada/2017/05/15/pipeline-politics-puts-trudeaus-liberals-in-a-pickle-hbert.html>

JOINT PARLIAMENTARY COMMITTEE ON CONVENTIONS (2006): Conventions of the UK Parliament, HL 265; HC 212.

LAVOIE, Malcom (2018): Supreme Court's 'free-the-beer' decision privileges one part of the Constitution over another en *CBC News*. 19 de abril de 2018. Disponible en <http://www.cbc.ca/news/opinion/supreme-court-comeau-1.4627300>

LÉGER MARKETING: Intentions de vote référendaire au Québec. Disponible en http://www.leger360.com/admin/upload/publi_pdf/HDIV-Référendaire-Quebec.pdf

LEGISinfo (<http://www.parl.ca/LegisInfo/Home.aspx>)

LESARD, Dennis (2016): Sondage CROP: la baisse du PQ se confirme, *La Presse*, 15 de diciembre de 2016. Disponible en <http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201612/14/01-5051510-sondage-crop-la-baisse-du-pq-se-confirme.php>

Letters Patent Constituting the Office of Governor General and Commander-in-Chief of Canada - The Canada Gazette de 1 de octubre de 1947.

LIBERAL PARTY (2015): Real Change. A New Plan for a Strong Middle Class.

MACFARLANE, Emmett (2018): In its 'free-the-beer' ruling, the Supreme Court reveals its contradictions en *Macleans*. 19 de abril de 2018. Disponible en <http://www.macleans.ca/opinion/in-its-free-the-beer-ruling-the-supreme-court-reveals-its-contradictions/>

MONAHAN, Patrick (1996): Testimonio ante el Special Senate Committee on Bill C-110 - Issue 4 Ottawa, 25 de enero de 1996

NDP (2005): Quebec's Voice and a Choice for a Different Canada. Federalism, Social-Democracy and the Québec Question.

PARTI QUÉBÉCOIS (1975): Programme officiel.

PARTI QUÉBÉCOIS (1994): Programme Électoral du Parti Québécois.

PARTI QUÉBÉCOIS (2018): Programme du Parti Québécois. Un Plan Solide. Zéro Slogan.

PBO (2014): 2014-2015 Federal Transfers to Provinces and Territories. Disponible en http://www.pbo-dpb.gc.ca/web/default/files/files/files/TransferPayments_EN.pdf

POIRIER, Johanne (2007) : Quand le « non-droit » fait la loi: Les accords de coopération et l'hypothèse du pluralisme juridique. Site collaboratif de recherches sur l'avenir du droit public, Centre de droit public de l'ULB. Disponible en http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_1/contributions/POIRIER-1-20070507.pdf

PRIVY COUNCIL OFFICE (2018): Statement regarding the judgement of the Superior Court of Quebec concerning the validity of the contested articles of Bill 99 – 20 de abril de 2018. Disponible en <https://www.canada.ca/en/privy-council/news/2018/04/statement-regarding-the-judgement-of-the-superior-court-of-quebec-concerning-the-validity-of-the-contested-articles-of-bill-99.html>

PROUDFOOT, Shannon (2018): Why the Supreme Court didn't 'free the beer' en *Macleans*. 19 de abril de 2018. Disponible en <http://www.macleans.ca/news/canada/why-the-supreme-courts-didnt-free-the-beer/>

QUEBEC LIBERAL PARTY (1985): *Mastering Our Future*, Montreal.

RADIO CANADA (2009): Le jugement sur la loi 101 soulève les passions, 22 octobre 2009. Disponible en <http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/451076/reax-loi-104>

RADIO CANADA (2016) : Lisée se lance et promet un premier mandat péquiste sans référendum, 16 de mayo de 2016. Disponible en: <http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/781729/jean-francois-lisee-candidat-direction-parti-quebecois-referendum>

RADIO CANADA (2018): La Cour supérieure confirme la validité de la loi 99 sur l'autodétermination du Québec, 20 de abril de 2018. Disponible en <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1096171/loi-99-autodetermination-validation-cour-superieure-referendum-quebec>

Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations, Privy Council Office, 1940, Ottawa.

Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada Report. Minister of Supplies and Services, 1985, Ottawa.

RUSSELL, Peter H. (2007): The Notwithstanding Clause: The Charter's Homage to Parliamentary Democracy en *Policy Options*, 1 de febrero de 2017. Disponible en,

<http://policyoptions.irpp.org/magazines/the-charter-25/the-notwithstandingclause-the-charters-homage-to-parliamentary-democracy>

RYAN, Claude (1996): Testimonio ante el Special Senate Committee on Bill C-110 - Issue 4 Ottawa, 25 de enero de 1996

SECRETARIAT AUX AFFAIRES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES (2017): *Québécois, notre façon d'être Canadiens*, Quebec.

SÉGUIN, Rhéal (1999): Bouchard in no rush to call referendum, *The Globe and Mail*, Toronto, 18 de diciembre de 1999.

SIROTA, Leonid (2018): Unmaking History en *Double Aspect*. 20 de abril de 2018 Disponible en <https://doubleaspect.blog/2018/04/20/unmaking-history/>

STATISTICS CANADA (2013): Canadian Identity, 2013. Disponible en <http://www.statcan.gc.ca/pub/89-652-x/89-652-x2015005-eng.htm>

STATISTICS CANADA (2015): Median total income, by family type, by province and territory. Disponible en <http://www.statcan.gc.ca/tables-tableaux/sum-som/101/cst01/famil108a-eng.htm>

STATISTICS CANADA (2017): Languages used in the workplace in Canada. Disponible en <http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/as-sa/98-200-x/2016031/98-200-x2016031-eng.cfm>

STATISTICS CANADA (2018): Update of the 2016 Census language data. Disponible en: <http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/ref/lang/lang-note-eng.cfm>

TAIT, Carrie y CRYDERMAN, Kelly (2018): Alberta, Saskatchewan to push for equalization changes despite unexpected federal renewal in current form, *The Globe and Mail*, 22 de junio de 2018. Disponible en <https://www.theglobeandmail.com/politics/article-alberta-saskatchewan-to-push-for-equalization-changes-despite/>

TORONTO STAR (2017a): Time for an Indigenous judge on the Supreme Court: Editorial – 14 de junio de 2017. Disponible en <https://www.thestar.com/opinion/editorials/2017/06/14/time-for-an-indigenous-judge-on-the-supreme-court-editorial.html>

TORONTO STAR (2017b): Justin Trudeau should name an Indigenous justice to the Supreme Court: Editorial – 23 de octubre de 2017. Disponible en <https://www.thestar.com/opinion/editorials/2017/10/23/justin-trudeau-should-name-an-indigenous-justice-to-the-supreme-court-editorial.html>

TREMBLAY, André (1996): Testimonio ante el Special Senate Committee on Bill C-110 - Issue 2 Ottawa, 23 de enero de 1996.

TRUDEAU, Justin (2015): Letter to the Premier of Quebec from the leader of the Liberal Party of Canada Justin Trudeau, 22 de agosto de 2015. Disponible en <https://www.liberal.ca/letter-to-the-premier-of-quebec-from-liberal-party-of-canada-leader-justin-trudeau/>

TRUDEAU, Justin (2016): *Why Canada has a new way to choose Supreme Court judges*. 2 de agosto de 2016. Disponible en <https://theglobeandmail.com/opinion/why-canada-has-a-new-way-to-choose-supreme-court-judges/article31220275/>

TURENNE, Martine (2016): Le Québec a joué un rôle dans l'accord avec l'UE, dit Trudeau en *TVA Nouvelles*. 13 de octubre de 2016. Disponible en <http://www.tvanouvelles.ca/2016/10/13/le-quebec-a-joue-un-role-dans-laccord-avec-lue-dit-trudeau>

WHYTE, John D. (1996): Testimonio ante el Special Senate Committee on Bill C-110 - Issue 2 Ottawa, 23 de enero de 1996.

WOODS, Alan (2013): 50 per cent plus one not enough to allow Quebec to separate: poll en *Toronto Star*, 25 de octubre de 2013.

ANEXO I

A los efectos de la obtención de la mención de Doctorado Internacional se presenta el siguiente Anexo en el que se presentan en inglés la Introducción, así como los capítulos I y II y las Conclusiones, constituyendo estos el cincuenta por ciento del contenido de la tesis, tal como se especifica en el artículo 24 de la Normativa de Gestión de las Enseñanzas de Doctorado de la UPV/EHU.

INTRODUCTION

1. BACKGROUND AND STATE OF THE QUESTION

In any present day academic or political discussion, federalism is the form of state that assumes most relevance, especially when secessionist demands are voiced. Along with the classic federal models (Australia, Austria, Brazil, Canada, Germany, USA and Switzerland), nowadays there is a growing debate with regard to the convenience of applying the federal system in other territories like Africa (South Africa and Kenia)¹ or Asia (Myanmar and Malaysia)². This relevance generates conflicting passions, as for some it is the panaceas that cures everything³, while for others it is no more than a concession to the sovereignist or pro-independence demands of those who seek to break the constitutional order, as the latter will never be content until they achieve their own state⁴.

1.1. Federalism, what and what for?

The first question that we should ask ourselves is “what is federalism?” Within this question, apparently simple, resides a highly complex theoretical phenomenon, a fact that has rendered impossible the existence of a globally accepted definition of federalism. The term federalism derives from the Latin word *foedus*, which means agreement. This word has its origins in the agreement that Rome signed with other states or tribes in which it was agreed that both parties would provide mutual assistance if necessary. The etymological origin is present in the formulation coined by ELAZAR, perhaps the most influential, of federalism as the combination of self-rule and shared rule.⁵ The absence of a universal definition often means that one speaks of “federal government” or “federation” to refer to the federal model. This terminology,

¹ In this sense vid. STEYTLER and GHAI (2016) who present a comparison of both models, analysing their system of devolution, addressing the problems common to both countries, presenting the federal model as a possible means of further developing the process of deconcentration of power.

² BRAND (2017): 135-155 analyses Myanmar’s constitutional system, which he considers to be still pending attainment of “true federalism”, while HARDING (2012): 133-160, within his panoramic work on the Malayan constitution, explores the possibilities of a federal model in this country.

³ DUCHACEK (1987): 191 referred to federalism as a term that always elicits a positive response, as there has tended to be an attempt to associate it with any successful form of shared government.

⁴ DION (2005a): 192-194 warns against the unviability of sliding into the spiral of rewarding the blackmail of secession, as the political forces seeking the latter are never content until it is attained, an idea repeated on various public appearances (CALVO and TORREBLANCA, 2017). STURM (2014): 11-12 is of the same opinion, as rewarding nationalism may, even, increase the risk of secession. In relation to the same idea, applied to Spain, vid. BLANCO VALDÉS (2016): 425- 437.

⁵ ELAZAR (1987): 5.

particularly established within academia in the English language, derives from the Federalist Papers that gave rise to the United States Constitution⁶ and represent a vision of the federal model pre-eminently focussed on the state⁷. Along these lines, WHEARE characterized the federal principle as a system of division of power according to which each level of government, be it federal or federated, has a sphere in which it acts in a coordinated and independent manner⁸. Therefore, the notion of federalism is connected to the ideas of unity, to attain a common good, and autonomy, in such a way that the particular characteristics of each community are preserved⁹.

Federalism itself is no more than a model of territorial distribution of power which, with its pros and cons, permits a greater or lesser degree of self-rule within a significantly strengthened state in comparison with the reality prior to integration¹⁰. The federal model is not homogeneous, as it offers a multiplicity of variants, and it might even be said to be unique in each country since it adapts to the particular circumstances (linguistic, religious, historical etc.) of each state. Moreover, the federal model coexists with other types of compound states where, though formally speaking they are not federations, we can find federal characteristics. This would be the case of the Spanish system of autonomies¹¹ or even the United Kingdom and its system of *devolution*, although BOGDANOR directly opposes any attempt to equate the two systems¹².

⁶ The first of these essays already contains the expression “*federal government*” (MADISON, HAMILTON and JAY, 1987: 87) which is repeated in many others, the term being employed as the equivalent of central power as opposed to the government of the states.

⁷ PALERMO and KÖSSLER (2017): 14.

⁸ WHEARE (1963): 11.

⁹ ELAZAR (1987): 33.

¹⁰ TOCQUEVILLE (1888): 281-282 summarised this idea “*le système fédéral a pour but d’unir les avantages que les peuples tirent de la grandeur et de la petitesse de leur territoire*”.

¹¹ In the conclusions of his work, AJA (2014): 368-396 examines some aspects of the system of autonomies that may be understood and reformed in a federal vein. In this sense CRUZ VILLALÓN (2009): 29-30 proposes a federal reinterpretation of article 149.1 in such a way that any matter that is not expressly attributed to the central state resides, in the form of a residual clause, within the sphere of competences of the Autonomous Communities. Meanwhile, MONTILLA MARTOS (2015): 19-74 finds federal aspects in the second-generation statutes of autonomy, which may represent a first step towards federal reform of the Spanish Constitution.

¹² BOGDANOR (1999): 2. This author strongly underlines that devolution must be distinguished from federalism, as the latter “would divide supreme power between Parliament and the various provincial bodies”. Furthermore, from a formal point of view, the UK cannot be regarded as a federal state because by virtue of parliamentary sovereignty may modify at any time the “laws of devolution” precluding the existence of a constitutional guarantee of territorial autonomy. TIERNEY (2018): 109-120 acknowledges this extreme and poses a series of questions to be addressed in a debate on the federalisation of the United Kingdom that has re-emerged after the referendum on the independence of Scotland. In this respect, vid. ARONEY (2016): 296-324, MCEWEN (2016): 226-246 or PAGE (2016): 277-294, although, as LAFOREST and KEATING (2018): 182-184 emphasise, this debate has been eclipsed by the decision to leave the European Union, having been postponed until the culmination of Brexit. With regard to the previous debate, concerning the Irish dispute, vid. KENDLE (1989).

Nowadays, a multitude of political forces all over the world defend, with greater or lesser intensity, models of a federal nature as a response to the territorial tensions that affect certain states. Canada, one of the federal states par excellence, has undergone diverse processes of reformulation of the model in order to respond to the rise in sovereigntism and accommodate Quebec. In the United Kingdom, whose model is not that of a federal state, voices are being raised in favour of greater *devolution* for Scotland, especially since the independence referendum of 2014 and the subsequent referendum on leaving the European Union¹³. In Spain, with a territorial system similar in nature to the federal model, there are also those who favour a reform of the Constitution leading to a full implantation of a federal model in order better to accommodate the more discontented Autonomous Communities¹⁴. Even in models of aggregative federalism like Germany or the United States, there are those who advocate the separation of the Land of Bavaria or of the State of Texas.

This work is based upon the desire to undertake an analysis of the Canadian federal model and its constituent elements. Canada's federal system was the first modern state to tackle a secessionist claim from a legal and democratic point of view, thus becoming a worldwide reference in the field. Hence the interest in exploring this question in greater depth, given that the Canadian case represents an apparently successful example, for the moment, of a response to a secessionist crisis.

This successful reaction – given that Quebec remains within the federation and to date there has not been a another referendum, with support for the sovereigntist cause at an all-time low¹⁵ – means that Canada's federal system is a reference model when it comes to addressing the integration of national and territorial diversity within a compound state. This dynamic of integration, though it has been more relevant in relation to Quebec, cannot be interpreted as exclusive to that province, since within Canada there coexist other demands for increased self-rule, albeit of a lesser intensity, which the federal system must accommodate¹⁶.

¹³ On this subject, the collective work by MCHARG, MULLEN, PAGE and WALKER (2016) offers some very interesting and topical articles.

¹⁴ Among others, TUDELA ARANDA (2011): 261-272, GARCÍA ROCA (2013): 20-31, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (2014): 19-67 or LÓPEZ BASAGUREN (2015): 1085-1108 and (2016a): 46-61.

¹⁵ A survey by Léger Marketing in March 2017, the only one to enquire directly as to the vote in a hypothetical referendum on independence, placed support for the affirmative option at only 36%.

¹⁶ These demands, generally from the west of Canada, have not consisted in a request for more competences, but in the quest for greater influence in the government of the federation, and greater respect for provincial autonomy. On this question, applied to the case of British Columbia, see the work of RESNICK (2000): 3-20.

All the above crystallizes in the interest in studying the characteristics of the Canadian federal system which endow it with flexibility and malleability, enabling it to overcome a major constitutional crisis at the end of the 20th century. This capacity to adapt to crisis led to the creation of its own unique framework, as yet unreplicated in another state, which seeks to redirect a secessionist tension towards the legal-constitutional order with the aim of attempting to reduce the tension or, in the most extreme case, rationalize those demands and seek a law-based solution to secession.

1.2. The Canadian experience and its particular significance for Spain

The integration of national and/or regional diversity is a challenge that faces every compound state, Spain being no exception. And neither are secessionist claims an unknown phenomenon, as since the adoption of the 1978 Constitution de 1978 the Spanish constitutional system has had to deal with various such episodes, the most notable being the case of the Basque Country in 2005 with the Plan Ibarretxe¹⁷ and that of Catalonia following the consultation on independence, declared illegal by the Constitutional Court, of October 2017¹⁸.

The dispute over the secession of Quebec has resulted in the Canadian federal system no longer being that “forgotten federalism” to which RUIZ ROBLEDO¹⁹ referred, becoming instead, in its own right, one of the main study models from which to draw lessons that may be applicable to comparative experience and, in particular, the Spanish case. However, Spanish doctrine’s study of the Canadian case has often focussed on the Supreme Court’s opinion and the legal consequences thereof, fundamentally the Clarity Act²⁰, relegating to the background other constituent elements like the model of distribution of competences or the system of intergovernmental relations between the federal government and the provinces, the impact of which upon the integration of territorial diversity is also particularly relevant. Moreover, even in the case of the legal regulation of secession, most doctrine has ignored certain extremely important lessons,

¹⁷ On the same question vid. LÓPEZ BASAGUREN (2008): 171-217, CORCUERA ATIENZA (2009): 305-309, and TAJADURA TEJADA (2009): 363-385, and CCJ 103/2008 regarding the subsequent consultation which the Basque Government intended to hold.

¹⁸ The consultation was suspended following the action of unconstitutionality 4334-2017 filed by the government, with its unconstitutionality subsequently confirmed by CCJ 114/2017. DE MIGUEL BÁRCENA (2018): 133-136 offers an analysis of this ruling within a compilation of all the Constitutional Court’s rulings in relation to the Catalan pro-sovereignty process.

¹⁹ RUIZ ROBLEDO (1990): 201-216.

²⁰ Entre otros, FOSSAS y WOEHLING (1997): 131-154, BILBAO UBILLOS (1999): 83-118, RUIZ ROBLEDO y CHACÓN PIQUERAS (1999): 275-283, SEIJAS VILLADANGOS (2001): 205-236, PÉREZ TREMPES (2004) and CASTELLÁ ANDREU (2014): 258-310.

silenced truths as LÓPEZ BASAGUREN describes them, which, contrary to popular belief, favour the federalist or unionist cause rather than the sovereignist forces and/or movements²¹. This neglect has spread to the political sphere, with the consolidation of a biased and incomplete vision of the experience to the extent that some forces have produced their own “Canadian narrative”²².

Therefore, it is imperative to broaden the field of analysis and extend it to the Canadian federal system as a whole, in order to understand the dynamics that generated the constitutional crisis, as well as the legal factors and elements that have led to a reduction in the support for secession in Quebec, channelling and reducing the existing tension, redirecting the situation and avoiding the disintegration of the constitutional system. Furthermore, the dimension and complexity of the Canadian system are such that they justify the delimitation of the field of study exclusively to Canada, given that this model requires specific study, which would be limited, disregarding what I believe to be important details, were a comparative analysis to be undertaken. Thus, the aim is to analyse an apparently successful model of reaction to a secessionist crisis, leaving aside the comparative perspective for future works in a similar line of study.

These lessons may prove to be of great value to Spain, whose system is currently immersed in a major constitutional crisis, even more serious than that experienced by Canada, given the Catalan authorities’ determined and conscious commitment to disobedience and the rupture of the constitutional framework which resulted at the end of 2017 in the application of article 155 of the Spanish Constitution and the subsequent suspension of autonomy²³. For this reason, the Canadian experience may provide some lessons that could help Spain develop a specific legal framework to increase the flexibility of the constitutional system and allow for an appropriate accommodation of different territorial sensibilities, reducing support for secession and avoiding the rupture of the system.

²¹ LÓPEZ BASAGUREN (2005): 12-14.

²² The construction by some political actors of their own Canadian narrative is analysed in detail in ROMERO CARO (2017): 140. Furthermore, as FERRERES COMELLA (2014): 581, FOSSAS ESPADALER (2014): 287-288 and LÓPEZ BASAGUREN (2017a): 305, rightly note, the incomplete vision of Canadian reality has also reached the Constitutional Court, in particular, *vis-à-vis* the principle of sovereignty.

²³ LÓPEZ BASAGUREN (2018): 256-262 and SEIJAS VILLADANGOS (2018): 174-212. Resolution of October 27, 2017, of the Senate Presidency, publishing the Full Senate Agreement, adopting the measures requested by the Government, under article 155 of the Constitution. BOE no. 260, October 27, 2017, pages 103527 to 103528. On the Catalan conflict, with a more general focus, also of interest are the works of FERRERES COMELLA (2016): 461-475 and CASTELLÁ ANDREU (2016): 561-592.

2. OBJECTIVES AND HYPOTHESIS

The aim of this research is to present the Canadian federal system as a paradigm of territorial integration and accommodation of national diversity. Therefore, the objective is a global description of the federal system of Canada and not a comparative analysis, although, as highlighted above, the lessons to be drawn may be of particular interest for other models and, above all, for the Spanish case.

The main working hypothesis is based on the fact that, given the prevailing constitutional rigidity in Canada, other means of accommodation and integration of territorial diversity have been developed, avoiding a repeat of the constitutional crisis of the late- 20th century, and reducing support for secession²⁴. Consequently, the basis of this work consists in identifying and exploring the elements of the Canadian federal system that have made possible these channels of accommodation, endowing the system with flexibility and enabling it to adapt to the challenges arising from Quebec's demands for recognition²⁵, as well as to the demand for increased self-rule by both this province and others. It is important to emphasize that although this work will devote more attention to the case of Quebec since this is the province where constitutional conflict reached its peak and led to the appearance of a sovereigntist movement that almost provoked the dismemberment of the Canadian federation, the perspective and influence of the federal model in other provinces will also be taken into account during the analysis.

To this end, it will be necessary to describe and analyse the origin of the constitutional crisis with its epicentre in Quebec that surfaced in the final third of the 20th century. Given that these demands and perspectives of greater autonomy were ultimately frustrated, it is necessary to find other means of responding to Quebec's aspirations and, thus, reducing support for the sovereigntist movement in this province. Marrying these demands with the principle of equality of the provinces²⁶, avoiding treatment that may be perceived as preferential by other territories, is another challenge that will be borne in mind during the study.

²⁴ This possibility has been suggested by BENZ (2016): 184, who argues that the formal rigidity of the Constitution following *patriation* has favoured the search for implicit mechanisms of constitutional change.

²⁵ The idea of recognition is very closely linked to the construction of national identity and the future of the nationalist movements since, as TAYLOR (2009): 53, observes, identity is shaped, in part, by recognition or, as would be Quebec's case, by the absence thereof.

²⁶ WEBBER (2014): 159-160 underlines Canada's recurrent difficulties in achieving this combination.

The flexibility of the Canadian constitutional system made it possible to combine both legal and political factors when developing the federal system in pursuit of greater integration of national diversity without formally reforming the Constitution, taking into account the straitjacket represented by the mechanism adopted in 1982 and which will be analysed in due course. This characteristic means that other elements have to be studied such as the model of distribution of competences, the institutional system or the division of financial resources in order to calibrate their influence and contribution to channelling sovereignist claims in search of better accommodation of regional diversity and, in particular, of that of Quebec.

The objective here is to analyse the federal system as a mechanism to channel tensions between the federal government and the provincial executives. Analysis of whether the constitutional crisis has modified the pattern of behaviour of the constitutional actors, the latter being more sensitive to the integration of difference, as well as creating a greater awareness of the need to avoid confrontation and steer clear of radical response to unilateral solutions to the disagreements that might arise within the federation, is another of the grounds that justify this analysis.

This analysis will be performed according to the hypothesis that the federal system may be configured as an alternative to secession, in such a way that different sensibilities can be integrated within in a strong and united state, guaranteeing a broad level of autonomy for the federated entities, generating legal asymmetries that would not be seen as a privilege for a specific territory or a disadvantage for the rest. On the basis of this premise, the goal is to draw conclusions regarding the performance of Canada's federal model as an instrument by means of which to accommodate discontented national communities, lessons that may be applicable to other states.

3. METHODOLOGY, STRUCTURE AND JUSTIFICATION FOR THE RESEARCH

3.1. Methodology

In order to perform the proposed research different viewpoints will be combined so as to present the most complete analysis possible. The focus of this work will be fundamentally legal from a constitutional perspective. This legal analysis will embrace both constitutional and legal regulatory provisions, including those of a paraconstitutional nature which, though formally are not to be found within the

Constitution, do have an analogous nature from a material point of view²⁷, as well as legal decisions to analyse their value and influence in the development and evolution of the federal model. With regard to legal decisions, analysis of the latter will not be restricted to rulings, which are binding, but will also include advisory opinions – *Reference* or *Renvoi*–, as these are particularly important in Canadian legal practice. These advisory opinions, whilst not legally binding, are politically binding, having become through custom true legal rules since they are always observed and respected by the parties involved²⁸.

The purpose of the legal analysis of these provisions is to determine their significance and scope in order to, on the basis of the latter, identify the existence of common patterns from which may be drawn conclusions that explain the evolution of the federal model and their current situation, with particular emphasis on the territorial integration of different provincial sensibilities. The causes that have led to this situation will also be the object of analysis, as well as the consequences of having adopted particular constitutional modifications that, for one reason or another, ultimately failed.

In this fashion the aim is to evaluate the influence of Canada's original constitution upon the deployment and evolution of the federal model in aspects like the model of distribution of competences, the distribution of financial resources or the institutional system. The evolution of the legal interpretation of constitutional and regulatory provisions is another factor that will be highlighted given that this interpretative work has tilted the power relationship between both levels of government, federal and provincial, configuring the current model and enabling the evolution and development of an old-style constitution without any formal constitutional amendment. There will also be analysis of recent institutional modifications performed by the federal government in the quest for greater provincial integration in federal practice. Since its implantation is recent, there is still not much empirical evidence of its results, so analysis must be limited to the theoretical plane, with description of its main features and its potential impact upon the federal model.

²⁷ TAILLON and MATHIEU (2013): 10, inspired by the work of POIRIER (2007) refer to the para-constitutional function as “*une fonction s’inscrivant en marge ou en complément de normes constitutionnelles. Il peut s’agir de contourner, compléter, interpréter, déjouer ou éviter les normes ou la nécessité de réformes institutionnelles*”.

²⁸ The Supreme Court itself is aware of the politically binding nature of its advisory opinions, as it acknowledged in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, paragraph 40, endorsing an extract from RUBIN (1960): 175 in which he states that “*While reference opinions may not be legally binding, in practice they have been followed*”.

In spite of the pre-eminently legal focus of the work, the analysis could not be complete if political factors were ignored, since the latter are very present in the constitutional dynamic. For this reason, throughout the study there will be analysis of, among others, material such as records of parliamentary sessions –*Hansard* in Westminster-style terminology– and voting records, public statements by political leaders or election manifestoes. These factors help to explain the majorities, support – and lack thereof for specific modifications, projects or agreements, conditioning their content and viability. Analysis of the latter is essential in order to understand the context of some legal rules and decisions, as well as their political timeliness and how other actors react to them, given that political interest is, on occasions, decisive in the construction, evolution and development of the constitutional system and, by extension, of the federal model.

A historical perspective is also indispensable because in order to determine the causes and consequences of a phenomenon like the Canadian constitutional crisis at the end of the 20th century one requires knowledge of the process of construction and development of the *Québécoise* national identity, and its counter position to the pan-Canadian unitary nationalism that derives from the 1982 Constitution. To a lesser extent, certain attention will also be paid to sociological, economic and social factors, since these play a decisive role in the process of construction of national identities, which are decisive elements, given their influence in a secessionist crisis, and in the evolution of the movements behind the latter²⁹.

The final objective is that the combination is for the combination of these three approaches to crystalize in an analysis of Canada's federal system that will provide the reader with a global vision, helping to identify the characteristics of the system that have permitted accommodation of territorial diversity, making possible the integration of the Quebecois difference and reducing support for secession.

3.2. Structure and justification

This work seeks to rescue from oblivion certain aspects of the Canadian federal model that have not received much attention from Spanish doctrine, which, as noted earlier, has preferred to focus on other aspects of the system. Prior to deeper analysis of

²⁹ The concept of *national identity* is a many-sided prism, its meaning varying according to the conception one seeks. As a legal notion it is presented, with an eminently European focus, by BON (2014): 184-187, who conceives it as an indeterminate and even enigmatic concept.

the latter, some introductory questions will be resolved. The first will involve the presentation of some brief notes with regard to the existence of a right to secession. To this end a dual viewpoint will be adopted, from the perspective of both international and national law, based on the constitutions of some relevant states. A second section will address questions of a general nature vis-à-vis Canada's constitutional system and its historical origins. The objective of this brief digression is a terminological clarification of certain aspects, and contextualization of the Canadian federal model so as to facilitate comprehension of the work that follows.

The work will revolve around four conceptual blocks whose contents are broken down below, notwithstanding their subsequent subdivision into shorter chapters and sections. These thematic blocks correspond to the main axes presented to readers in order to offer them as complete a vision as possible of Canada's constitutional system with particular emphasis upon the integration of territorial diversity.

3.2.1. The starting point: the constitutional crisis

Upon resolution of the introductory questions, the study will begin with a reconstruction of the Canadian constitutional crisis, identifying and developing the factors which caused it. This study will begin with a counter positioning of two divergent visions of the origins of the Confederation. These two narratives, one of a centralist nature prevailing in Anglophone Canada and another, pro-autonomy, with its epicentre in Quebec, enshrine two different forms of understanding the federal model. The Quiet Revolution would be accompanied by significant changes to the cosmovision of Quebecois society, the most relevant being the redefinition of the national community of Quebec. This paradigm shift would act as seed of Quebecois nationalism, politically articulated via the Parti *québécois* (PQ), whose electoral victory in the provincial elections of 1976 would represent the start of the constitutional crisis that affected Canada during the rest of the century, its first critical point being the 1980 referendum.

After brief analysis of the causes and consequences of the latter there will be deeper analysis of the process of constitutional *patriation* initiated by P.E. TRUDEAU that would strain the seams of the federal model, generating a bitter confrontation between the provinces and the federal government that led to the constitutional isolation of Quebec. The legal dispute regarding the federal capacity unilaterally to patriate the Constitution will be the object of detailed analysis on the basis of the advisory opinion

of the Supreme Court, and the contents of the two main pillars of *patriation* will be addressed: the Charter of Rights and Freedoms and the amendment formula. Upon analysis of the Charter particular attention will be paid to the *notwithstanding clause*, given its novel and unconventional nature from a constitutional point of view, with special emphasis on its status as a mechanism that helps to flexibilize the constitutional system, facilitating the integration of territorial diversity. After consideration of the constitutional text of 1982, the analysis will focus on the Supreme Court's rejection of the existence of a right of veto in constitutional matters on the part of Quebec, an aspect that will tie in with the previously discussed centralist vision of the origins of the Confederation dominant in Anglophone Canada.

This legal decision would serve to heighten the sense of rejection and exclusion existing in Quebec after remaining outside the constitutional *patriation*, which prompted the beginning of a process intended to reintegrate this province within the constitutional consensus. These attempts at reintegration would be conducted via the Meech Lake (1987) and Charlottetown (1992) Accords, the contents of which will be broken down with analysis of their component elements, and their compatibility with Quebec's historical grievances. Particular attention will be paid to the linguistic dispute that would arise during the process of ratification of the Meech Lake Accord, evaluating the impact of the decisions taken by the Quebec executive in the accord's subsequent failure. Finally, a connection will be established between these constitutional failures and the moment of maximum constitutional tension in Canada's history: the referendum on Quebec's sovereignty held in 1995.

After detailed analysis of the causes of the constitutional crisis at the end of the 20th century, the consequences of the latter will be studied, and the efforts directed towards a flexibilization of Canada's constitutional system in order gradually to integrate the Quebecois difference.

The study will begin by reflecting upon the measures implemented by the federal government to address the challenge posed by sovereigntism. Beginning with idea of recovering Quebec's right of veto against future constitutional amendments, until the famous reference on the secession of Quebec, which will be the object of detailed study. Special attention will be paid to the constitutional principles deriving from the latter, with analysis of their scope, significance and the interrelation between the latter in order to analyse the theoretical framework constructed by the Court. In particular, an attempt will be made to determine whether this construction constitutes a

paradigm shift in the manner of conceiving the Canadian Constitution compared with the classical model of US federalism, which emphatically denied the possibility of secession, addressing this problem through internal law, with the Supreme Court outlining the criteria that should guide the conduct of political actors vis-à-vis the clear wish of the population of a province to abandon the Canadian federation, a will that, necessarily, would have to be articulated via a process of constitutional reform. With regard to addressing secession via domestic law, there will be clarification of the concepts integrating the construction provided by the Court, with greater emphasis on those, for example the notion of clear majority as a qualitative evaluation, that have been neglected by Spanish doctrine. This section will also highlight the *chiaroscuro* resulting from the Court's decision, since it leaves several questions unresolved, transferring to political actors responsibility for filling those gaps, as is the case of the reform procedure applicable to materialize secession. In connection with this last aspect, I shall present the possible application procedures and analyse the arguments in favour of and against the latter in order to reach a conclusion as to the appropriateness of these for a highly complex question like a province's secession from the rest of the federation.

The political reactions to the legal decision, regulated in the federal Clarity Act federal and Law 99 of Quebec, illustrate the two diametrically opposed political conceptions of the reference. The content and consequences of these will be addressed in detail in reference to their compatibility with the opinion of the Supreme Court. I shall also highlight the continuing echoes of this conflict, which, far from being resolved, continues its odyssey through the courts without any apparent solution in sight.

The gradual integration of Quebec and the consequent reduction of constitutional tension will be another field of study to be addressed, with a description of the range of measures implemented by the different federal executives over recent years. The evolution of the use of the *notwithstanding clause* will also be studied, and the present conception thereof. The cases in which it has been employed shall be identified, and those where recourse to the clause been proposed, underlining the case of Quebec, where the debate over its use persists.

The gradual integration of the Quebecois difference will also be addressed via two main vectors: language and education. This analysis will include a re-examination of Supreme Court doctrine in the Ford case in order to evaluate its validity. An attempt will be made to determine whether this doctrine has the conduct of the legislators, who

have sought a more pragmatic approach avoiding constitutional confrontation so as to ensure maintenance of Quebec's *visage linguistique*, without losing sight of the possibility of its extension to other fields such as work.

In relation to French as language of instruction, recent conflicts will be observed such as the problem of the *écoles passerelles*, detailing how the Quebecois legislator has managed to combine defence of his postulates with compliance with Supreme Court doctrine without needing to resort to extraordinary constitutional mechanisms like the *notwithstanding clause*, in a clear example of gradual integration of difference.

Finally, there will be evaluation of the status of Quebec's historical grievances following the process of gradual integration that has been undertaken, and of the province's new demands to return to the constitutional consensus, questions that will serve as a connecting thread in the following blocks, which will describe and analyse the elements of the federal system that would make it possible to accommodate these demands. In addition, I shall analyse how the aforementioned facts have impacted upon the current status of the sovereigntist movement, conditioning its discourse and political agenda, and consider their future perspectives.

3.2.2. *The model of distribution of competences as backbone of the federal system*

Following clarification of the causes of the Canadian constitutional crisis at the end of the 20th century, the work will focus on specific aspects of Canada's federal model with the aim of identifying the aspects that endow it with flexibility, enabling it to channel the tensions existing between centre and periphery. The first of these will be the model of distribution of competences.

The model of distribution of competences will be presented via a systematic approach, grouping matters into categories for better comprehension, in order to illustrate the evolution of the system from the rigidity of the original constitutional design to the practical flexibility that characterizes it, which has enabled an old-style Constitution to evolve and respond to the challenges of an increasingly complex and interconnected reality thanks to the legal interpretation. Special attention will also be paid to the integrating condition of asymmetric federalism as a means of endowing Quebec with competences with which to develop its distinctive character without undermining provincial equality.

The study of the system of distribution of competences will be based on the list of federal competences, which will be grouped together according to the nature of the

matters they encompass. A series of phenomena will be addressed that have gradually transformed the system, altering the original design in accordance with different factors. Thus one will see how values like unity and economic efficiency, national interest or criminal protection have been decisive when interpreting the system of competences, acting as a centralizing force at the expense of the provincial sphere of competences. This will be followed by consideration of the nature and scope of the federal residual power, an aspect that is unique to the Canadian constitutional system and differentiates it from other federal systems³⁰. Since this residual clause does not have just one facet, but can be applied in various ways, there will also be analysis of its role as emergency power, which is not specifically regulated in the constitutional text.

In similar fashion to the federal list, the powers attributed to the provinces will be analysed according to the nature of each of the matters in question. There will particular focus on the complementary competences, which are those that complete the federal classes of subjects, generating a system of distribution of competences resembling a Swiss cheese. The choice of this term to describe the system reflects the fact that it leaves holes in the regulation of a matter as a consequence of parts of the latter falling within the competence of another level of government, so it is only fully regulated by the action of systems of competences. Like the federal level, the provincial sphere of competences also has a residual clause of competences for those matters of a local or private nature, study of which will evidence how some areas have resisted the centralizing tendency promoted by the federal government, remaining under provincial regulation despite the numerous federal attempts to regulate, partially or fully, all these matters.

This duplicity of residual clauses, each one in favour of a level of government, renders it necessary to study the relationship between them, given their different nature and scope, with the interaction between both what makes it possible to complete the system.

In spite of the fact that the formal design of the Canadian system of competences is based on the theory of watertight compartments, the constitutional text contemplates concurrent powers between two levels of government like agriculture and immigration. These matters will be studied alongside those, which though they were not

³⁰ This notion is contrary to the classical canon of US federalism where residual powers belong to the States, which represents a different conception of the power relationship that exists between the government of the federation and that of the federated entities.

contemplated as parallel in the constitutional text, are assigned this status via legal interpretation of the system of competences. The particular importance of the legal interpretation of the system of competences makes it necessary to detail the plurality of doctrines developed by jurisprudence to interpret the system of competences, evaluating its scope and effects in the evolution and development of the federal model. These doctrines have gradually modulated the system of distribution of competences since the rigidity of the original model, permitting further degrees of overlapping until the admission of a timid but growing cooperation between both levels of government.

3.2.3. The Canadian institutional model and the system of intergovernmental relations

Upon completion of the study of the model of distribution of competences, it will be time to analyse another fundamental pillar of the Canadian federal model: the institutional system. This thematic block, which focuses on the four main institutions – the House of Commons, the Senate, the Supreme Court and the system of intergovernmental relations– aims to describe and analyse the most relevant aspects of the institutional system from a territorial perspective. The adoption of this approach is based on the attempt to find mechanisms of dialogue between both levels of government that make it possible to articulate provincial participation at the federal level, rendering the system more flexible and enabling it to develop and evolve without constitutional reform, successful execution of which appears unlikely at present. Thus, the aim is to develop the idea that an efficient institutional system contributes to the optimum functioning of the federal model, making it possible to articulate the opinions and demands of all the federal units of which it is composed, helping to reduce constitutional conflict and, consequently, and secessionist tension.

This section will begin with an overview of the Commons, the Lower House of the Federal Parliament. There will be brief discussion of the current model, a product of the numerous modifications that have been patched onto the original design. Without claiming to be exhaustive, since it bears no direct relation with the object of the analysis of this work, there will be some brief comments on a material that is currently the subject of debate in Canada: electoral reform.

The study will continue with the Upper House of the federal Parliament: the Senate. Since this institution is assigned the function of chamber of territorial representation, its analysis is particularly relevant when addressing the issue of the

integration of provincial diversity. Along with a brief description of the current state of affairs, the study will focus on the dysfunctionalities that hamper the Senate. It will also address the last reform process initiated by the federal government aimed at modifying the system of selection of senators, assessing the impact of the latter upon the functioning of the Senate as a territorial chamber.

The difficulties faced by the Senate when, in its current format, acting as chamber of territorial representation, call into question the need for the institution. Its limited influence, evident at key moments like *patriation* or the passing of the Clarity Act, upon federal practice, extends to practically all elements of the federal system, as in the case of the model of distribution of competences, which makes it necessary to theorize vis-à-vis the possible abolition of the institution, since it appears to be incapable of fulfilling the functions attributed to it by the constitution.

Analysis of Canada's institutional system is not restricted to legislative organs, but will also extend to the Supreme Court, supreme judicial body in Canada since 1949. The high degree of constitutional rigidity after the introduction of a domestic amendment in 1982 has left the Supreme Court as the only means of updating and developing an old-style Constitution like Canada's. This fact has transformed the Court into a force for balance within the system, assuming a role of territorial referee between the federal government and the provinces. This central position in the development of the federal system has resulted in its nature and composition being the subject of controversy over the years, with provincial participation in the appointment process being one of Quebec's traditional demands when it comes to selecting the three magistrates that correspond to the province in accordance with its own system of civil law. For this reason, this section will theorize with regard to the constitutional position of the Supreme Court and its nature, as well as in relation to the eligibility criteria for its members with particular focus on the modifications recently introduced by the federal government in order to reinforce provincial participation in the process. The territorial perspective will be the central theme of the analysis, with discussion of the possibility of conceiving the Supreme Court as an institution representative of Canada's territorial diversity, as well as of whether it should have an inclusive and symbolic character. In relation to the latter considerations, factors like bilingualism or indigenism will also be the object of analysis.

Finally, this thematic block will also deal with the system of intergovernmental relations, which will be connected with the growing need for cooperation perceived in

recent years, an aspect that might represent the first step in the evolution of the classic federal model of watertight compartments towards a cooperative. Traditionally, a system of intergovernmental relations has been proposed as an alternative to inefficient second chambers, as is the case of the Canadian Senate, when there is a need to channel dialogue between different levels of government. Although Canada has one of the most developed systems of intergovernmental relations, it is not devoid of shortcomings, such as its lack of institutionalization or the excessive dependence upon the federal level in its functioning. Therefore, the aim is to identify the strengths and weaknesses of the system, and to formulate possible reform proposals, as well as presenting it as an alternative to the inefficiencies of the Upper House at the territorial level.

The analysis will cover both the classical system of vertical relations, and horizontal cooperation between federal units, an increasingly important aspect, but one in which academic literature has shown little interest³¹. Both models will be analysed from a double perspective both bilateral and multilateral, focusing on the main institutions existing in each field, as well as on their functioning. The impact of the system of intergovernmental relations upon the federal system, and its influence upon other actors will form an essential part of the study, being of particular interest developments in fields such as constitutional reform, economic union and, especially in recent years, public policies.

3.2.4. An oft-neglected subject: fiscal federalism as driving force for integration

Lastly, the fourth block is devoted to a subject matter that is frequently overlooked by legal scholars: fiscal federalism. The distribution of financial resources is a vital component of any system of shared government. There is no point having shared competences without resources to finance them or if they are subject to a conditionality that gives the autonomous government little room to manoeuvre. For this reason, the main objective of this section is to identify the core elements of the Canadian fiscal model in order to evaluate its efficiency and whether, as some argue, this contributes to centralizing the federation at the expense of provincial autonomy. In the event of this hypothesis being correct, the aim is to identify the causes and propose changes to the

³¹ The province of Quebec has been one of the most proactive in attempting to develop these systems, which renders more interesting its analysis from the point of view of the integration of territorial diversity.

distribution mechanism so as to ensure that the provincial level has sufficient resources to finance the competences attributed to it by the constitution.

This block will begin by underlining the importance of fiscal imbalances and the tensions they generate within federal systems. Next, analysis will focus on the constitutional asymmetry that exists in Canada on the revenue side, examining the formal framework contained in the 1867 Constitution. For this purpose, special attention will be paid to the particular conception in Canada of direct taxation, substantially different from what we find in other models. This notion derives from MILL's classical thinking, which has played a central role in the interpretation of the model carried out by the *Privy Council*. I shall then address the evolution of the system after the Second World War, differentiating between three main periods according to their prevailing characteristics: centralization, homogenization and cooperation. In all of these the focus will be upon the Quebec's attitude. This has been characterized by firm defence of its desire to exercise its fiscal autonomy as an integral part of its self-rule, opting for a different path from the other provinces. Finally, this section will evaluate the consequences of constitutional asymmetry vis-à-vis revenue, in order to determine the possible existence of a vertical fiscal imbalance. On the basis of the concept elaborated by the Séguin Commission, the aim is to analyse the fiscal tables to determine the possible existence of a gap between the provinces' revenue and expenditure, rendering them dependent upon federal transfers since self-financing proves impossible.

A second part will consider the phenomenon of spending power. After clarification of this concept and brief theorization with regard to its constitutional basis, it will address its main manifestations, in particular, shared programmes and federal transfers. Concerning the former a description of its role in the evolution of the welfare state in Canada will be made without forgetting its conciliation with the system of distribution of competences, with evidence of a tendency towards a reduction of these programs. In addition, there will be a description of the model of federal transfers with particular emphasis upon the degree of conditionality accompanying the latter and how this has been employed as an instrument to construct a common pan-Canadian identity, somehow limiting provincial autonomy. Also highlighted are the implications for the future of the system of the recent reforms thereof. Finally, there will be discussion of possible means of reforming the system with the objective of reducing conditionality in the reception of federal funds, presenting alternatives to the current model that are more

compatible with the federal principle and allow for the maximum possible development of provincial self-rule.

The last question to be considered will be the issue of inter-territorial inequalities, the so-called horizontal imbalances, and federal correction of the latter. There will first be a brief theoretical framework, detailing the elements that constitute the redistribution programmes, and showing how their selection determines how the latter function.

A description of the general characteristics of the equalization systems will be followed by more detailed analysis of the Canadian model, tracing its origins up until the actual creation of the Confederation. This precedes a description of the main characteristics of the current programme, and a review of its evolution from its creation until the present day. Throughout this process, the different modifications that have been effected will be identified, and the effects of the latter, which have fundamentally revolved around two elements: the equalization formula and the comparison standard. This evolutionary process has enshrined the reactive nature of the system, which itself has gradually adapted to the federal government's needs.

Continuing the evolutionary tendency of the system I shall raise some questions, the resolution of which might promote cohesion and territorial integration. This will permit discussion of the advisability of eliminating the subordination of the equalization programme to federal government budgetary balance, the need to adopt a global approach with regard to the calculation of revenue from natural resources, and how to analyse the possibility of conceiving the equalization system as a tool to reduce territorial tensions, further exploring its integrating function.

4. SEVERAL INTRODUCTORY CONSIDERATIONS

4.1. The right to secession. Brief notes

Secession is, according to DWORKIN, a hard case³², a question regarding which, with only a few exceptions, there is no national or international law that may be applied. Consequently, secession is a complex phenomenon that encompasses both legal and political factors³³, which makes it difficult to formulate legal theories in abstract

³² DWORKIN (1975) and (1978): 81. For DWORKIN, hard cases are those in which there exists no unambiguous rule, approved by the competent authority prior to the case, to which the judge should.

³³ MANCINI (2012): 483-487.

fashion, given that the specific circumstances are a decisive element when deliberating over the existence of a right to secession.

Another question worth bearing in mind is that the right to secession or self-determination does not have one single manifestation, but assumes different, somewhat darker forms or modalities, which seek to conceal the true final objective, which is none other than secession. Thus, formulae have emerged such as the right to decide, which is an incomplete formulation, as it does not specify what it is that is to be decided³⁴. As LÓPEZ BASAGUREN observes, this is a way of disguising the right to self-determination, wrapping the right to secession in pretty paper in order to broaden the social base supporting it and thus attain independence³⁵.

Finally, it is also necessary to indicate that the existence, or not, of a right to secede, while it may impact, is by no means binding when achieving recognition by other states. This recognition, a prerequisite in order to act as a state on the international stage, is a political decision beyond the law, dependent solely upon the will of each state.

4.1.1. *Secession on the domestic front*

Secession involves the end of the state as we know it, in which part of the territory breaks off and constitutes a sovereign nation. Consequently, recognising a right to secession in the domestic legal system of a state means recognising the possibility of the latter ceasing to exist in its current form, denying the principle of territorial integrity³⁶.

Given this circumstance, is it not surprising that states are reluctant to recognise the right to secession³⁷, with the latter included in only two constitutional texts, those of Saint Kitts and Nevis and Ethiopia³⁸. Most constitutions remain silent in this regard, with denial of the right to secession being an established principle in comparative law, where we can find a multitude of states that declare the unity and indivisibility of their territory, thus enshrining it. The declaration of the territory as indivisible is not related to the form of state, as we find this characteristic in unitary states like France or

³⁴ AJA (2014): 364.

³⁵ LÓPEZ BASAGUREN (2016b): 166-171.

³⁶ This principle has a long tradition in international law, and is to be found in article 2 of the United Nations Charter.

³⁷ Conversely, WEINSTOCK (2001): 197 believes that the inclusion of a secession clause in states' constitutions, paradoxically, is a disincentive, reducing recourse to secession as political blackmail.

³⁸ The right to secession is regulated in article 115 of the Constitution of Saint Kitts and Nevis, with regard to the island of Nevis, and article 39.1 of Ethiopia's.

Norway, federal states like Mexico or regional states like Italy³⁹. The aversion of sovereign states to the phenomenon of secession is such that even a state born of secession like Kosovo defines itself as indivisible in article 1.1 of its Constitution.

In states like Germany or the United States it is the courts that have denied the possibility of secession declaring that “states are not owners of the Constitution, so separation is not an option”⁴⁰ or that “the Constitution looks to an indestructible union of indestructible states”⁴¹.

Spain’s case is no different from the previous two, article 2 of the Constitution stating that “*la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles*”. The Constitutional Court confirmed this idea in CCJ 42/2014, declaring that the attribution of national sovereignty reflected in article 1.2 precludes the consideration of other communities, as in the case of Catalonia, as sovereign since they only constitute a fraction of the Spanish people⁴².

This comparative analysis allows us to observe the existence of a general pattern that consists of denying at a domestic level the existence of a right to secession, with the latter constituting a very rare exception.

4.1.2. *Secession and International Law*

Having confirmed the habitual exclusion of the right to secession from the domestic legal system of states, the next step is to see if it is possible to affirm the existence of the latter in International Law⁴³.

³⁹ Thus, the constitutions of France (articles 1 and 89), Italy (article 5), Brazil (article 1), Mexico (article 2) or Norway (article 1) establish territorial unity as a basic principle. Some states, like Switzerland, do not include this principle in their constitutional texts, but do categorize secession as a criminal offence, the case of article 265 of the Swiss Criminal Code.

⁴⁰ This idea was confirmed by the Federal Constitutional Court vis-à-vis a hypothetical secession of the Land of Bavaria proposed by a minority political formation. Vid. Bundesverfassungsgericht 2 BvR 349/16 “*In der Bundesrepublik Deutschland als auf der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes beruhendem Nationalstaat sind die Länder nicht „Herren des Grundgesetzes“. Für Sezessionsbestrebungen einzelner Länder ist unter dem Grundgesetz daher kein Raum. Sie verstoßen gegen die verfassungsmäßige Ordnung.* For more detail, in Spanish, see the article by RAGONE (2018): 407-418.

⁴¹ In *Texas v White* US 700, 725 (1869) the US Supreme Court declared that “*the Constitution [...] looks to an indestructible union, composed of indestructible states*” denying any possibility of separation of a state from the nation.

⁴² STC 42/2014, legal basis 3. For a detailed analysis of the ruling vid. FERRERES COMELLA (2014): 571-590, FOSSAS ESPADALER (2014): 273-300 and CASTELLÁ ANDREU (2016): 561-592.

⁴³ For anyone wishing to explore this question further, the work edited by KOHEN (2006) is fundamental. On the right to secession within the framework of the European Union and its consequences with regard to membership of the latter vid. MEDINA ORTEGA (2004), in particular chapters four and five of this work.

The right to secession appears to have its origins in in the Independence of the United States and the freedom movements that sought to detach themselves from the Spanish Empire in America. At an international level, this right cannot be said to exist, as it is not formally contained in any legal instrument, just as neither can it expressly be denied⁴⁴. It is however possible to trace its essence to the principle of self-determination of peoples reflected in UN Resolutions 1514 and 2625⁴⁵ and subsequently included in article 1.1 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Even so, this right to self-determination refers fundamentally to the domestic sphere, in other words, to the attainment of the political, economic and social development of a community within the framework of the state of which it forms a part⁴⁶. On the other hand, external self-determination, that which cannot be achieved within an already existing state and which, therefore, involves secession, is regarded with mistrust given its conflict with the aforementioned principle of territorial integrity.

However, this limitation of the right to self-determination to the domestic sphere cannot be regarded as absolute, as there is a possibility of its external exercise, and thus secession, when two situations coincide the nature of which legitimates recourse to secession⁴⁷. This is the case of both peoples subjected to colonial domination and those subjected to foreign domination and/or exploitation beyond the colonial context⁴⁸.

Along with these two situations, there is academic discussion vis-à-vis the possibility of recognising the right to secession as a remedy –*remedial secession*–, in the case of peoples subject to serious violations of human rights by the states in which they are located. The theory of secession as remedy is linked to LOCKE’s theory of revolution, which justified a people rising up against a government that practised injustice⁴⁹. BUCHANAN, meanwhile, characterises secession as remedy as a last resort, in

⁴⁴ Advisory opinion of the International Court of Justice on the conformity with international law of the unilateral declaration of independence relating to Kosovo. A/64/881, paragraph 84.

⁴⁵ Respectively, UN Resolution 1514 on the granting of Independence to colonial countries and peoples, of December 134, 1960 and General Assembly Resolution 2625 (XXV) of October 24, 1970, on the Declaration on the Principles of International Law referring to relations of friendship and to cooperation between states in accordance with the UN Charter. Vid. CASSESE (1995), KOHEN (2006), PONS RAFOLS (2015) and LÓPEZ BASAGUREN (2014a): 39-68.

⁴⁶ HOROWITZ (1998): 200-206.

⁴⁷ CASSESE (1995): 334.

⁴⁸ Although both scenarios are widely accepted and have been recognized as so by the International Court of Justice, vid. Advisory opinion, I.C.J. Reports 1971, paragraphs 52 and 53; East Timor (Portugal c. Australia), judgement, I.C.J. Reports 1995, paragraph. 29 and legal consequences of the construction of a Wall in occupied Palestine, advisory opinion, I.C.J. Reports 2004 (I), paragraph 88, as MOORE (1997): 905-912 notes, these theories are not free of problems or paradoxes.

⁴⁹ It should be emphasised that LOCKE’s right to resistance (1980): 196-205 should not be understood as a right to overthrow the government in violent or subversive manner, but that since the latter has not

which secession is the only available option to guarantee the survival of a group or a people, whose mere existence is threatened unless separation takes place⁵⁰.

Interest in this theory grew as a result of the advisory opinion on the unilateral Independence of Kosovo, where the existence of a right to secession as remedy was defended by several of the intervening parties before the International Court of Justice⁵¹, who alleged that systematic denial of access to means of political participation, and the flagrant violation of the human rights of the Albanian-Kosovan population by the Serbian authorities was cause enough to regard as legitimate the secession of the territory of Kosovo from the Republic of Serbia⁵². However, the Court opted not to rule on the question, leaving open the possible existence of a right to secession as remedy and its applicability to the case in question⁵³. The Court's refusal to rule on the existence of a right to secession as remedy and its application to the case of Kosovo is particularly significant, as not even in an exceptional case, where there was majority international support for secession given the refusal of the Serbian authorities to grant any kind of autonomy to the territory of Kosovo⁵⁴, did the Court venture to rule that it was witnessing a scenario of *remedial secession* in spite of the existence of sufficient evidence that this was indeed the case. This silence, disguised by the premise that the Court had not been consulted with regard to the legitimacy of the declaration of independence or its conformity with international law⁵⁵, demonstrates the reticence to

fulfilled its *tacit pact* with the citizens, the latter have the right to form a new government that will honour its pact with people. GARGARELLA (2005): 16-18 shares this vision, understanding that LOCKE's right to resistance is applicable when the government in office does not respect basic rights, given the inalienable character of the latter.

⁵⁰ BUCHANAN (1997): 44-45.

⁵¹ Advisory opinion of the International Court of Justice on the conformity of international law with the declaration of independence relating to Kosovo. A/64/881.

⁵² For an analysis of the stances of both intervening parties, both in favour and against, vid. VAN DEN DRIEST (2013): 245-259 where there is detailed study of their positions. In the same sense, SOROETA LICERAS (2013): 15 observes that even those states in favour of the secession of Kosovo stressed that this was a particular situation, not applicable to other cases.

⁵³ JIMÉNEZ PIERNAS (2011): 46-47 states that the right to secession as remedy is a theory that lacks support in international practice and that, furthermore, it is not applicable to Kosovo given that the violations of human rights occurred during the period 1996-1999 while the declaration of independence was issued in 2008.

⁵⁴ Particularly significant in this respect, as is highlighted by LÓPEZ BASAGUREN (2016b): 170, is the opinion of the envoy of the UN Secretary General, the former Prime Minister of Finland Martti AHTISAARI, who regards independence as the only possible solution to the conflict following Serbia's rejection of his proposal of negotiation of autonomy for Kosovo in accordance with the principle of the territorial integrity of states.

⁵⁵ Advisory opinion of the International Court of Justice on the conformity of international law with the declaration of independence relating to Kosovo, paragraph 56.

recognise the existence of a right to secession beyond the traditional situations of colonial rule⁵⁶.

Even admitting the existence of a right to secession in cases of serious violations of human rights, it is obvious that none of these are applicable to the demands heard in consolidated democratic systems. This denial of the possibility of legal separation, combined with the refusal of states to contemplate it within internal law, means that communities aspiring to secession must direct their efforts towards improved integration within the state of which they form a part, in other words, with a view to strengthening their internal self-determination, foregoing external options. For this reason, the integration of territorial diversity is a crucial issue in those states where various national communities coexist, and it is necessary to find a framework that combines their self-rule –their internal self-determination– with the preservation of territorial unity⁵⁷.

4.2. Canada. General observations

The term Canada –*kanata*, which means village or settlement– comes from Iroquois, one of the languages of the many indigenous tribes that inhabited Canada before European colonization.

After some Viking incursions around the year 1000, European colonization of Canada dates back to John CABOT's arrival in Cap Breton, Newfoundland, in 1497⁵⁸. Years later, in 1534, Jacques CARTIER founded New France⁵⁹, the French empire in North America, initiating a colonial rivalry between the two great naval powers of the age: France and the United Kingdom⁶⁰. At the same time, the British, through different exploration companies under royal prerogative, settled in Newfoundland before

⁵⁶ DUGARD (2013): 253 interprets that behind this refusal lay the Court's wish to safeguard its reputation, avoiding a particularly controversial subject on the international stage.

⁵⁷ Recourse to the federal model as an instrument that allows for internal self-rule, avoiding secession, was the subject of an analysis by KYMLICKA (1998): 111-150, which reflected the advantages and disadvantages of this formula.

⁵⁸ The work *The Constitutions that Shaped Us* edited by LAFOREST, BROUILLET, GAGNON and TANGUAY (2015) includes a collection of essays, both classical and contemporary, on the history of Canada at the dawn of the 1867 Constitution, with special attention to the province of Quebec and its future as a Catholic and Francophone territory within an Anglophone and Protestant context.

⁵⁹ This empire comprised, principally, the colony of Canada, consisting of the settlements of Quebec, Trois-Rivières and Montreal, Hudson Bay, Acadia, including part of Maine and the Maritime Provinces, Placencia – originally a settlement of Basque fishermen– and Louisiana, which extended northwards to what is now Illinois.

⁶⁰ Although Spain and Portugal attempted via the Treaty of Tordesillas to assert their rights over some territories in North America, their global influence was in decline, giving way to the French and British empires.

continuing southwards, where they established the thirteen colonies that would give rise to the United States.

This rivalry developed into armed conflict and the Seven Years' War, which ended with the British victory and the signing of the Treaty of Paris by which France handed over all its dominions in North America to the United Kingdom, retaining only the island of Saint Pierre and Miquelon⁶¹. The British conquest of the French territories in North America represented the first instance of the accommodation of difference in Canada, which resulted from the *Quebec Act* of 1774⁶². This law permitted the inhabitants of these territories to conserve the Catholic religion, and also allowed them to be civil servants, something prohibited in Great Britain after the *Royal Proclamation* of 1763 which prevented a Catholic from acceding to the throne of England⁶³. Furthermore, the *Quebec Act* restored the rule of French civil law in Quebec, while the criminal code was ruled by the British system⁶⁴.

4.2.1. Terminological clarifications

4.2.1.A. From Confederation to Dominion

References to Canada imply the continuous use of the terms, *Confederation* and *Dominion*, which should be clarified as they may lead to confusion. Referring to Canada as a Confederation may incline us to think that it is, following the classical definition of the term, a union of sovereign states where power is exercised over the latter and not over citizens⁶⁵. However, Canada is a federal state that is the product of the union of a series of British colonies situated in North America regardless of their *nomen iuris*⁶⁶.

⁶¹ Furthermore, France had agreed to cede Louisiana to Spain via the Treaty of Fontainebleau of 1762. Spain would subsequently return this territory to France in 1803, and the latter sold it to the USA that same year.

⁶² Vid. COUPLAND (1968). *Quebec Act*, 1774, 14 Geo. III c. 83.

⁶³ MARION (1963): 147-177 presents this accommodation as an attempt by the British authorities to prevent the tensions arising from the French and American revolutions leading to fresh uprisings by the Francophone population against the imperial government, contrary to the prevailing thesis that it was due to the magnanimity and generosity of the British Crown.

⁶⁴ KENNEDY (2014): 51 recalls, evoking BURKE, that this accommodation was so considerable that the only change was to replace Louis XVI with George III. In the same work, the author reviews the government institutions of New France and of the province of Quebec both before and after British control.

⁶⁵ GARCÍA PELAYO (1984): 209-214 offers a review of the main visions vis-à-vis the term Confederation, the meaning of which he regards as highly debateable. PALERMO and KÖSSLER (2017): 35-36 characterise Confederation according to three main features: a) being a union subject to international and not constitutional law, b) the need for unanimity in decision-making, which means a right of veto for states within it and c) the confederation's financial dependence upon transfers by member states as it lacks its own sources of income.

⁶⁶ PALERMO and KÖSSLER, supra 35. Switzerland is another comparable case since, officially, it designates itself Helvetic Confederation when, strictly speaking, this is a federal state.

In its initial design, the Dominion was formed by the provinces of Canada – divided into Ontario and Quebec in accordance with section 6 of the 1867 Constitution – , Nova Scotia and New Brunswick⁶⁷. In the late 19th and early 20th centuries, this was extended by virtue of the incorporation of new colonies, and the creation of new provinces, resulting in the current configuration of 10 provinces and three territories⁶⁸. The first to join, shortly after the creation of the Confederation, were British Columbia (1871) and Prince Edward Island (1873), while the Dominion of Newfoundland – renamed Newfoundland and Labrador after a constitutional modification in 2001 – voted to enter in a referendum in 1949. Meanwhile, new provinces were created from territories which the federal government purchased from the Hudson Bay Exploration Company in 1870. Thus were born the provinces of Manitoba (1870), Alberta and Saskatchewan (1905) and the Northwest Territories (1870) and the Yukon (1898). In 1999, the territory of Nunavut was created, splitting away from the Northwest Territories, in might be regarded as the first instance of indigenous self-rule in Canada⁶⁹.

The choice of Confederation instead of federation seems to reflect the founders' desire not to resemble the United States, as the latter's model was plagued by some ills which they sought to avoid with the adoption of the monarchic principle and a Westminster-style parliamentary government in the British tradition as opposed to US presidentialism, which was perceived as the seed of tyranny⁷⁰.

The term Dominion included in the preamble of the British *North America Act* under the expression “*WHEREAS the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*” has its origins in the London Conference of 1866⁷¹. Here there was a dispute over the name of the new state. The Canadian representatives rejected the term “colony” and were in favour of,

⁶⁷ Section 5 of the 1867 Constitution.

⁶⁸ The difference between these two types of units lies in the legislative autonomy of the former, given their status as sovereign, while the territories are administered by the federal government. However, the federal Parliament has gradually increased the territories' legislative competences to a level similar to the provinces.

⁶⁹ GRAMMOND (2017): 314.

⁷⁰ In this vein MACDONALD referred to the US model as “*the tyranny of a single despot*” contrasting this with the United Kingdom's monarchic principle (*Confederation Debates Legislative Assembly* – February 6, 1865).

⁷¹ Originally *Dominion* was translated into French as “*une seule et même Puissance sous le nom de Canada*” [Emphasis added], although the noun *Dominion* appears between brackets by way of clarification in the official Francophone version.

MACDONALD in particular, the designation “Kingdom of Canada”. However, the British Foreign Secretary, Lord DERBY, did not support this formula as he believed it might offend sensibilities in the USA and provoke a conflict between both territories given its imperial connotations. Finally, Samuel Leonard TILLEY, another of the Fathers of Confederation, proposed the term Dominion, taken from a passage in the Bible⁷², which eventually became the new designation for Canada. In spite of everything, the designation Dominion – which would later extend to other British colonial territories, being adopted in Australia, New Zealand, South Africa and Newfoundland– cannot be considered to be a Canadian invention, as it had already been used to refer to the British Empire’s North American colonies with the general formula *Dominion of New England*⁷³.

4.2.1.B. *Patriation* and non-repatriation

Although most references in Spanish have opted for the term repatriation to refer to the constitutional emancipation of Canada from the United Kingdom in 1982⁷⁴, I considerate more appropriate, in order better to express the content and meaning of the process, to employ “*patriación*”⁷⁵ as a translation of the English word *patriation*, *rapatriement*, in French. According to the RAE, “repatriar” means returning something or somebody to their homeland, which implies the return of an element that had already been in said place. However, in this particular case, the Constitution was never Canadian, as, from the moment of its adoption, it was a British law emanating from the Parliament of Westminster, modification of which corresponded exclusively to the latter. Consequently, I believe it is an error to refer to the constitutional process of 1982 as a constitutional repatriation because the Constitution did not return to Canada, as it had never been there, but was patriated, in other words, taken to Canada for the first time and converted, in its own right, into a purely Canadian autochthonous legal text.

⁷² Specifically the Book of Psalms, psalm 72, verse 28 states that “*He shall have dominion from sea to sea, and from the river to the ends of the earth*” [Emphasis added]

⁷³ In relation to the institutional configuration and nature of the British Crown Dominions there are some interesting classic works such as those of FIDDES (1926), NEUENDORFF (1942), the latter focused on Canada, and BRADY (1952).

⁷⁴ Some examples of the use of this term may be found in the works of FOSSAS and WOEHLING (1997): 132, SAIZ ARNAIZ (1997): 66-71 or SEIJAS VILLADANGOS (2009): 523. Meanwhile, CASTELLÀ ANDREU (2014): 262 and LÓPEZ BASAGUREN (2013): 55-57 prefer to place the English word between quotation marks rather than “repatriación”.

⁷⁵ Since this term is not included in the dictionary of the RAE, it will be italicised in order to indicate a meaning that does not correspond to the normal use of language.

4.2.1.C. The naming of constitutional texts: an open and flexible question

The Canadian system, unlike Britain's, is based on a written constitution. However, delimiting the contents of the Constitution is a complex task since the Canadian Constitution, as we shall see, is composed of a multitude of documents and doubts exist as to whether it is totally codified. The first document of a constitutional nature in the history of Canada was the *British North America Act*, a legal text of the Imperial Parliament that unified the British colonies in North America, with the exception of Newfoundland.

After the constitutional *patriation* of 1982, the BNA was renamed *Constitution Act, 1867*, with the coining of the term *Constitution Act, 1982* for the constitution adopted in that year. For this reason, throughout this work there will be interchangeable reference to these documents as *British North America Act* or 1867 Constitution in reference to the year of its adoption. The legislation passed in 1982 will be termed 1982 Constitution. This division means that any reference to the Constitution of Canada without mention of the year should be understood as to the Constitution as a whole, comprising both these two texts and the others of which it is constituted as detailed by the annex accompanying article 53 of the 1982 Constitution. Another possible nomenclature, often found in literature in Spanish, is that of "Ley Constitucional" referring both to the 1867 and 1982 texts. This terminology, which derives from the literal translation of *Constitution Act*, is also perfectly valid. However, I have preferred to use the term Constitution to underline the suprallegal and constitutional nature exhibited by these texts today, having transcended the merely legal value of the *British North America Act*.

4.2.2. The federal option as compromise

In the mid-19th century the British colonies in North America were undergoing a period of considerable political instability. This was particularly intense in the province of Canada –now Ontario Quebec–, where tension between the Anglophone and the Francophone communities was growing. Since the union of the provinces of Upper and Lower Canada both communities had the same representation in Parliament, though the English Protestants constituted a majority. In that Parliament, there were three schools of thought with regard to the future of the province: the implantation of a system of representation proportional to the population, equality between communities

or the double majority, in other words, the government's need for majority support in both Lower and Upper Canada.

As an alternative to these the federal option emerged, which would make it possible to guarantee equality and self-rule for Upper and Lower Canada, without renouncing their identity or the principle of proportional representation⁷⁶, within a federal system that would retain its links with the British Crown. The federal model, introduced with some difficulty in the United States⁷⁷, constituted a radical novelty in the British system characterised by its unitary nature. The British government's lack of interest in the federal model began to change between 1830 and 1840 following a series of crises and uprisings that affected the most important territories in the Empire⁷⁸. The federal solution began to present itself as a viable alternative to reduce instability in North America, as well as to unite the Australian colonies under one government. British acceptance of the federal ideal as a solution for North America emerged in a context of considerable conflict in these territories, with several violent uprisings against British rule, and where there were increasing demands for the implantation of a system of *responsible government*⁷⁹. In fact, it was not until 1870 that the federal system gained momentum as a model for organizing the Empire, in such a way as to grant the colonies a degree of self-rule without breaking the umbilical cord linking them to the United Kingdom. Moreover, as BURGESS observed, the notion of "federal union" or "imperial federation" held in London differed considerably from the North American model of federalism, being far less precise to extent of embracing any model that allowed for the maintenance of close ties with the Empire⁸⁰.

Despite the initial opposition, the federal option began to be regarded as the best alternative to end the conflict and divisions between the Anglophone and Francophone communities. This acceptance of the federation as a lesser evil, as a compromise

⁷⁶ As will be seen later, proportional representation and equality between the two founding communities would be combined by virtue of the different form of determining the composition of the Lower and Upper Houses.

⁷⁷ The gestation of the Canadian Confederation coincided with the US Civil War (1861-1865), an aspect that evidenced the risks and instability of the federal model.

⁷⁸ KENDLE (1997): 18-36.

⁷⁹ In the Westminster model *responsible government* is understood as the government's responsibility before Parliament. Before the implantation of this system, although there were provincial assemblies, the governors of the Canadian colonies only reported to the imperial authorities of London. The first colony where the system of responsible government was introduced was Nova Scotia in February, 1848, before it reached the province of Canada a few months later.

⁸⁰ BURGESS (1995): 23-79 observes the main concern was to ensure that the colonies continued to be linked to the Empire, in a context in which the United Kingdom was losing influence in the international arena.

between opposing visions, came in the wake of intense negotiations at the Charlottetown and Quebec Conferences held in 1864, where representatives of all the British colonies in North America met. The Quebec Conference passed a series of resolutions which would serve as a basis for the final drafting of the British *North America Act* (BNA)⁸¹, which was finalised at the London Conference of 1866⁸². The lack of enthusiasm for the federal option might lead one to describe Canada as a federation without federalists, since most of the Fathers of the Confederation initially favoured other models⁸³. In fact, in spite of having accepted this option as the solution in order to integrate the diverse reality of Canada, MACDONALD 's defence of federalism before the colonial Parliament was lukewarm, since, as VIPON notes, for him, federalism was a question of political pragmatism rather than ideological desire or conviction⁸⁴.

This scant enthusiasm for the federal compromise would result in a lack of federal culture that conditioned the original design of the Confederation, as well as its development and evolution in the early years, when the federal government acted according to a logic closer to a unitary than to a federal vision. Consequently, it would be constitutional practice, *federalism in movement*, which consolidated a model originally conceived as a compromise option in the initial absence of many defenders of the federalist cause. The Canadian experience shows us that it is possible to develop and consolidate a federal system, even in those realities initially dominated by a logic of

⁸¹ This Confederation's influence in the emergence of the federation was crucial in the future configuration of the BNA, as this involved the attempt to reconcile very different stances between the advocates and detractors of the federal model as is illustrated by the collective work edited by BROUILLET, GAGNON and LAFOREST (2016).

The resolutions adopted may be consulted in http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/Misc/gr_1864.html

⁸² On the debates and political thinking prior to the Confederation there is a multitude of interesting works including AJZENSTAT et al. (1999), AJZENSTAT (2007), CREIGHTON (1964), KRIKORIAN et al. (2017) and WAITE (1962 and 1963).

⁸³ AJZENSTAT et al. (1999): 285-290 remind us that BROWN was one of the first to be convinced of the benefits of the federal model, recruiting MACDONALD into the project though the latter originally favoured a legislative union with a strong centralist component (WAITE, 1963: 40-43), as he identified in the federal model all the ills that plagued the United States, arriving at the conviction that this union would be impracticable due to the opposition in Lower Canada. A reference work on his figure is that of CREIGHTON (1995). Meanwhile, CARTIER, supported federal union as an element that would guarantee equal powers between both communities since he was a fierce opponent of proportional representation, which prejudiced Francophones of Lower Canada like himself. There has recently been an attempt to revive the figure of Alexander GALT, Anglophone MP for Sherbrooke, who was one of the staunchest defenders of the federal option for Canada. The political thinking of GALT, who would become Finance Minister in the first Confederation government and was later appointed *Canadian High Commissioner* in London, in relation to the federal model and its application in Canada is reflected in the work that GILLESPIE (2017) devotes to him within a series dedicated to the Canadian Confederation. This author calls GALT "*The Federalist*", with the clear intention of highlighting his status as advocate of the federal model in a political context that that was not favourable to this cause. Also very interesting within the same collection are the works on BROWN, MACDONALD, D'ARCY MCGEE y CARTIER.

⁸⁴ VIPOND (2017): 228-229.

centralist or unitary state. This is an extremely important lesson for models like the Spanish or the British ones, where systems of territorial autonomy have been introduced, with more or less federal characteristics, without the prior existence of a true federal culture, which needs to be constructed, albeit gradually, so as to consolidate a stable constitutional framework that makes it possible to reconcile the different territorial sensibilities existing within a strong state.

The compromise of the federal option also seeks to unite within the same state two communities with differing characteristics and configuration. These differences or asymmetries were decisive when choosing the federal model as a solution to accommodate the different sensibilities existing within Canada.

According to TARTLON it is possible to define as symmetrical a federal system that is composed of federal units with similar economic, social and climatic characteristics and political institutions⁸⁵. Conversely, the same author terms as asymmetrical a federal system when these units differ in character and composition⁸⁶. From these notions we can deduce that for TARTLON asymmetry is defined as the absence of homogeneity in the characteristics of the society that integrates each federated unit, whether this be due to economic or social factors that may justify differential treatment.

TARTLON's conception makes no mention of the national character as a generator of asymmetries, an aspect that may derive from the fact that this author's affirmations refer to the United States federal model, characterised as being a *melting pot*, a singularity that makes it homogenous in national terms. However, the national factor is particularly relevant in terms of asymmetries, since questions like religion or language are decisive when configuring and developing the federal system, as is evidenced by the case of Canada.

Another classification is that which leads us to differentiate between de facto asymmetries, that which exists when there is a concurrence of different economic, social or cultural factors, and legal asymmetries, which derive from a conscious constitutional or legal design that treats in a different manner certain sub-state units⁸⁷.

⁸⁵ TARTLON (1999): 28.

⁸⁶ Ibid. 29.

⁸⁷ AGRANOFF (1999): 16-17. WATTS (1999a): 26-28. The latter author (1999a, 30-41) identifies seven categories into which the asymmetries may be classified, be they de facto or *de iure*. These are a) size and wealth of the federated units, b) the level of autonomy and competences of the unit, c) representation in the federal institutions, d) representation in the processes of inter-governmental relations e) application of

In Canada it is easy to identify the existence of *de facto* asymmetries with different origins such as the Francophone and Catholic nature of Quebec compared with the Protestant and Anglophone majority of the rest of Canada⁸⁸, an aspect that would subsequently materialise as the national Québécois-Canadian dichotomy, the disproportionately high population of Ontario in comparison with the rest of the federation⁸⁹ or Alberta's higher income levels than the other provinces⁹⁰. Canada's constitutional model has also consolidated *de iure* asymmetries, as in the case of the constitutional provision concerning the appointment to specific districts of Quebec's senators (article 22 of the 1867 Constitution) or provisions relating to the uniformity of civil law applicable only to Ontario, Nuevo Brunswick and Nova Scotia (article 94)⁹¹. The existence of *de iure* asymmetries in favour of a federated unity may be the cause of tensions with others when these are perceived as a privilege that undermines the principle of equality between sub-state units. WEBBER indicates that in Canada there appears to be no fear of asymmetry as a product of the existence of different provinces with different legislative powers⁹². However, if these asymmetries affect the constitutional sphere, and especially if they have a cultural connotation, then they are regarded with suspicion by part of the Anglo-Canadian community⁹³.

Within the field of *de facto* asymmetries one needs to clarify, as does MILNE, that these may also be produced in the application of the law⁹⁴. In other words, one can begin with a largely homogeneous legislative or constitutional framework, but which has been used in asymmetrical fashion by the federated units, so that some have chosen not to exercise the prerogative available to them. This would be the case of the possibility of provinces assuming competences in the field of immigration via agreements with the federal government, where only Quebec has decided to exercise

the declaration of rights, f) power when modifying the constitution g) the constitutions of the federated units.

⁸⁸ This and other *de facto* asymmetries are listed by WATTS (1999b): 118-120.

⁸⁹ 14.1 million people live in the province of Ontario, 38.64% of the total population of Canada (36.7 million)

⁹⁰ In 2015, the average family income in Alberta was \$100,130, considerably higher than the national average of 80.940\$. (STATISTICS CANADA, 2015).

⁹¹ WATTS (1999b): 120-122 provides some examples of these asymmetries in the constitutions of some provinces.

⁹² WEBBER (1999): 106-107 states that asymmetry is consubstantial to federalism, with it being necessary to adopt the principle of "different draft for different peoples" –in reference to different federal units–, equality being an approximate standard of comparison, but not in any case definitive.

⁹³ *Ibid.* 108-109.

⁹⁴ MILNE (1999): 71-77.

these fully, with the other provinces refusing to sign the agreements or limiting their scope to the bare minimum.

This tension between symmetry and asymmetry has characterised and conditioned the evolution of Canadian federalism since its origins, particularly during the negotiating of the Lake Meech and Charlottetown Constitutional Agreements during the constitutional crisis at the end of the 20th century, as will be discussed below.

4.2.3. *The constitutional crisis, an endemic problem*

The constitutional crisis at the end of the 20th century, which will play a fundamental role in this work, while of a magnitude previously unknown in the history of Canada, was not a completely new phenomenon, as the existence of crises appears to have been a regular occurrence in the country since its origins.

The territories that form Canada today have undergone numerous periods of instability, which led CHACÓN PIQUERAS to affirm that the federation has been in crisis since its beginnings⁹⁵. Added to the aforementioned uprisings in the American colonies under British rule was the rejection by the Francophone MPs of the *Parti Rouge*⁹⁶ of the passing of the *British North America Act*⁹⁷ and, with it, the union of the North American colonies in one Dominion under the British Crown. There was also significant opposition to the Confederation in New Brunswick, though only supported by a third of the members of the provincial parliament. Moreover, only three months after the creation of the Dominion of Canada, the province of Nova Scotia attempted to abandon the latter, claiming that membership was economically harmful⁹⁸. In 1886, there was a further attempt following the victory of the Conservative Party with a programme in favour of derogating the terms of union with Canada. However, the party's defeat in the federal elections the following year frustrated any secessionist aspirations.

⁹⁵ CHACÓN PIQUERAS (1999): 6.

⁹⁶ The *Parti Rouge*, led by Antoine Aimé DORION, was a radical liberal formation from Lower Canada that was directly opposed to the Confederation, believing that it would eliminate the provinces' powers, given its centralist nature. During the preliminary discussions DORION (WAITE, 1963: 88-89) made clear his position, stating that he was in favour of a real Confederation, in which local governments –i.e. the provinces- were granted wide-ranging powers while the proposed model assigned all powers to central government and reserved for local ones the minimum possible degree of autonomy.

⁹⁷ *British North America Act, 1867*, 30-31 Vict., c. 3 (U.K.).

⁹⁸ The 1867 elections to the Legislative Assembly of Nova Scotia 1867 resulted in a resounding victory for the *Anticonfederation Party*, which claimed 36 of the 38 MPs with 58.6% of the popular vote. In turn, this party had 18 of the 19 federal legislators that corresponded to this province. In this sense vid. KENNEDY (2014): 318-321.

Only two years after the creation of the Confederation, the first uprising occurred. The Métis, a Francophone and Catholic tribe formed by the descendants of unions between natives and European colonists, rebelled against the federal government in response to what they considered mistreatment by the English settlers who had recently arrived in the Red River colony. This conflict remained unresolved for fifteen years, until a new Métis uprising in Alliance with the Creek tribe, resulted in a violent conflict that was brutally repressed by the federal army⁹⁹.

The territory of Newfoundland, a British Crown Dependency until 1949 that initially refused to join the Confederation after participating in the Quebec Conference, also underwent a significant constitutional crisis in 1933, when major bankruptcy led to the dissolution of the government and direct rule from London was imposed until its union with Canada¹⁰⁰.

⁹⁹ As a result of this confrontation, the Métis leader, Louis RIEL, was executed and the provisional government of Saskatchewan that he had proclaimed was dissolved.

¹⁰⁰ This crisis led the Nova Scotia government to call a referendum with two options, recover *responsible government* or maintain direct rule from London. However, as TAILLON recalls (2014a): 155-158, the British government exerted pressure in order also to include the possibility of uniting with Canada. After a first referendum in which the responsible *government* option triumphed, a second referendum between this option and union with the Confederation resulted in a narrow victory for union with Canada.

CHAPTER I

THE PATRIATION OF THE CANADIAN CONSTITUTION AND THE CONSTITUTIONAL CRISIS WITH QUEBEC

The historical evolution of an organism enables us to understand its present characteristics, determine the changes that have occurred over time, and the impact of the latter. Understanding the dynamics that have produced these changes makes it possible to determine the impact caused by the factors in play, and their subsequent influence. For the purposes of this analysis, the Canadian federation behaves like a living organism, which has evolved and mutated in order to address the problems and threats that have arisen over the passage of time.

The greatest challenge faced by Canada took place on October 30, 1995, when the federation was fewer than 55,000 votes away from entering unknown territory. This traumatic experience was the end of a process of political and social evolution that exerted enormous pressure upon relations between Quebec and the rest of Canada¹. The end represented by rejection of the sovereigntist project via referendum was also a beginning. The very night of the results saw the start of a new era in Canadian federalism. The *patriation* of the Constitution in 1982, the source of such controversy, appeared a distant memory given the magnitude of the secessionist problem, although, in that process we can find some of the keys that led to the eruption of sovereigntist tension in the Francophone province.

The period between the *patriation* of the Constitution and the 1995 referendum was characterised by constant constitutional crisis, less intense after the referendum but still unresolved. This constitutional has changed shape, but continues to exist.

This persistence has led successive Canadian governments to try out different formulae so as to integrate Quebec within the la federation, putting an end to the isolation initiated in 1982. With this objective in mind, there has been a gradual evolution of Canadian federalism generating dynamics of distribution of power previously unknown in Canada.

¹ HÉBERT and LAPIERRE (2014) include a description in their work of the moments preceding the referendum and of the mood in both camps at such a dramatic time.

1. DIFFERENT VISIONS OF THE NATURE AND ORIGINS OF THE CONFEDERATION: FROM THE COMPACT THEORY TO THE TREMBLAY COMMISSION

Cooperation relations between the Francophone and Anglophone communities in Canada, while not free of tension, contributed enormously to shaping the Confederation from its beginnings. At the end of the 1880s, the Ontario reformists forged an alliance with the Francophone representatives of Quebec in response to the centralising policies of Prime Minister MACDONALD. Although MACDONALD had finally accepted Confederation as a system of government, he initially supported the legislative union model proposed by Lord DURHAM in order to guarantee strong government². Eventually, he was convinced by reformist MP BROWN that this option was unfeasible given the opposition it generated in Lower Canada (today's Quebec) and in the Maritime Provinces, as the latter territories feared their assimilation into a state dominated by Upper Canada (today's Ontario)³. Cooperation between the two communities was based upon a shared vision of Confederation, which was perceived as the result of an agreement between provinces known as *Compact Theory*, and not as an imperial creation where the provinces became mere subjects of the federal government⁴. Though both communities shared a common vision of the 1867 Constitution as an agreement between peoples that guaranteed provincial autonomy, the theoretical principles that led them to this conclusion were different⁵. For the Protestant reformists of Ontario this culture of negotiating pacts derived from a federal vision of the British Empire, where the different territories required autonomy so as to administer their local interests, with only a few areas reserved for the Imperial Parliament. The British government's plans regarding the adoption of Home Rule for Ireland influenced this vision, leading to increased support for the theories of MOWAT – reformist Ontario Premier between 1872 and 1896– among the Catholics of Irish origin who lived in this province⁶. Meanwhile, the Francophone community of Quebec viewed Confederation

² After a series of uprisings in the Canadian colonies, DURHAM was appointed Governor General and sent to assess the situation and propose solutions. A product of the visit was the famous *Lord Durham's Report on the Affairs of British North America*. In this work he proposes two possible solutions to the conflict: a federal model or a legislative union. Finally, the legislative union option was preferred, as it was felt that this would contribute towards the assimilation of the Francophone community, reducing its desire for nationality and, consequently, conflict. In this respect, see DURHAM (1839): 259-333.

³ AJZENSTAT (1999): 279-284.

⁴ ROMNEY (1999): 125. WITCOMB (2017): 90-95

⁵ *Ibid.* 137-143.

⁶ *Home Rule* for Ireland was finally passed in 1914 after failed attempts in the Commons in 1886 and in the Lords in 1893. Vid. BOGDANOR (1999: 18-54). The population with Irish roots identified with the

as an agreement between peoples with different national characteristics: Francophone Catholics on the one hand and Anglophone Protestants on the other, as can be inferred from the debates that preceded it⁷. Confederation was a necessary instrument in order to ensure the survival of French language and culture in North America, while it enabled Quebec to guarantee its political autonomy and competences under a federal scheme.

However, as ROMNEY notes, a conception of the 1867 Constitution as the fruit of a pact has been gradually forgotten by Anglophone Canada in favour of a centralist vision of the federation to the extent of becoming a theory that only enjoys majority support in Quebec⁸. Anglophone rejection of this theory is not due to denial of the agreement between peoples as the origin of the federal model, but to acknowledgement of the aforementioned autonomy of Quebec as an element that determined its place in the Confederation. This denial supported a process of centralisation via a reinforcement of the federal government which began in the 1930s and continued throughout practically the entire century.

The *Compact Theory* was officialised by Quebec in the report drafted by the Tremblay Commission in 1956⁹. This Commission was established three years earlier during DUPLESSIS's mandate in order to study the provincial-federal relationship in fiscal matters in response to the post-war centralising policies of the federal government. This Commission signified rejection by the province of Quebec of the fiscal policy implemented by the federal government, which had not returned to the provinces those tax bases which had been ceded by the latter in order to contribute towards the Second World War effort. The Commission's report, though ignored by DUPLESSIS, became the seed of the policies that would follow the Quiet Revolution a few years later. This report materialised the interpretation of the constitutional pact in

demands for greater provincial autonomy led by MOWAT, and with the federal vision of the Empire, which is why they supported his cause. The interaction between the reformists of Ontario and the Irish Catholic community was present in the political dynamics of the late 19th century on both sides of the Atlantic, as exemplified by the case of Edward BLAKE, former Ontario Premier and leader of the federal Liberal Party, who, after abandoning his posts in Canada, was elected to the Parliament of Westminster defending the Irish nationalist cause before the government of GLADSTONE (KENDLE, 1989: 74).

⁷ The Francophone leader George-Étienne CARTIER expressed this opinion in the debates prior to the Confederation, in which he made it clear that this was the union of two different communities in fear of being absorbed by the USA. This speech can be consulted in WAITE (1963): 48-52. In the same sense AJZENSTAT (1999): 229-231.

⁸ ROMNEY (1999): 200-212.

⁹ Officially called *Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*. This Commission was created via the *Loi instituant une commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*, SQ 1952-53 (1-2 Eliz. II), c. 4, and its Works may be consulted in https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique_v2/AffichageNotice.aspx?idn=52955

Quebec, confirming what BURGESS terms a distinct federal tradition¹⁰. One of the main ideas concerned autonomy, limiting the actions of a level of government to its constitutionally defined sphere of competences. This premise was based on the principle of non-subordination characteristic of federal systems, by means of which was established a relationship of peers between the federal and provincial level¹¹. As will be analysed in the corresponding chapter, this safeguarding of provincial autonomy from federal interference has on many occasions not been respected.

For the Commission there was no doubt that the Quebec Resolutions that resulted in the 1867 Constitution were the fruit of an interprovincial agreement that united not only territories, but also peoples, which were constitutionally recognised¹². The constitutional recognition to which the Tremblay Report alluded is not explicit, but implicit, since the 1867 Constitution makes no reference to peoples, nations or founding communities. This recognition should be understood in reference to the creation of the Quebec Legislative Assembly via section 80 of the 1867 Constitution, as a maximum expression of provincial autonomy and sovereignty.

The spirit of the federation is based on the coexistence of the two founding peoples. For this to be possible, the notion of autonomy is vitally important, since it enables Quebec to preserve and develop its unique, and minority, characteristics, within the federation given its religious and linguistic difference. This definition presents Quebec as a distinct society, a very important aspect that will be addressed later¹³. The Tremblay Commission defended the federal model as a response to these problems, believing it to be the model that best adapted to Quebec's needs. The federal model appeared to be the strongest guarantee against any attempt at unification, assimilation or even oppression with the aim of advancing towards a unitary state¹⁴. The Commission expressed much of Quebec society's fear of possible assimilation by the Anglophone majority, given the growing centralising current that existed in the federation, and the Anglophone control of most capital within Quebec itself.

¹⁰ BURGESS (2006): 186-189 regards the Tremblay Commission's report as the great exponent of the Quebecois federalist tradition, situated in an intermediate position between the continental-European and the Anglo-American model, in which Catholic values, the pluralist conception of society and the attainment of the common good typical of the communitarian tradition are the main principles of this position. Along the same lines, ROCHER (2014a): 38-40.

¹¹ *Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels* –henceforth Tremblay Commission– (1956), Vol 2, p. 98.

¹² This argument is defended by KELLY and LAFOREST (2004): 527. On the Quebec resolutions one may consult ROMNEY (1992): 3-28 and (1999): 87-143.

¹³ ROCHER (2009): 100.

¹⁴ Tremblay Commission (1956): Vol. 2. pp. 127-128.

The Tremblay Commission's rationale constantly revolved around the principle of autonomy and, as a consequence of the latter, those of heterogeneity and non-subordination. The members of the Commission were in no doubt as to the true federal nature of Confederation since its origins. Though they acknowledged that the 1867 Constitution included some elements characteristic of a unitary and centralist state, as is the case of the, no longer used, federal powers of reserve and disallowance – by means of which the federal government could prevent the entry into force of provincial laws¹⁵ –, they attributed these to the imperial tradition typical of the British system for which the federal model was something novel and unknown¹⁶. This defence of the true federal nature of the Canadian model represented direct criticism of WHEARE's reasoning. For this author it is necessary to differentiate between the Constitution of a state and the latter's constitutional practice. WHEARE describes the 1867 Constitution as quasi-federal in light of the unitary elements previously alluded to, which alter the federal principle¹⁷. Unlike the Commission, WHEARE considered that the presence in the constitutional text of the powers of reserve and disallowance made it impossible to categorise the Constitution as federal¹⁸. However, he did believe that the federation's constitutional practice was predominantly federal, given the federation's scant use of these powers. The existence of some constitutional conventions, such as the appointment of provincial ministers by the Lieutenant Governor, was interpreted by WHEARE as reinforcement of this constitutional practice.

WHEARE's reasoning and its contrast with that of the Commission are interesting in order to illustrate two radically different ways of conceiving the Canadian federation. Firstly, one observes two different conceptions of the 1867 Constitution, which is regarded in Quebec as fully federal in spite of the fact that it contains some elements characteristic of a unitary state. The Commission refers to the second element

¹⁵ These powers, included in sections 55 to 57 and 90, respectively, of the 1867 Constitution replicated the same prerogative enjoyed by the Imperial government in relation to the laws passed by the Parliament of the Dominion of Canada. Via these mechanisms the federal government had the power to call on the provincial Lieutenant Governors –as representatives of the Queen– to deny royal endorsement of a provincial law or delay it until later consideration of the legal text by the federal government. Meanwhile, the power of disallowance made it possible for the Lieutenant Governors to annul a provincial law during a period of two years following its adoption. Throughout the 19th century, when the use of these mechanisms was generalised, their use was regarded as justified when the federal government considered the provincial law in question to be ultra vires, unfair or inappropriate (MONAHAN, SHAW and RYAN, 2017: 108-109). The Charlottetown Accord contemplated the derogation of both powers, but its failure thwarted this possibility.

¹⁶ Tremblay Commission (1956): Vol. 2. pp. 159-160.

¹⁷ WHEARE (1963): 17-20.

¹⁸ Ibid. For a historical account of the use of these powers vid. LA FOREST (1955).

mentioned by WHEARE, constitutional practice, to discuss his conception of the latter as truly federal. This analysis leads the Commission seriously to question whether constitutional practice is federal in Canada due to the expansionist role adopted by the federal government after the Second World War with the Supreme Court's blessing¹⁹. It is interesting to see how WHEARE limits his analysis to the powers of reserve and disallowance, which were rarely used during that era, but does not take into account federal appropriation of tax bases after the Second World War, the recentralisation of employment insurance or federal recourse to spending power in areas of exclusively provincial competence. These practices are the expression of the Confederation's centralist vision, along the lines of MACDONALD's arguments, an aspect clearly refuted by the Tremblay Commission²⁰. Ultimately, this is a confrontation between two diametrically opposed visions of the federal model, one centralist, imperial in nature, dominated by the need to ensure a strong federal government –particularly in the economic sphere– against another that rejects any provincial subordination to the federal government, with the autonomy of the federal units prevailing in consonance with the constitutional design²¹.

Consequently, constitutional practice is a decisive aspect of any federal model, in some cases proving more decisive than constitutional design upon analysis of the functioning of a federation²². The constitutional practice that existed in Canada prior to the Second World War was what was criticised by the Tremblay Commission, adjudging it to be detrimental to the autonomy of both Quebec and the other provinces owing to its centralising nature. This practice would continue during the 20th century and had a decisive influence in the birth of Quebecois nationalism, and in the events that would lead Canada into a major constitutional crisis.

It is worth highlighting that this growing centralist expansionism of an imperial unitary nature was not received in the same way by all the provinces, with some receptive to this process – fundamentally the Maritime Provinces – which enabled them to transfer their obligations to the federal at the expense of reducing their autonomy. Given the situation faced by the federation, the Commission outlined three possible alternatives in order to address the attitude of the federal government, which would dominate relations between the federation and the provinces for the rest of the century.

¹⁹ Tremblay Commission (1956): Vol. 2, pp. 168-170.

²⁰ Tremblay Commission (1956): Vol. 2, p. 171.

²¹ ROCHER (2010): 40-42.

²² WHEARE (1963): 20.

These were: acceptance of imperial unilateralism, defence of the federal principles or exploration of a path towards secession. These three positions would have considerable influence years later in Quebec's politics, marking the evolution of the events that followed the Quiet Revolution.

The Commission conceived of Quebec as the vanguard of defence of the federal principle, which made it necessary to guarantee the strength of the provincial institutions. These were indispensable in order to guarantee political stability and democracy in Canada, opting to defend and demand loyalty to federal principles²³. The aim of federal loyalty was to ensure the autonomy of the provincial governments, which should be channelled via mechanisms of cooperation and dialogue between the two levels of government²⁴.

The vision of the Confederation presented by the Tremblay report contrasted with the prevailing Anglophone interpretation, based on the work of ROGERS, dominated by values characteristic of the imperial tradition²⁵. This author rejected the idea of the foundational agreement between two different peoples, assimilating Quebec into the other provinces, given the inability of the colonies to assume binding obligations through treaties as this area was reserved to the Imperial Parliament²⁶. This rejection served to widen the gulf that existed between the two communities, precluding any shared narrative regarding the creation of the Confederation and adoption of the 1867 Constitution.

This absence of a common narrative contributed to increasing Quebec's isolation within the federation. The Quebec of the 1950s was closed in on itself, trailing the rest of Canada in economic terms, and was a place where the Church still wielded considerable power with an almost total monopoly of health and education. Between the late 1950s and early 1970s there were a series of economic, social and political changes that transformed Quebecois society. During this period, known as the Quiet Revolution, a new narrative began to unfold vis-à-vis the way of understanding Quebec's role in the federation.

²³ Tremblay Commission (1956): Vol. 2, p. 332.

²⁴ KWAVNICK (1973): xvi-xix notes that behind this desire to guarantee provincial autonomy lay the intention to reduce state interventionism in search of a more traditional vision of society in accordance with the conservative approach of DUPLESSIS.

²⁵ BURGESS (2006): 182-185. ROMNEY (2016): 167.

²⁶ ROGERS (1931): 400.

2. THE QUIET REVOLUTION AND THE REDEFINITION OF THE NATIONAL COMMUNITY IN QUEBEC

The Quiet Revolution was an evolutionary period of change in Quebec society, which cannot be circumscribed to a precise moment or to a specific policy²⁷. COLEMAN believes it more appropriate to use the term Quiet Revolution to define the mood of Quebec society at the start of the 1960s, rather than encompassing the policies that would embody the changes in society²⁸. This mood may be characterised as the discontent of the main social groups with the situation in which the province found itself²⁹.

Amidst a process of increasing urbanisation and industrialisation, the working class saw a brake being put upon its access to education, and therefore social advancement, given the Church's considerable control over the latter. Discontent grew owing to the fact that most management positions were occupied by Anglophones, a circumstance that further hindered the possibilities of development for the Francophone majority. The Francophone petite bourgeoisie felt excluded, powerless to resist the growing strength of the Anglophone world and the conservatism of Quebec's ruling classes under the government of DUPLESSIS. Consequently, both social groups shared a common desire: the development of a Francophone capitalist society in which both entrepreneurs and workers might develop their capacities and advance socially³⁰.

After DUPLESSIS's death in 1959, the Quebec Liberal Party (PLQ) came to power under the leadership of Jean LESAGE. This victory led to the introduction of new policies by the government of Quebec, which began to act as the driving force of Quebec society in all its spheres, under the slogan *Maîtres chez-nous*³¹. The linguistic-cultural field saw the creation of the Board of the French Language, its purpose to foment and protect the use of the language. In relation to the economy, the *Société générale de financement* and the *Caisse de dépôt et placement du Québec* were created, the latter responsible for administering the province's pension fund. The goal of these institutions was to act as public investors and to contribute to the funding of industrial and business projects in Quebec. These institutions established the foundations for the development of a Francophone entrepreneurial class, responding to one of the

²⁷ On this subject see the works of MYERS (1964) or BERGERON (1971).

²⁸ COLEMAN (1984): 212.

²⁹ GIBERNAU (2006): 52.

³⁰ In this sense LATOUCHE (1974): 526 following BOURQUE and FRENETTE (1970): 109-156.

³¹ This expression, which can be translated as "masters in our own house" symbolises the desire for self-rule of a Francophone Quebec eager to control all areas of public life and, in particular, the economy.

aforementioned demands. The nationalisation of *Hydro Quebec*, the main producer and supplier of electricity in the province, is another example of increased state intervention in the economy characteristic of this period, in clear contrast with the postulates defended by the conservative government of DUPLESSIS, completely opposed to any policies of a socialist nature³². In 1964, the first Ministry of Education was created in Quebec, ending the ecclesiastical monopoly of the area, promoting secondary and pre-university education. The establishment of a system of public education responded to the demands of the working class, in need of access to education in order to prosper economically, and reduced the power of the Church, initiating a process of secularisation of society.

During this period, there was a radical change in the vision of Quebec's place in the Confederation. The conception of Quebec as a French Canadian –*Canadiens français*– community was replaced by the notion of the Quebecois nation.

The French Canadian nation took shape as an ethnic nation characterised by two main elements: the French language and Catholicism³³. Thus, the society's borders were clearly defined, and virtually impermeable, since both conditions were generally acquired at birth within the community itself. The French Canadian nation lacked a territorial component since, whilst majority in Quebec, it had a presence that transcended the province's borders, incorporating the Francophone and Catholic communities of other provinces like Ontario or New Brunswick. Its backbone was the Catholic Church, which, as has been noted, controlled wised areas of public life³⁴. An important feature of this community was its subordination to the Anglophone community in the political, and especially, the economic sphere, which frustrated the demands for autonomy reflected by the Tremblay Commission³⁵. As we have seen, the desire to put an end to this subordination so as to ensure Quebec's political and economic autonomy was one of the catalysts of the Quiet Revolution, of which the redefinition of the nation was a key element.

The Quiet Revolution paved the way for a new *québécoise* nation, originally formed by the Francophone Canadian community of Quebec which shared a common objective: increase the autonomy of the province's institutions. The predominance of a component of a political nature was one of the main characteristics of this new nation,

³² On DUPLESSIS's repression of the Socialist movement see the work of LÉVESQUE (1984).

³³ KEATING (2001): 78.

³⁴ BÉLAND y LECOURE (2008): 46.

³⁵ JUTEAU (2002): 443.

which would provide the foundations for the sovereigntist movement in the province³⁶. Along with these political elements, cultural elements continued to be present. The new nation relegated the religious factor, promoting the linguistic factor as an element of transformation of Quebec society. Language was articulated as a key instrumental element when defining Québécois identity, a community defined by its Francophone character³⁷.

The redefinition of the concept of nation was driven by the state of Quebec, which replaced the Church as the province's core, dominant instituting, assuming a role of welfare state. This drive was exemplified by the changes in nomenclature of Quebec's main institutions, introduced in the 1960s when the term national acquired particular relevance³⁸. The state's role as vehicle for the new concept of nation represents a reinforcement of the political character of the latter, with the evolution of a nation with both ethnic and cultural traits.

This new conception of nation would be characterised, unlike the French Canadian nation, by a strong territorial component³⁹. A division was established between the *Québécois*, the people that formed the new nation, and the Francophones beyond Quebec. The latter were excluded from this new conception, more restrictive than the French Canadian nation since it did not include all the Francophones present in the Confederation. Neither were Anglophones living in regarded as *Québécois*, as they did not share the French cultural heritage, language being the clearest aspect, nor the political aspiration to greater autonomy for Quebec.

The importance of the territorial component in the québécoise nation represents a paradigm shift compared with the previous conception of the French Canadian nation. The objective of the québécoise nation was to exist on an equal footing with the Anglophone nation within Canada, eliminating any trace of political or economic subordination to the latter. Consequently, the identification of the québécois with the territory of the province of Quebec signifies the institutionalisation of the nation, attributing to the institutions of Quebec representation of the latter to the detriment of the federal government, which must balance the interests of all the inhabitants of the

³⁶ COLEMAN (1984): 212.

³⁷ KEATING (2001): 80.

³⁸ During this period, references to the "Province of Quebec" were replaced by "State of Quebec". This change would culminate in 1968 with the adoption of the term "National Assembly of Quebec" instead of the traditional "Legislative Assembly of Quebec".

³⁹ KEATING (1997): 695. In the same sense JUTEAU (1996): 45-66.

federation irrespective of their national affiliation⁴⁰. This context of identification of the québécoise nation with the government of Quebec gave rise to the sovereignist movement, at the political centre of which was the Parti *québécois* and the figure of René LÉVESQUE.

3. THE BEGINNING OF THE CONSTITUTIONAL CRISIS: FROM THE CREATION OF THE *PARTI QUÉBÉCOIS* TO THE 1980 REFERENDUM

In the context of the Quiet Revolution, the *Parti québécois* (PQ) emerged as a political formation capable of uniting the various associations and movements of a sovereignist nature that appeared during a period of sweeping changes in society, politically channelling the discontent of the Francophone middle and working classes⁴¹. In its early days the party integrated very diverse schools of thought whose common denominator was the quest for a greater degree of autonomy for Quebec that would allow the Francophone community to exercise its own self-rule. Initially, the PQ was born of the merger of two main collectives: the *Mouvement Souveraineté-Association* (MSA) and *Ralliement National*. The MSA was composed of former members of the PLQ and was led by René LÉVESQUE, who had been a minister with this formation in LESAGE's government. *Ralliement National*, meanwhile, was heir to the creditist tradition and had greater influence in the rural world than the MSA, whose activity was limited to Montreal⁴². Outside the PQ was *Rassemblement pour l'indépendance nationale* (RIN), a decidedly pro-independence political party, whose incorporation was rejected by the other two formations owing to its firm defence of French as sole language for Quebec⁴³. Finally, the RIN disbanded, and its members joined the PQ on an individual basis, making this formation predominant force of Quebecois sovereignism.

The PQ contested elections for the first time in 1970, obtaining 23% of the votes, but only seven MPs owing to the electoral system. Three years later, it gained further support and achieved 30% of votes, becoming the main opposition party. Both defeats were at the hands of the PLQ of Robert BOURASSA – who would repeat as Prime

⁴⁰ One of the main objectives of the policy of multiculturalism that the federal government of P.E. TRUDEAU introduced in the 1970s was the exclusive identification of the Québécoise nation with the government of Quebec, incorporating it within a Canadian civic nation.

⁴¹ GIORI (2016): 80-114 analyses the role of civil society in the formation of Quebecois nationalism and, in particular, in the birth of the Parti *québécois*.

⁴² The creditist movement was based on C. H. Douglas's theory of social credit. On the evolution of this movement in Quebec see in particular STEIN (1973).

⁴³ GODIN (1997): 383-385.

Minister between 1985 and 1994— in what represented the liberals' return to power following LESAGE's mandate. BOURASSA's first term in office was marked by continuous confrontation with the federal government of P.E. TRUDEAU because of the former's linguistic policy, which was regarded by the federal executive as a concession to nationalism, and the demand for increased powers for Quebec.

The PQ contested the 1976 elections with a sovereigntist programme in which it proposed a referendum as a mechanism via which to achieve the sovereignty of Quebec. The *Parti québécois* election manifesto included the demand that Ottawa repatriate all the powers in the hands of the federation except those that Quebec specifically handed over through a sovereignty-association agreement of an economic nature with Canada⁴⁴. This proposal was consistent with the strategy of the MSA, seeking self-rule in order that Quebec society might decide upon its own policies free from federal restrictions. In the event of no agreement being reached with the federal government on the transfer of new competences to Quebec, the PQ would unilaterally exercise the powers of a sovereign state after obtaining popular support in a referendum⁴⁵.

The 1976 elections resulted in a comfortable victory for the PQ, which obtained 41% of the votes and 71 of the 110 MPs in the National Assembly. Thanks to this result, LÉVESQUE became Prime Minister, the first openly sovereigntist PM in Quebec's history.

During his first mandate at the head of Quebec's government, LÉVESQUE implemented policies aimed at reinforcing the Québécoise national identity, with the French language as principal vector. In 1977 the Charter of the French Language, known as *Loi 101*, was passed⁴⁶, with the aim of safeguarding the predominance of French in Quebec society. Via *Loi 101* established French as the predominant language in education, justice, public administration and commercial signage. This presence of French in all areas of society is what has been termed *visage linguistique*, in other words, the capacity to develop any sphere of life in French within Quebec. Recourse to language as a factor in the construction of Québécois identity cannot be attributed solely to the PQ, since *Loi 101* was no more than the continuation of the linguistic policy

⁴⁴ PARTI QUÉBÉCOIS (1975): 5.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Charte de la langue française, RLRQ c C-11 (LQ 1977, c 5)*.

initiated years earlier by BOURASSA, whose government was the first to restrict public education in English and declare French the sole official language in the province⁴⁷.

Lastly, the PQ's first mandate culminated with the calling of a referendum on sovereignty-association in 1980⁴⁸. The staging of a referendum on the sovereignty of Quebec was the keystone of the electoral programme of the PQ, which aspired to a peer-to-peer relationship with Canada. LÉVESQUE postponed the referendum until the final year of the legislature, awaiting a favourable political context⁴⁹. Thus, the narrow victory of the Conservative CLARK in the federal elections of 1979, and the minority government that ensued, was interpreted in Quebec as a sign of weakness, sufficient to initiate the referendum process. The 1980 referendum followed various commissions on reform of the federal state which had not crystallised into any tangible change, due to the failure of several rounds of constitutional negotiations in which Quebec's demands for greater autonomy were not met, a factor that led to increased polarisation of Quebec society. The consultation represented a plebiscite on Quebec's future, a reflection of the conflicting positions maintained by TRUDEAU and LÉVESQUE: the Canadian federal model, regarded by the PQ as a failure, as opposed to the alternative represented by Quebec's accession to independence⁵⁰.

This referendum embodied the first major challenge to the Canadian constitutional order, initiating a period marked by constant constitutional crisis between the federation and Quebec. The objective of the referendum held on May 20, 1980 was to obtain a popular mandate so as to set out on the path towards a sovereign state of Quebec, maintaining a series of economic ties with Canada. The question, long and complex, was worded as follows:

“Le Gouvernement du Québec a fait connaître sa proposition d'en arriver, avec le reste du Canada, à une nouvelle entente fondée sur le principe de l'égalité des peuples ; cette entente permettrait au Québec d'acquérir le pouvoir exclusif de faire ses lois, de percevoir ses impôts et d'établir ses relations extérieures, ce qui est la souveraineté, et, en même temps, de maintenir avec le Canada une association économique comportant l'utilisation de la même monnaie ; aucun

⁴⁷ PROULX (1989): 106-112. The establishment of French as sole official language in the province was effected via the *Loi sur la langue officielle*, LQ 1974, c 6, a text that also prioritised the French version of the laws passed in the province over the version in English.

⁴⁸ For the PQ sovereignty and economic association with Canada were indissociable concepts as was expressed in the document drafted in preparation for the referendum entitled *“La nouvelle entente Québec-Canada: Proposition du Gouvernement du Québec pour une entente d'égal à égal: la souveraineté-association”*.

⁴⁹ FRASER (2001): 169-188.

⁵⁰ DURAND (1999): 184-188.

changement de statut politique résultant de ces négociations ne sera réalisé sans l'accord de la population lors d'un autre référendum ; en conséquence, accordez-vous au Gouvernement du Québec le mandat de négocier l'entente proposée entre le Québec et le Canada?"

This was designed as a request for a mandate to negotiate with the rest of the federation a new form of association that transcended the limits of federalism, summoning the electorate to a new referendum to confirm the agreement that would eventually be reached. In the question, one detects some of the characteristic elements of the Québécois identity forged after the Quiet Revolution. The reference to equality between peoples is a direct expression of a conception of the Confederation as a product of the Compact *Theory*, in which is enshrined a dualist vision of the federation as the fruit of a pact between Quebec and Anglophone Canada. Meanwhile, the demand for greater self-rule in the shape of full capacity to legislate reflects the reasoning outlined by the Tremblay Commission, particularly with regard to Quebec's capacity to collect its own taxes, which is extended to other fields such as international relations.

With a turnout of 85.61%, the electorate of Quebec denied the PQ government a mandate to negotiate by a difference of almost twenty points (59.56 against 40.44), a result interpreted by Lévesque as a first step on the long road to sovereignty⁵¹. Despite the defeat in the referendum, popular support for the PQ did not wane. In the elections of April 1981, less than one year later, LÉVESQUE was returned to office at the head of the government of Quebec, with eight points more popular support than in the previous elections, obtaining 49.26% of the votes, surpassing any prior result achieved by a sovereigntist leader.

4. THE LONG ROAD TO *PATRIATION* AND THE BREAKING OF THE CONSTITUTIONAL CONSENSUS

The search for a strictly Canadian mechanism of constitutional amendment was a constant throughout most of the 20th century⁵². The first attempts to reach an agreement between the federal government and the provinces date back to the Intergovernmental Conference of 1927⁵³. The intention was to eliminate the need for

⁵¹ Upon hearing the results, the Quebecois leader said « *Si je vous ai bien compris, vous êtes en train de nous dire à la prochaine fois!* » showing his willingness to resume the path towards sovereignty in a near future.

⁵² VERRELLI (2016): 19-41 describes the process of seeking a specific amendment mechanism from the creation of the Confederation until its definitive adoption with *patriation*.

⁵³ PELLETIER (1996): 344. This work details the multitude of amendment formulae that were contemplated prior to adoption of the 1982 Constitution.

the Parliament of Westminster to ratify any constitutional amendment in Canada since, for procedural purposes, the Constitution continued to be a British act. During the 1960s and early 1970s, various formulae were tried out but shelved due to lack of consensus. In 1964 all the provinces, with the exception of Quebec, agreed upon the so-called *Fulton-Favreau* formula, which required unanimity in most areas, sufficient for the others being approval by two thirds of the provinces that included at least 50% of the population of the federation⁵⁴.

From the moment he came to power in 1968, P.E. TRUDEAU sought to *patriate* the Constitution as his great political work. TRUDEAU saw Canada as a faithful reflection of himself, in other words, a fair, cultured and bilingual society in which equality and civil rights should prevail over any territorial considerations⁵⁵.

In 1971 the first attempt at constitutional *patriation* took place. The federal government and the provincial authorities agreed upon a document, the *Victoria Charter*, containing a series of constitutional modifications that required subsequent ratification by all the provinces. This project was far more ambitious than previous ones, since, apart from contemplating a formula for constitutional amendment it also included a charter of rights and provisions relating to bilingualism, the Supreme Court or territorial economic imbalances. The amendment formula agreed upon in Victoria required the consent of the federal parliament and a complex series of provincial majorities, notably the need for support by any province whose population represented 25% of the population of Canada. This *sine qua non* was equivalent to a right of veto for the provinces of Ontario and Quebec, the only ones that reached this population threshold. In spite of the fact that during the negotiations Quebec accepted the text of the *Victoria Charter*, in the end BOURASSA withdrew his support for the latter. The liberal leader changed position when his demands were not met for increased competences for Quebec in fields like telecommunications, culture or immigration, which, along with the lack of internal consensus in his government in this regard, prompted a change in the Quebecois liberal leader's strategy⁵⁶. The lack of support for the measures approved signalled the definitive failure of the *Victoria Charter*, which required the express consent of all the provincial Legislative Assemblies.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ In order to understand the figure of P.E. TRUDEAU and his ideology see ENGLISH (2007).

⁵⁶ CAIRNS (1985): 101.

The failures of 1964 and 1971 revealed a common pattern: Quebec's consent was indispensable for any constitutional amending agreement. On both occasions all the actors involved understood that Quebec's consent was necessary in order successfully to conclude any attempt at constitutional *patriation*⁵⁷. Proof of this is the fact that all the parties involved deemed the agreements to have failed after Quebec's "no", without considering the option of continuing without the approval of the Francophone province. The interiorisation of the need for Quebec's consent in 1964 and 1971 is a clear expression of the Canadian duality resulting from the *Compact Theory*. The political actors appeared to understand the impossibility of altering the 1867 agreement without renewing the compromise reached between the two founding nations, so Quebec seemed to enjoy a right of veto as founding people of the Confederation. This idea is reflected in the fact that both the *Fulton-Favreau* and the *Victoria* formulae were designed in such a way that, without specific mention thereof, Quebec had the power to veto any attempt at reform.

TRUDEAU abandoned politics after the loss to Joe CLARK'S Conservatives in 1979. The weakness of the Conservative government was evidenced less than a year later by defeat in the vote on the budget which led to fresh elections. This provided TRUDEAU with a new opportunity to complete his work. For this reason, he returned from retirement to lead the liberals to victory again with a clear objective: achieve, once and for all, the *patriation* of the Constitution.

Immediately after returning to power, TRUDEAU had to face the sovereignist challenge represented by the 1980 referendum. The Prime Minister presented the consultation as a plebiscite on the *patriation* of the Constitution, scorning any possibility of sovereignty-association, irrespective of the referendum result. This rejection was based on the fact that the rest of Canada was opposed to any type of association, which could not be opposed by the democratic will of the inhabitants of Quebec⁵⁸. In his last public address, barely six days before the referendum, TRUDEAU declared that the "no vote" in the referendum should be interpreted as a mandate for change directed towards renewing federalism, regarding this as an endorsement of his

⁵⁷ HOGG (2013): 4-5.

⁵⁸ BASTIEN (2013): 84-85. BASTIEN describes the *patriation* process from a sovereigntist point of view based on declassified documents of British diplomacy. This narrative has been questioned from English Canada, asserting that his thesis is unsustainable since it misinterprets some key elements of what happened during that process, which led the author to publish a revised version in English in which he delved into his thesis and tried to give answers to his critics. Vid. BASTIEN (2014).

pet project: constitutional *patriation*⁵⁹. An aspect to be borne in mind is the way the Prime Minister structures this speech. TRUDEAU draws a distinction when he appeals to his audience between “we, the MPs of Quebec” and “they, from other provinces”. This differentiation is a clear reference to the Compact *Theory*, widely accepted in Quebec, regarding the *Québécois* as a different collective to the Anglophone majority. With these words, TRUDEAU appeared to want to transmit the idea that he was prepared to change his previous approach and accept that a future constitutional reform subsequent to a victory of the “no” would take into account Quebec’s singularities and its collective aspirations as a people. However, this conception of the Confederation only lasted for the few days that remained before the referendum, with the speech completely forgotten following the defeat in the referendum of the sovereigntist option⁶⁰.

From the very day following the referendum, the federal government made clear its intention to continue with the process of constitutional *patriation*⁶¹. In order to explain the project and obtain provincial approval, Justice Minister Jean CHRÉTIEN met his provincial counterparts on numerous occasions. These discussions revealed the differences between the attitudes of the provinces, which would not approve any text that did not satisfy their demands. These demands were of a very diverse nature. Quebec demanded increased competence in fields such as language, education or culture, and recognition of the singular character of the province and its eventual right to self-determination. Alberta insisted upon equality between all the provinces, a position that directly clashed with any recognition of the specificity of Quebec, and demanded less federal intervention in the natural resources market, which constitutionally was within the sphere of competences of the provinces. This aspect was shared by Saskatchewan and British Columbia, while Newfoundland demanded control of the resources that lay off its coast. Ontario appeared to be the only province that coincided with Ottawa with regard to the need for a strong federal government.

In relation to the amendment formula, all the provinces except Ontario and Nova Scotia agreed to replace the Victoria *Charter* formula with another named Vancouver, which was where it was negotiated. This formula, which served as a basis for the one eventually adopted, required the approval of both Houses in the federal Parliament, and of two thirds of the provinces that represented at least 50% of the population of the

⁵⁹ *Ibidem.* 84.

⁶⁰ BURELLE (2005): 424.

⁶¹ MORIN (1988): 14-15.

federation⁶². The main change vis-à-vis the formula agreed upon in Victoria involved the loss of the right of veto of the provinces with over 25% of the population, in other words, Ontario and Quebec.

The disparity between the positions held by the provinces did enable them to coincide in one respect: common rejection of the Charter of Rights and Freedoms which the federal government wanted to incorporate into the Constitution. This Charter was the expression of TRUDEAU's ideas, as it made the federal government the guarantor of multiculturalism and the minorities in the federation⁶³. The Charter was originally accompanied by the inclusion in the preamble of the Constitution of a reference to the Canadian people and to the cultural plurality of Canadian society, although these two references were not included in the final text. These two ideas constitute the basic pillars of the pan-Canadian identity conceived by TRUDEAU⁶⁴. Through it he sought to unite all Canadians under one ideology of respect for cultural diversity and civil rights, rendering the federal government the guarantor of the latter. The constitutional inclusion of the term "Canadian people" signalled the end of the Compact *Theory* and the dualist conception of the federation as an agreement between Francophones and Anglophones. This conception emerged in clear contrast to the notion of Québécoise nation that had become established in Quebec after the Quiet Revolution on the basis of a common cultural heritage and the French language.

For TRUDEAU, the Charter was part of a series of measures, like the new flag, aimed at awakening in Canadians a sense of belonging to Canada that would allow them to see all that they shared with other Canadians regardless of their origin⁶⁵. However, it may be that the Prime Minister's plans went further. The Charter represented the constitutional exaltation of a series of individual rights, which became part of the nucleus of the new Canadian citizenship⁶⁶. This individualist conception of rights was a counterpoint to the communitarian conception that emerged in Quebec after the Quiet Revolution and an essential part of the Québécoise nation⁶⁷. The construction of a new

⁶² PELLETIER (1996): 344-345.

⁶³ MILLARD (2008): 133-134 argues that diversity, as the fact of combining various national communities, has helped Canada confirm Liberalism as a predominant value and avoids the nationalist melting-*pot* of cultural assimilation. This tolerance, along with multiculturalism, has made it possible to integrate those citizens from outside into a society guided by the values of the Charter.

⁶⁴ LASELVA (1996): 81. RUSSELL (2004): 78-80.

⁶⁵ TRUDEAU (1990): 31. This objective has been completely fulfilled: a poll conducted by STATISTICS CANADA (2013) presented the Charter of Rights and Freedoms as Canada's most important national symbol, before the flag or the national anthem.

⁶⁶ TRUDEAU y AXWORTHY (1990): 363-364.

⁶⁷ SEYMOUR (2000): 238-245. KEATING (2001): 112.

Canadian nationalism, of which the Charter of Rights and Freedoms was a keystone, offered a powerful tool with which to bring about the definitive defeat of Quebecois nationalism and thereby avoid the constitutional crises provoked by the latter⁶⁸. Though conceived as an element with which to unify the nation⁶⁹, the Charter also posed certain risks for the federation. The tensions it caused could well turn it into a divisive element that generated disunity rather than union⁷⁰. These fears would be confirmed in a not-too-distant future in relation to its most controversial contents: linguistic rights.

The incorporation of a Charter of Rights represented a departure from the British-style parliamentary system where Parliament, rather than a court, had the last word. In this system the understanding was that absolute parliamentary sovereignty was a sufficient mechanism to protect rights, the alternative being the King's despotism in Parliament⁷¹. The provinces were critical above all of the fact that Parliament ceased to be the ultimate guarantor of rights, with this responsibility passing to the judiciary. The articulation of a charter of rights with a judicial guarantee generated mistrust in the provinces, which were portrayed as likely not to respect these rights, this task being assigned to the courts. The adoption of the Charter meant that Canada was transformed from a parliamentary democracy –governed by the political concept of constitution characteristic of the British system, centred upon the principle of parliamentary sovereignty which gave parliament unlimited powers⁷²– into a constitutional democracy where the Constitution has a normative status and is the supreme legal norm⁷³.

⁶⁸ LAFOREST (2004): 219-236.

⁶⁹ MCROBERTS (1997): 170-174 illustrates how constitutional *patriation* and, in particular, the Charter, responded to TRUDEAU's vision of federalism, seeking to strengthen national unity via the creation of a pan-Canadian nationalism.

⁷⁰ RUSSELL (1994): 42.

⁷¹ DICEY (1915): 78.

⁷² Parliamentary sovereignty was described by DICEY (1915: 37-38) as "*neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.* In other words, this doctrine is the bedrock of the British constitutional system, in the absence of a codified Constitution (*Jackson v. Her Majesty's Attorney General*, [2005] UKHL 56, [2006] 1 A.C. 262, par. 19).

⁷³ This vision was adopted by the Supreme Court in the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, par. 72 and subsequently endorsed in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, par. 131 echoing declarations by Judge DICKSON, former Chief Justice. However, DICEY (1915): 134-176 always refused to consider the Canadian system as part of the model of parliamentary sovereignty due to its federal nature, as this implied that sovereignty was divided between different bodies, the federated units and the federal government, an aspect that was incompatible with the principle of uniqueness embodied by the British parliament. This idea connects with the views of KELSEN (2001): 100-107, and the need for the federal system to have a normative constitution with legal supremacy over the laws of Parliament as it is "*c' est certainement dans l' Etat fédéral que la justice constitutionnelle acquiert la plus considérable importance*" given that "*l' idée politique de l' Etat fédéral n' est pleinement réalisée qu' avec l' institution d' un tribunal constitutionnel*". In the same vein, RUSSELL (1990): 294 believed that true

Another aspect that generated mistrust was the possibility that the courts might opt for expansive interpretations of rights, which could have significant economic and legislative consequences⁷⁴. Among the proposals, linguistic rights in the field of education were what generated most controversy in both the Anglophone provinces and in Quebec. These rights were aimed at guaranteeing education in the minority language, an aspect that TRUDEAU considered essential in order to construct a bilingual nation. A law to this effect was rejected by Quebec, interpreting it as an attack on *Loi 101* and an undermining of provincial competence in educational matters. Meanwhile, the Anglophone provinces were somewhat reluctant vis-à-vis the possibility of having to provide educational services for the Francophone minorities, and the high cost this would involve. It should be pointed out that, despite the controversial nature of this issue, the linguistic rights proposal contained in the *Victoria Charter* was more ambitious with regard to the use of French in provinces like Ontario or Newfoundland and Labrador⁷⁵.

In order successfully to implement this plan, the federal government required the endorsement of the UK Government, which had to submit to Parliament for approval the text that enshrined Canada's constitutional emancipation. Given that the federal government did not appear particularly included to take into account provincial demands, some provinces explored the possibility of the Westminster Parliament not endorsing an agreement that that did not enjoy unanimous provincial support. However, the British response was clear: this was an internal Canadian question and Her Majesty's Government would only negotiate with its Canadian counterpart⁷⁶.

The tension between the federal government and the provinces owing to the possibility of a unilateral *patriation* on the federal side increased, culminating in the judicialisation of the conflict. The provinces of Manitoba⁷⁷, Newfoundland⁷⁸ and

parliamentary sovereignty in the British style had never existed in Canada as its parliaments were always subject to a higher control, be it by the Imperial Parliament or by the courts. GARDBAUM (2010): 97-102. Along the same lines, AJZENSTAT (1997): 645-662 offers a thought-provoking analysis of the relationship between Parliament and rights in DICEY's conception of the British constitutional system.

⁷⁴ HOGG (2007): 36-4-36-8.

⁷⁵ In this sense see Articles 11 to 14 of the *Victoria Charter*.

⁷⁶ ROMANOW, WHYTE y LEESON (1984): 139.

⁷⁷ *Reference re Amendment of Constitution of Canada*, [1981] M.J. No. 95, 117 D.L.R. (3d) 1 (Man. C.A.).

⁷⁸ *Reference re Amendment of Constitution of Canada* (No. 2), [1981] N.J. No. 212, 118 D.L.R. (3d) 1 (Nfld. C.A.).

Quebec⁷⁹ requested that their highest courts issue advisory opinions on the nature of *patriation*, and on the constitutionality of implementing the latter against the will of the provinces. The objections raised by Manitoba and Newfoundland before their respective courts was practically identical. Both provinces demanded to know whether the federal government's actions would affect their own competences, and whether there existed any constitutional obligation or convention that made it necessary to obtain provincial approval to modify the Constitution. In spite of the similarity of the approaches, the results were completely different. While the Manitoba Court considered that the federal government could act unilaterally, its counterpart in Newfoundland concluded that the unanimity of all the provinces was necessary in order to request the *patriation* of the Constitution from the United Kingdom⁸⁰.

For its part, Quebec requested the opinion of the *Cour d'Appel* on two questions. Firstly, the Francophone province wished to know whether *patriation* would impact upon the competences of the provinces and their status within the federation. This question reveals the fear that *patriation* might undermine the federal principle, reducing the provinces to mere subordinates of the federal government instead of being on an equal footing with the latter. The second question related to the constitutionality of undertaking a constitutional reform that affected the provinces without their consent, and even with the firm opposition of some of them. The *Cour d'Appel* responded affirmatively to the first question in unanimous fashion, interpreting that *patriation* would affect the sphere of competences of the provinces, and their role in the federation. Thus, the highest court in Quebec coincided with the views expressed by its counterparts in Manitoba and Newfoundland. With regard to the second question, by a majority of 4 to 1, the *Cour* considered that the Constitution empowered the federal Parliament unilaterally to request the necessary changes to the UK government.

5. THE SUPREME COURT'S INTERVENTION: THE *PATRIATION REFERENCE*

The divergence of opinions between the different provincial Courts of Appeal revealed the lack of agreement on the subject. All the parties involved decided to appeal

⁷⁹ *Reference re Amendment of Constitution of Canada* (No. 3), 120 D.L.R. (3d) 385, [1981] C.A. 80 (Que. C.A.).

⁸⁰ ROBERT (2011): 59-60. The wide-ranging opinions with regard to *patriation* were apparent not only in the substance of the issue, but also in the internal majorities in the courts as is shown by the contrast between the unanimity that characterised the advisory opinion in Terranova and the considerable division revealed in that of Manitoba where all the responses include dissenting opinions.

the provincial advisory opinions before the Supreme Court, which issued a joint ruling on the latter in the *Patriation Reference*⁸¹.

The Supreme Court prepared to analyse the question upon the basis of the questions raised before the provincial courts. The questions to be resolved were grouped together in such a way that, on the one hand, the Court would decide whether the *patriation* process affected provincial competences and, on the other, whether there existed any legal or conventional obligation to achieve a certain degree of provincial consensus before submitting the matter to the Parliament of Westminster.

The question concerning the influence of *patriation* on provincial provinces had been resolved in identical fashion by the three provincial courts, which had reached an affirmative conclusion. The Supreme Court endorsed this opinion in declaring that the constitutional amendments proposed by the federal government for submission to the UK Parliament had a characteristic in common: their direct impact upon relations between the federation and the provinces varying the distribution of legislative powers, and establishing a formula for any subsequent modification of the latter⁸².

The most relevant aspect concerned the existence, or not, of any legal or conventional obligation with regard to provincial consent. In the legal field, the Supreme Court found no impediment to a unilateral *patriation* by the federal government, although two justices dissented on this question⁸³. The majority of the Court agreed that the federal government had sufficient power to approve the request for *patriation*, in the absence of any constitutional provision that limited its capacity⁸⁴. Therefore, in a legal sense there was no requirement limiting the federal government's capacity to initiate the *patriation* process, nor any impediment that prevented the UK Parliament from approving the latter⁸⁵. The dissenting justices were of the opinion that it was difficult to reconcile a unilateral *patriation* with the federal principle. They considered that the modification of the division of powers represented a variation of constitutional architecture that could not be undertaken without the provinces' consent⁸⁶.

Having clarified the legal aspect, the Court went on to address the possible existence of an obligation of a conventional nature, though three justices considered that

⁸¹ *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753.

⁸² *Ibidem*, p. 887.

⁸³ *Ibidem*, pp. 759-760.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 784-786.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 807.

⁸⁶ MATHEN (2011): 158-159.

the Supreme Court should not transcend legal obligations, denying the existence of any convention in relation to *patriation*⁸⁷. In this process, the Court issued the most significant interpretation of constitutional conventions to date in any state with a British tradition⁸⁸. To determine the existence of a convention, the Court adopted the formulation proposed by JENNINGS, which consists of a test with three successive questions⁸⁹. Namely: what are the precedents? Did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule? And finally, is there a constitutional reason for the rule?⁹⁰

In relation to the first question, the Supreme Court lists the laws passed by the Parliament of Westminster which entailed an amendment of the Canadian Constitution, differentiating between those leading or not to modifications of the distribution of powers between federal and provincial levels. This difference was not taken into account by the courts of Manitoba and Quebec, being a decisive factor in the final conclusion vis-à-vis the existence of a convention relating to provincial consent⁹¹. From this analysis, the Court concludes that all constitutional amendments that have altered the distribution of competences between the two levels of government have been approved by the provinces affected, none having occurred against the will of any of the latter since the creation of the Confederation⁹².

Having established the precedents, one needs to examine whether the actors involved –in this case the federal government– acted in the belief that they were bound by the convention. To clarify this aspect, the Supreme Court refers to the Commons Hansard and to White Papers regarding constitutional amendments⁹³. The positions expressed in Parliament by the federal government, and by the provinces in the successive rounds of negotiations, evidence the awareness that it was necessary to reach an agreement in order to proceed with certain reforms. In particular, this need was

⁸⁷ *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, p. 849.

⁸⁸ RUSSELL (2011): 71. The importance of the doctrinal construction performed by the Supreme Court of Canada in the *Patriation Reference* is such that it was adopted by the Supreme Court of the United Kingdom in the Miller case in ruling on the possible existence of a constitutional convention that required the Scottish and Welsh legislatures to consent to the agreement to abandon the European Union. Vid. *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)* [2017] UKSC 5, paragraphs 141-151. Regarding the acknowledgement and justifiability of constitutional conventions on the part of the SC of Canada, vid. OLIVER (2013): 161-187.

⁸⁹ JENNINGS (1959): 136.

⁹⁰ Note that in this sense rule does not refer to a legal rule, but to a rule of conduct that conditions an action.

⁹¹ *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. p. 895.

⁹² *Ibidem*. pp. 892-894.

⁹³ *Ibidem*. pp. 899-903.

highlighted during the negotiations in relation to the *Canadian Bill of Rights* by the then Prime Minister DIEFENBAKER⁹⁴. This law was similar to the Charter of Rights and Freedoms now being proposed, which constituted a clear precedent in this respect. Therefore, precedent showed that political actors were aware of the need to obtain the provinces' approval prior to proceeding with constitutional amendments that altered the balance of power between the two levels of government. The question that remained unanswered was: what degree of provincial approval was necessary in order to proceed? The need for unanimous agreement was rejected by the Court since, though precedent suggested its existence, all the actors involved did not seem to feel bound by this rule⁹⁵. Thus all the requirements of the JENNINGS test were not satisfied and therefore one could not conclude the existence of a constitutional convention demanding provincial unanimity. The Court did not venture to establish a numerical rule with regard to how to measure provincial consensus, confining itself to observing that this should be substantial; a condition that was not fulfilled by the participation of only two provinces⁹⁶.

To finalise the JENNINGS test, it was necessary to analyse the reason for the existence of the constitutional convention. This latter aspect was simple for the Court, which did not hesitate to identify the federal principle as *raison d'être* of the need to obtain a substantial degree of provincial consensus in order to implement a constitutional amendment that affected the provinces⁹⁷. For the Court, the aim of this convention was to protect the federal character of the Canadian Constitution, preventing the latter from being undermined by the federal Parliament⁹⁸. It needs to be emphasised that, from the beginning, the justices who formed the majority made it clear that these rules, generally unwritten, could not be invoked before a tribunal to ensure their enforcement, which is subject to political discretion⁹⁹.

Consequently, given that federal government federal was legally empowered unilaterally to repatriate the Constitution and that the constitutional convention that demanded substantial provincial consensus could not be invoked before the courts, no legal barrier existed that prevented the federal Parliament from proceeding unilaterally

⁹⁴ *House of Commons Debates, 24th Parliament, 3rd Session: Vol. 5*, pp. 5648-5649.

⁹⁵ *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. pp. 888-904. This declaration may appear controversial since, as the court itself observes in its analysis, numerous proposals were abandoned after some provinces rejected the project.

⁹⁶ *Ibidem*. pp. 904-905.

⁹⁷ *Ibidem*. pp. 905-908.

⁹⁸ *Ibidem*. p. 908.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 880-881.

other than political criticism. However, the public reproach which that action might prompt was sufficient for both parties to resume negotiations in the quest to reach an agreement.

At the beginning of November 1981, the provinces again met with the federal government with the goal of finally reaching an agreement. After several marathon sessions, a compromise was reached according to which both parties yielded ground in relation to their previous position. The provinces accepted the Charter of Rights and Freedoms in exchange for the latter containing a provision, the *notwithstanding clause*—current section 33 Constitution of 1982—, that made it possible to recover parliamentary sovereignty by derogating the application of certain rights¹⁰⁰. In this way, the provincial parliaments retained the last word before the courts in the application of many rights. For its part, the federal government accepted the amendment formula proposed by the provinces, which permitted those that were not in agreement to exercise an right to withdrawal or opt-out.

The opt-out is reflected in section 38.3 of the 1982 Constitution, although its content and significance depend on the concatenation with sub-section two of the same article. This provision limits the sphere of application of the opt-out to those areas governed by the general amendment procedure which involve a derogation of competences, property rights or any other prerogative enjoyed by provincial parliaments. Thus, the opt-out is only applicable when a constitutional amendment implemented via the general procedure of section 38, whether because it affects an area that is not expressly contemplated or because it is one of those that section 42 redirects to this procedure, constitutes a derogation of provincial powers. In other words, when this involves the express transfer of a provincial competence to the federal level – something that has not taken place since 1964—, it being insufficient for the constitutional amendment merely to have an indirect effect in the sphere of provincial competences¹⁰¹. Consequently, amendments that have no negative impact on provincial powers are excluded from the possibility of opt-out. In the event of a constitutional amendment being accompanied by this derogation, a provincial parliament may pass, by absolute majority, an “*expression of dissent*” through which it expresses its will to

¹⁰⁰ SAIZ ARNAIZ (1997): 81. HOGG (2007): 39-3.

¹⁰¹ PELLETIER (1999): 36-39 is of this opinion, declaring that sections 38.2 and 3 are only applicable when a constitutional amendment directly affects provincial legislative competences, highlighting the vague nature of this provision, as its meaning may be debated, as it is by BRUN and TREMBLAY (1990): 260-262, who believe that the radius of application of this provision extends to any reform that aims to modify or eliminate the *notwithstanding clause*.

exercise its right of opt-out¹⁰². This withdrawal would mean that the constitutional amendment in question would not be applicable to the province that exercises the *opt-out*¹⁰³.

The agreed mechanism cannot be understood as a veto, since the constitutional amendment would come into force if it obtains the necessary support contemplated in section 38.1 –7 provinces that represent 50% of the population– and neither does it establish any economic compensation if a province decides to exercise its right to withdrawal¹⁰⁴. The right to compensation was subsequently amended with its introduction exclusively in educational and cultural areas in what is today's section 40 of the 1982 Constitution¹⁰⁵. The right of withdrawal reinforces the flexibility of the Canadian constitutional system, opening the door to the existence of constitutional asymmetries in relation to the model of distribution of competences, permitting the existence of two parallel systems in which the provinces that had exercised the opt-out would enjoy a greater level of self-rule than those that had not. Although it has never been put into practice, the *opt-out* is a mechanism that could facilitate Quebec's accommodation within the federation by enabling this province to safeguard its competences without frustrating a desire for centralisation shared by the other provinces.

On this basis, the federal government federal obtained approval from 9 of the 10 provinces, with Manitoba voting in favour at the last minute. With regard to the amendment formula, the Constitution would not grant right of veto to Quebec, nor

¹⁰² As consent is required from 7 provinces that in total represent 50% of the population, the maximum number of provinces that can exercise their right of opt-out is limited to three, excluding the possibility of Ontario and Quebec exercising the right together as between them they represent more than half of the population of the federation. The need for an absolute majority, both for a provincial parliament to pass an *expression of dissent* and for its subsequent revocation, is intended to ensure that any of these decisions has the approval of the government of the province.

¹⁰³ Any province that decides to exercise this right has the option of revoking it at any time as is reflected in section 38.4 of the 1982 Constitution. However, provinces that have not exercised the *opt-out* before adoption of the constitutional amendment lose this power, which is applicable even for those provinces that, even without having voted in favour of the amendment, have not exercised the right to opt-out (MONAHAN, SHAW y RYAN, 2017: 201-203).

¹⁰⁴ The federal refusal to include a right to financial compensation in the event of exercising the *opt-out*, an aspect that was contemplated in the Vancouver formula, was due to the fact that TRUDEAU believed that this right might encourage some governments to exercise it solely in order to obtain this compensation, using it to exert pressure in negotiations. Given that the elimination of this compensation was one of the main objections cited by LÉVESQUE to deny its approval, the Lake Meech Accord sought to restore it in an attempt to integrate Quebec.

¹⁰⁵ This provision was intended to prevent provincial governments from not exercising their right to *opt-out* on purely financial and not political-constitutional grounds. Nevertheless, the restriction of compensation to educational and cultural matters represented a qualitative reduction compared with the contents of the Vancouver formula, where any transfer of powers from the provinces to the federal government had to be accompanied by financial compensation (HOGG, 2014: 20).

allow it to obtain any compensation in the event of exercising the right of withdrawal, unless this related to the aforementioned fields. Furthermore, the Charter of Rights and Freedoms was approved, which would have a significant impact upon Quebec's competences in linguistic and educational areas¹⁰⁶. Paradoxically, in spite of being the fruit of an agreement between the Anglophone provinces – since Quebec withdrew from the constitutional agreement– and the federal government, the *notwithstanding* clause would prove to have considerable potential as an instrument that allowed for a gradual – and slow – integration of Quebec within the constitutional consensus.

6. THE FRUIT OF THE AGREEMENT: THE 1982 CONSTITUTION

With the approval of the nine provinces, the federal Parliament proceeded request to the UK for the *patriation* of the Constitution, with Quebec remaining in isolation outside the agreement. Such was the magnitude of Quebec's failure in the negotiations that, instead of a French version of the new Constitution being approved, this was relegated to an annex in its parliamentary processing in the UK¹⁰⁷. The 1982 Constitution came into force on April 17, 1982 after it was signed by Queen Elizabeth II and Prime Minister P.E. TRUDEAU at a ceremony held outside the federal Parliament in Ottawa. This milestone signified the definitive emancipation of Canada from the United Kingdom –the Queen of England continuing as Head of State given Canada's status as constitutional monarchy¹⁰⁸–, attaining, finally, complete autonomy in constitutional matters.

6.1. Main features

The 1982 Constitution is structured around two basic pillars, the Charter of Rights and Freedoms, cornerstone of the constitutional text, and the procedures for constitutional amendment, included in Part V.

Bearing in mind that Canada's constitutional system moves between the Westminster model characteristic of the British tradition and continental constitutionalism, the 1982 Constitution contains a series of general provisions which

¹⁰⁶ The impact of the Charter of Rights and Freedoms upon educational and linguistic matters will be analysed in different sections of this work, which should be consulted in this respect.

¹⁰⁷ BASTIEN (2013): 441-442. Although the British law alternated between the English version of the constitutional text and the French, the law of approval in French was contained in Annex A..

¹⁰⁸ On the history of the Crown in Canada and its prerogatives vid. FIRMINI and SMITH (2017): 129-150. The Crown's status as Head of State is in the news again in Canada after the judicial procedure relating to the reform of the laws of succession to avoid male primacy over women (ESCAJEDO SAN EPIFANIO, 2018: 237-243).

clarify the nature and value of the latter. Section 52 confers upon the Canadian Constitution the status of supreme law, meaning that any law contrary to the latter must be deemed unconstitutional. This notion of supremacy applies to all the documents that compose the Constitution, which are detailed in the annex accompanying the 1982 text¹⁰⁹. However, as will be seen later, doubts exist as to whether this list is exhaustive or if, on the contrary, there are more laws of a constitutional nature. Given that Canada's Constitution is composed of various documents¹¹⁰, the adoption of the 1982 Constitution does not represent the substitution or derogation of the *British North America Act* –now renamed 1867 Constitution–, which remains fully valid¹¹¹. The 1982 Constitution modifies some provisions of the BNA¹¹², and complements it by expanding the Canadian Constitution with the incorporation of a new text that, among other provisions, includes the Charter of Rights and Freedoms. Both constitutional laws have the same legal status, forming the main core the Canadian Constitution, without the existence between them of relations of hierarchy or subordination.

Another important aspect is the enshrinement in section 56 of the official nature of the versions in English and in French of all the documents that compose the Constitution, as result of which both versions enjoy the same status¹¹³. Consequently, this equality of authority –established by section 57– makes it possible for the courts to refer to either of the two versions when interpreting a provision. This option facilitates the interpretation of obscure provisions, the meaning and/or scope of which may not be clear in one language, with the possibility of consulting the other version so as to clarify the meaning in question.

The entry into force of the 1982 Constitution also changed the situation of the indigenous communities that had inhabited Canada since before European colonisation. Section 35 guarantees and declares the validity of the treaties signed with the Native

¹⁰⁹ These are the Constitutions of 1867 and 1982, and all reforms and amendments thereof, including the colonial laws that modified the Canadian constitutional order, which it renames to transform them into genuinely domestic laws.

¹¹⁰ In this respect, *vid.* sections 52 and 53 of the 1982 Constitution.

¹¹¹ Of interest on the different concepts of Constitution is the classic work by WHEARE (1966).

¹¹² For example, sections 50 and 51 of the 1982 Constitution contained modifications to the text of the 1867 Constitution, creating Article 92A of this law and adding Annex VI.

¹¹³ Under Article 55 a commission was created responsible for drafting versions in French of those constitutional documents, as is the case of the 1867 Constitution and the acts of union of some provinces, which are only in English, to thus complete a consolidated version of the Constitution in this language. This task was completed in 1990.

American, Inuit and Métis communities¹¹⁴. Given that this article does not belong to the Charter of Rights and Freedoms, it is not affected by the provisions of the latter, so its content applies to both public powers and individual citizens¹¹⁵. In the same sense, neither are the mechanisms limiting rights contained in the Charter applicable. Section 35 signifies the termination of application of the doctrine of parliamentary sovereignty to treaties with the indigenous communities, so Parliaments cannot unilaterally free themselves of the obligations acquired via these treaties, as was the case prior to 1982, with this provision acting as a constitutional guarantee of the rights reflected in these instruments¹¹⁶.

The 1982 Constitution includes in section 36 a desideratum-like provision of an economic character via which the federal government undertakes a commitment – without this involving an alteration of the system of division of powers– to work with the provinces with the aim of promoting equal opportunities, reducing disparity in opportunities and providing public essential public services of reasonable quality to all Canadians. The second sub-section of this article attributes constitutional status to the equalization program by means of which the federal government undertakes to transfer financial resources to the provinces in order that they may provide similar services at reasonably comparable levels of taxation. The characteristics of this programme and its effects upon the federal model will be addressed later in the section on fiscal federalism.

6.2. The Charter of Rights and Freedoms

6.2.1. *General characteristics*

The Charter of Rights and Freedoms forms Part I of the 1982 Constitution, comprising articles 1 to 34. As a document of a constitutional nature it is subject to the aforementioned notion of supremacy, so any law in its contrary must be rejected. The Charter represented an important novelty in the Canadian constitutional system, as rights became safeguarded by the courts, abandoning the British tradition under which this task corresponded to Parliament by virtue of the doctrine of parliamentary

¹¹⁴ SLATTERY (1987) y (2000) performs an exhaustive analysis of the numerous regulatory instruments containing these treaties, and their effects on the Canadian constitutional system.

¹¹⁵ MONAHAN (2002): 497.

¹¹⁶ The application of this article in conjunction with the rights deriving from the treaties concluded with the different tribes is established as a limit upon government action that may, even, result in the nullity of a specific act. This was the case of the project to extend the TransMountain pipeline, annulled by the Federal Court of Appeal which ruled that the federal government did not fulfil the obligation to consult the indigenous tribes affected by this project (*Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General - 2018 FCA 153)*).

sovereignty. As a result, the adoption of the 1982 Constitution means that the Canadian constitutional system is designed as a combination of the British model of political constitution, constructed around the principle of parliamentary sovereignty represented by the 1867 Constitution, and the model of normative constitution that characterises the Charter of Rights and Freedoms, so the development of the Canadian constitutional system swings between two constitutional principles or conceptions.

The rights contained in the Charter are applicable to the legislative and executive powers –including the administrative bodies– both federal and provincial as is set out in section 32, thereby excluding its horizontal application between private individuals, businesses or organisations¹¹⁷. In addition, the Charter introduces into the constitutional system new values with constitutional status such as multiculturalism¹¹⁸ –section 27– or bilingualism –section 16–.

The Charter opens with the limitation clause of section 1, which subjects the rights it contains to the reasonable limits existing in a free and democratic society. This provision enshrines the lawmaker’s desire to make it clear that rights are not absolute and that, therefore, they must be limited under certain circumstances in order to protect greater goods. However it is important to note that the Charter does not specify these limits as is the case with other similar instruments¹¹⁹, and it is the courts that determine these limitations¹²⁰.

The rights and freedoms included in the Charter of Rights and Freedoms can be grouped by type into six different categories¹²¹. In a first group, fundamental freedoms, listed in section 2, which protect freedom of conscience and religion, of expression and

¹¹⁷ This question was confirmed by the Supreme Court in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573 where the Supreme Court endorses the interpretation defended by HOGG (1985): 674-675.

¹¹⁸ On the relationship between multiculturalism and the Charter vid. STEIN et al. (2007).

¹¹⁹ In the European Convention on Human Rights the limitations upon rights are set out in the regulation thereof, although the meaning and scope of the concept of “democratic society” as a limitation has been developed in terms of jurisprudence by the European Court of Human Rights. In this sense vid., among others, ECHRR of December 7, 1976, case of *Handyside vs United Kingdom*, ECHRR of September 6 1978, case of *Klass and others*, ECHRR of February 19, 1998, case of *Bowman vs. United Kingdom* or ECHRR of November 24, 1993, case of *Informationsverein Lentia and others vs. Austria*. For an analysis of the rights set out in the European Convention on Human Rights, and the articulation of the limitations thereof, of particular interest is the collective work edited by GARCÍA ROCA and SANTOLAYA (2005). Meanwhile, the *Bill of Rights* of the USA has no limitations whatsoever.

¹²⁰ On the scope of the restrictive clause of section 1, see HIEBERT (1990): 103-134. Meanwhile, BREDT and DODEK (2001): 175-188 criticise the gradual loss of importance of this article, permitting a greater restriction of the rights guaranteed by the Charter than during its initial years in force.

¹²¹ Given that the objective of this work is not to analyse in depth the content of these rights or the vast quantity of judicial interpretation that exists, there is only a brief classification of these rights. For a detailed analysis of the latter and of their interpretation by the courts vid. HOGG (2013): 36-57 and SHARPE y ROACH (2017).

the press, and of association and assembly. The second category assembles democratic rights, sections 3 to 5 of the Charter, which include the right to vote in federal and provincial elections –section 3–, and establish the maximum length of legislature at 5 years –section 4– and a minimum of one sitting of legislative bodies per year –Article 5–. Mobility rights are set out in section 6, which grants every citizen of Canada the right to enter, remain in or leave the country. Furthermore, this article also guarantees freedom of movement and residence in order to gain a livelihood within Canada, rights that are extended to permanent residents. The fourth category includes sections 7 to 14 of the Charter, where we find legal rights. Section 7 sets out rights to life, liberty and security of person, while sections 8 to 14 feature rights and guarantees related to criminal proceedings, such as the prohibition of degrading treatment or the right to a lawyer or an interpreter. These are the rights that have most frequently been invoked before the courts, generating a rich corpus of jurisprudence in this respect¹²². Sections 15 and 28 form the category of equality rights. Section 15 establishes equality before and under the law, prohibiting discrimination based on race, national or ethnic origin, religion, sex, age or disability. These rights are completed by the clause in section 28, which guarantees equality between men and women, excluding this right from the possible application of the *notwithstanding clause* in section 33, to be discussed below. Finally, the Charter contemplates a series of linguistic rights in sections 16 to 23. These establish equality between the two official languages of Canada, which have the same status in New Brunswick, and obligations vis-à-vis bilingualism in parliamentary activity and the publication of official texts. Within linguistic rights, specifically in section 23, are a series of educational rights in the minority language, whether this be French or English, which will be analysed in greater depth later, and the inapplicability of some of these rights in the province of Quebec.

6.2.2. A singular mechanism: the *notwithstanding clause*

With the aim of allaying provincial fears that the legal interpretation of the rights contained in the Charter might lead to a reduction of provincial competences, a new element was introduced: the *notwithstanding clause* or *clause dérogatoire*¹²³.

¹²² Chapters 13 and 14 of the work by SHARPE and ROACH (2017) offer a detailed analysis of the Charter. Meanwhile, HIEBERT (2002): 91-161 shows how it has influenced the legislative process in relation to crimes of sexual violence, the use of DNA and search warrants.

¹²³ Also known in French as *clause nonobstant*, which has led to this term's translation into Spanish as "cláusula no obstante" or "disposición derogatoria". Although the *notwithstanding clause* as it appears in

The *notwithstanding* clause is a mechanism of regional integration particular to Canada, as it is not to be found in any other country in the world¹²⁴. This mechanism, included in section 33 of the Charter, allows a Parliament, be it federal or provincial, to exclude the application of a series of rights without need for any justification in this regard¹²⁵. This clause is intended as a safety net designed to prevent the collapse of the constitutional system. This makes it possible to restore parliamentary sovereignty while there is a reduction in tension during the period of application of the *notwithstanding clause* in the hope that the passage of time will help to redirect the situation and enable the conflict to be resolved¹²⁶. In other words, this mechanism is designed to protect the autonomy of provincial parliaments from possible centralising interpretations of the Charter¹²⁷.

The only possible exceptions are fundamental freedoms (section 2), legal rights (sections 7 to 14) and equality rights (section 15)¹²⁸. Therefore, the following are excluded within the scope of the *notwithstanding clause* are: rights of political participation (sections 3 to 5), mobility rights (section 6), linguistic rights (sections 16 to 23), equality between sexes (section 28) or provisions relating to application and protection of the rights contained in the Charter. Consequently, any restriction of these provisions under section 33 will be null and void¹²⁹. The duration of section 33 is determined by the Constitution –sub-section (3) – expiring five years after it comes into force. Upon completion of this period, it may be re-enacted for five years as is set out in sub-sections 33 (4) and (5). The Constitution makes no reference to subsequent re-enactments, although the understanding is that a second re-enactment has the same

the Charter is an unprecedented mechanism in Canadian constitutionalism, it is based on a mechanism contained in the *Canadian Bill of Rights*, whose invocation enables a law to function without being affected by the contents thereof.

¹²⁴ ¹²⁴ Israel (Article 8 of the *Basic Law: Freedom of Occupation* (1994)), Jamaica (Article 50) and South Africa (Article 37) contemplate similar mechanisms. At sub-state level there is a similar law, the case of Article 31 of the *Charter of Human Rights and Responsibilities Act* [Act No. 43/2006] of the Australian state of Victoria, which is clearly inspired by the Canadian law, sharing elements like the duration of the suspension or the possibility of renewal. In Canada, the charters of Alberta, Saskatchewan and Quebec contain similar mechanisms. The constitutions of Portugal (1982, Articles 278 and 219) and Romania (1991, Article 141.1) contain indirect mechanisms with similar effects to those of the *notwithstanding clause*.

¹²⁵ KAHANA (2001): 255-291.

¹²⁶ HIEBERT (2006): 11.

¹²⁷ CHACÓN PIQUERAS (1996): 139.

¹²⁸ The rights that may be the object of the *notwithstanding clause* were also a source of conflict between TRUDEAU and CHRÉTIEN, as the former denied that this mechanism affected the fundamental freedoms of section 2. TRUDEAU finally accepted its application to section 2 on condition that the application were limited to 5 years, renewable via express declaration.

¹²⁹ As is noted by ST-HILAIRE (2017): 12, the model of division of powers cannot be suspended and/or altered by means of this mechanism, neither directly nor indirectly.

effect as the initial declaration issued under sub-section (1) of section 33¹³⁰. The *notwithstanding clause* becomes effective following the entry into force of the law of which it forms a part, the impossibility of its retroactive application confirmed by the Supreme Court¹³¹. For HOGG¹³² and WEINRIB¹³³ the fact that it may not be applied retroactively encourages the use of section 33 due to the fact that the legislator may include the clause as a precautionary measure to prevent a contrary ruling resulting in the non-application of the effects of the provision in question. Permitting retroactive application would mean that the legislator would only resort to this constitutional mechanism in the event of an unfavourable legal decision in order to limit its effects. Nonetheless, as will be seen later, Canadian constitutional practice reveals that the use of the *notwithstanding clause* is extremely limited. The limitation to five years, renewable, of the period of application of the *notwithstanding clause* responds to the intention to force the parliament that has opted for its application to reconsider this decision, in order to redirect the situation and reduce tension. The establishment of the five-year period restricts the validity of the derogating provision to the maximum possible length of a legislature as is established by section 4.1 of the Charter. This means that any hypothetical re-enactment must be addressed, after an electoral process, by a different parliament from that which approved it, making it possible for citizens to judge the opportunity and need for recourse to the *notwithstanding clause*.

The declaration which introduces the *notwithstanding clause* in a legislative instrument must be explicit¹³⁴, it cannot be inferred from the fact that the law contradicts the Charter. Therefore, this is a formal request to use section 33, which may be controlled by the courts¹³⁵. An element to be taken into account regarding application of the *notwithstanding clause* is the fact that it is only applicable to laws and not to secondary legislation. The *raison d'être* of this affirmation is the need for the clause to appear in the law that it affects. As GIBSON observes, if the clause were applicable to secondary legislation it could be included in the latter without any need for

¹³⁰ The province of Quebec has re-enacted the use of the notwithstanding clause in the fields of education and pensions more than once without problems having arisen regarding the constitutionality of these re-enactments.

¹³¹ *Ford v. Quebec (A. G.)*, [1988] 2 S.C.R. 712, p. 744.

¹³² HOGG (2007): 39-7.

¹³³ WEINRIB (1990): 559.

¹³⁴ This requirement is clearly expressed in the text of the Charter of Rights and Freedoms, where section is entitled *Exception where express declaration or Dérogation par déclaration expresse*.

¹³⁵ *Ford v. Quebec* p. 740. By contrast, SLATTERY (1983): 391-397 and ARBESS (1983): 121-131 argue that application of the *notwithstanding* must be subject to the limits of reasonableness and proportionality prescribed by section 1 of the Charter.

parliamentary debate, allowing the government in office unilaterally to decide without the need for majority support of the legislative assembly of the province or of the federal Parliament, as the case may be¹³⁶. Moreover, this would be the non-application of a law with constitutional status by secondary legislation which would be in flagrant violation of the system of sources.

As well as being explicit, the declaration must specify which rights are affected, mere mention of the Charter as law to be excluded not being sufficient. However, it is possible to make an omnibus reference to rights liable to derogation as the Supreme Court ruled when interpreting as valid the generic reference made by Quebec in 1982 to all the rights liable to exclusion¹³⁷. This is not a unanimous position among legal doctrine. WEINRIB differs, interpreting that this is not exclusion of rights or a specific application thereof, but that what is really being excluded is the Charter itself, in other words, there is an attempt to generate the effect of maximum possible detachment from the constitutional text of 1982. For this author, there is no room for general and abstract declarations, it being possible only to exclude laws in specific fashion, and necessary to provide grounds for this decision¹³⁸.

The *notwithstanding* is a clear example of how the Canadian constitutional system moves between legal review typical of the US or continental-European tradition, where the courts have the last word, and British-style parliamentary sovereignty where parliament is the ultimate interpreter of the Constitution. The mechanism in sections 33 places Canada in an intermediate position, combining legal review with the guarantee of rights by Parliament. The Canadian system has the effect of preventing excessive activism on the part of the courts – also shielding them from pressure or discredit¹³⁹ –, and also acts against decisions that may be regarded as unfair or the effects of which are perceived as harmful to Canadian society since these decisions may temporarily be unapplied by parliaments that invoke section 33. This parliamentary sovereignty is not absolute either, as it is limited in terms of both its object, being applicable only to certain rights, and in time, as it only lasts for five years, although the declaration can be re-enacted. Furthermore, as has been highlighted, possible re-enactments must be

¹³⁶ GIBSON (1986): 127-128.

¹³⁷ Ford v. Quebec p.741.

¹³⁸ WEINRIB (1990): 558.

¹³⁹ The existence of a mechanism like the *notwithstanding clause* in the USA, paradigm of judicial activism, would have prevented President Roosevelt's threat to increase the number of members of the Court in light of the risk of his *New Deal* legislation being declared contrary to the Constitution.

approved by different parliaments so that recourse to the *notwithstanding clause* will be judged electorally by society.

After analysis of the content and significance of this mechanism, the question that arises is: what leads a constitutional system to adopt such an extreme mechanism as the *notwithstanding clause*? The genesis of the latter dates back to the inter-governmental meetings held in November 1981¹⁴⁰. Faced with an impasse caused by the fact that most of the provinces rejected the Charter, CHRÉTIEN –federal Minister of Justice– held a meeting with the Attorneys General of Ontario and Saskatchewan in search of a compromise –subsequently named *Kitchen Accord*– that would make it possible to continue with the *patriation* process. In this meeting, the outlines of the *notwithstanding clause* were established, making it possible to combine a system of legally guaranteed rights with a mechanism of last resort that would enable parliamentary sovereignty to correct any excessive judicial interpretation of the Charter, making it possible for provincial governments temporarily to dissociate themselves from such interpretations. Behind provincial mistrust of the Charter lay a fear that judicial activism might distort the model of distribution of competences, extending federal powers at the provinces' expense via legal channels, overshadowing parliamentary activity¹⁴¹. CHRÉTIEN's was to find a balance between judicial independence and parliamentary sovereignty, so that a parliament could resort to the *notwithstanding clause* in extreme situations, thereby avoiding a constitutional crisis.

Another factor that contributed decisively to the adoption of the *notwithstanding clause* was the Supreme Court advisory opinion with regard to *patriation*, as it situated the political actors at a crossroads. The federal government was anxious to achieve full constitutional sovereignty, with the Charter of Rights and Freedoms being an essential element of the latter. Though legally it could proceed in unilateral fashion, this would mean violating a legal conventional recognised by the Supreme Court, which would trigger an unprecedented constitutional crisis between federal and provincial levels. Meanwhile, the provinces faced the same dilemma. If they did not give their consent to the project, there was a risk of the federal government proceeding unilaterally, with the accompanying conflict that this would generate, or of the project ultimately failing

¹⁴⁰ ROMANOW, WHYTE y LEESON (1984):193-212 recall in their work the events leading up to the introduction of the *notwithstanding clause*.

¹⁴¹ MORTON (1995): 177-183.

without the introduction of elements of interest to the provinces such as the constitutionalisation of the equalisation programme or the amendment formula.

The inclusion of the *notwithstanding clause* unblocked the negotiations over the constitutional text, rendering possible provincial acceptance of the Charter and agreement with regard to the amendment formula¹⁴². Nevertheless, this inclusion generated tension between P.E. TRUDEAU and CHRÉTIEN, owing to the Prime Minister's opposition to any measure that might weaken application of the Charter¹⁴³. TRUDEAU's misgivings were vanquished when he realised that acceptance of the *notwithstanding clause* was indispensable if the process was to be concluded successfully, as, without it, the Charter would not be accepted by the provinces, especially following the support for this provision expressed by Ontario Premier Bill DAVIS¹⁴⁴.

As was to be expected, the introduction of the *notwithstanding* was not without its critics, particularly on account of its status as majoritarian mechanism, application of which might be detrimental to minority rights. WHYTE, the main proponent of this way of thinking, believed that the clause could be employed as a tool of oppression against unpopular minorities, especially those perceived as dangerous, and advocated its elimination¹⁴⁵. These objections were contested by RUSSELL who, like most of Canadian academia¹⁴⁶, was in favour of retaining the *notwithstanding clause* –without ruling out some formal reforms vis-à-vis its application procedure– as this mechanism was designed as a system of checks and balances for possible situations where it could be advisable to limit, albeit temporarily, the action of the judiciary¹⁴⁷.

Furthermore, RUSSELL highlighted a fundamental issue, namely the negative consequences with regard to Quebec's accommodation within the federation that could

¹⁴² LEESON (2000): 3-4.

¹⁴³ HIEBERT (2010): 110 refers to P.E. TRUDEAU's rejection of the *notwithstanding clause* because it was not compatible with his ideal of justice. CHRÉTIEN's vision is evident in his interview with FAGUY (2012), where he recalls his impressions during those days..

¹⁴⁴ DAVIS was, along with the Premier of Saskatchewan, Richard HATFIELD, one of the few provincial leaders that were not opposed to the Charter before the *Kitchen Accord*, so his acceptance of the *notwithstanding* clause contributed decisively to TRUDEAU doing the same.

¹⁴⁵ Among others, WHYTE (1990): 354-357 included the advocates of secession, an aspect that constitutional practice had contradicted as it was precisely these that had made most use of the *notwithstanding clause*. Also critical of this mechanism are SCOTT, S. (1982a): 287-303, LASELVA (1983): 383-398 and ALBERT (2008): 1037-1069, the latter arguing that the derogatory clause languishes because it had been incapable of attaining the objectives for which it was designed.

¹⁴⁶ Among the supporters of the *notwithstanding clause* are WEILER (1984): 51-92, SLATTERY (1987): 727-783, WEIRIB (1990): 541-571, HOGG and BUSHELL (1997): 75-124, KAHANA (2002): 221-274 and HIEBERT (2004): 169-189.

¹⁴⁷ RUSSELL (1990): 301-302. RUSSELL (2007) has identified a series of cases where, with Supreme Court decisions that he regarded as *difficult to swallow*, he would have considered use of the *notwithstanding clause* to be justified.

result from an elimination of the *notwithstanding clause*, since this mechanism, as will be seen later, has become a useful tool for the integration of Quebecois difference within Canada; not because the *québécoise* community opposed the content and application of the rights in the Charter, but because they advocated the maintenance of a mechanism that made it possible to guarantee their national values in extreme situations¹⁴⁸. This question is particularly important as the *notwithstanding clause* was not introduced as a mechanism intended to accommodate Quebec, but rather as a means of allaying provincial fears, essentially on the part of the Anglophone provinces, of a potential judicial interpretation of the Charter in a centralist vein¹⁴⁹. It is its subsequent development and evolution that have consolidated it as a tool of accommodation and integration of what is represented by the Quebecois difference within the diversity of the Canadian federation.

6.3. The constitutional amendment procedures

Along with the Charter, the other pillar of the 1982 Constitution was the inclusion of a domestic amendment mechanism, bringing an end to the UK Parliament's competence in this matter. With *patriation*, five different amendment mechanisms were established, according to the materials affected and/or the parties involved¹⁵⁰.

The general mechanism –section 38–, commonly referred to as 7/50 formula¹⁵¹, requires the approval of two thirds of the provinces that together represent at least 50% of the population of Canada, and the affirmative vote of both Chambers of the federal Parliament. Section 42 includes a number of matters reform of which must follow the general procedure of 7/50 formula¹⁵². The *raison d'être* of this list is the fact that in relation to these matters it was not possible to reach an agreement between the federal government and the provinces during the process of constitutional *patriation*. As a

¹⁴⁸ RUSSELL (1990): 306. In this sense, think of the invocation of section 33 as a response to the Ford case application of which enjoyed majority support in Quebec.

¹⁴⁹ These fears were based on the idea that judicial review via the Charter of Rights and Freedoms might lead to both a greater centralisation of the system of division of competences –attributing provincial powers to the federal government– and to an increase in the degree of uniformity when courts applied uniform standards that limited provincial capacity to adopt different policies, reducing the very diversity of the federal system (WOEHLING, 2014: 118-121).

¹⁵⁰ A thorough and detailed analysis of all the amendment procedures, and of the formulae considered prior to the adoption of the 1982 Constitution can be found in PELLETIER (1996). Also of interest, BRUN and TREMBLAY (1990): 213-239.

¹⁵¹ As Canada is divided into ten provinces, two thirds give a total of seven.

¹⁵² These matters are (a) the principal of proportional representation in the Commons; (b) the Senate's powers and the method of selecting senators; (c) the number of senators that corresponds to each province, and their residency requirements; (d) subject to what is set out in Article 41(d), the Supreme Court; (e) the extension of the provinces to the territories; and (f) the creation of new provinces.

result, they were expressly governed by the general mechanism with a view to, in the future, addressing their reform.

Excluded from the general reform formula are a series of specially protected matters, modification of which requires provincial unanimity. These matters are listed in section 41 of the 1982 Constitution and are as follows: the Queen, the Governor General and the provincial Lieutenant Governors, the guarantee that every province will have at least the same number of members in the Commons as in the Senate, the use of French and English, the composition of the Supreme Court and reform of section 41 itself.

In the event of the amendment affecting to some but not all provinces, all that will be necessary is their approval, along with that of the federal Parliament, as is contemplated in section 43. This procedure includes modifications like the alteration of interprovincial boundaries or of official languages at a provincial level.

The federal Parliament may, under section 44, unilaterally implement constitutional amendments, provided these do not affect matters expressly governed by other reform mechanisms when these amendments only affect provisions relating to the government or the Houses of the federal Parliament.

Finally, section 45 includes a unilateral mechanism for the reform of provincial constitutions¹⁵³. This provision is conceived as the opposite of section 41, as it is applicable in all modifications of the provincial Constitution that are not governed by the latter¹⁵⁴. Also excluded from this mechanism are those provisions in the provincial constitutions which form part of the Constitution of Canada¹⁵⁵.

With regard to constitutional amendment procedures, it is worth highlighting that, on the basis of section 46, these may be initiated by either House of the federal Parliament or by the Legislative Assembly of one of the provinces¹⁵⁶. Moreover, section 47 grants the Senate a suspensive veto, which may be overcome by the Lower House after 180 days with the re-approval of the original text.

¹⁵³ Note that, as MORIN (1985): 173, observes, there is no formal concept of provincial Constitution. On its material content *vid.* CASTELLÁ ANDREU (2014): 287-291 and ROWE and COLLINS (2016): 297-314 who detail the multitude of sources, written and otherwise, of which it is composed.

¹⁵⁴ PELLETIER (1999): 11.

¹⁵⁵ This would be the case of the reforms of sections 63, 65, 68, 71-80, 83-41 and 87 relating to Quebec, sections 64 and 88 in relation to Nova Scotia and New Brunswick and sections 69 and 70 with reference to Ontario.

¹⁵⁶ An exception is unilateral reform of provincial constitutions, which is the exclusive competence of the Legislative Assembly of the province in question.

7. THE BATTLE CONTINUES: THE *VETO REFERENCE* AND THE END OF THE DUAL CONCEPTION OF THE ORIGIN OF THE CONFEDERATION

The Quebec government communicated its formal rejection of *patriation* via Decree 3214-81, in which it expressed its disapproval of the fact that this had taken place without Quebec's backing, a condition which this government considered indispensable. The decree concluded with a provision in which it informed the federal Parliament and the governments of the other provinces that Quebec vetoed the resolution adopted. Furthermore, to reiterate the rejection of its exclusion from the *patriation* process, the National Assembly passed a law in this respect by means of which it introduced the *notwithstanding clause* of section 33 of the Charter into all its laws as a means of defending its competences and protesting against the inclusion of the Charter of Rights and Freedoms in the new constitutional text¹⁵⁷.

However, did this right of veto, which Quebec sought to exercise and which the federal government refused to recognise, legally exist? The issue was settled in the courts after the Francophone province requested an advisory opinion from the *Cour d'Appel*, which, unfavourable, was challenged before the Supreme Court.

The province of Quebec questioned the existence of a constitutional convention that rendered necessary its express consent to a constitutional amendment, given that the latter involved changes in its legislative capacity, and in its position in the federation. The Quebec government based this need on the consideration of Quebec as a different society owing to its linguistic and historical characteristics. LÉVESQUE's government alluded to a dual conception of the Confederation as basis for its claim, in other words, it referred to the *Compact Theory* as a narrative of the origins of Canada. Consequently, if the Confederation had been created by virtue of an agreement between peoples, any change in its constitutional structure had to renew that consensus.

The Court rejected these arguments, reducing the dualist concept of the federation to mere acknowledgment of the existence of two linguistic communities in Canada, both of which enjoyed constitutional protection¹⁵⁸. This affirmation represents the demise of the *Compact Theory*, in denying that the origin of the Confederation lies in the agreement between two different communities, Anglophone Protestant and Francophone Catholic. The denial of Canadian dualism implies the imposition of an Anglophone nationalist vision of the origins Confederation, very akin to MACDONALD's

¹⁵⁷ *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, 1982 c. 21.

¹⁵⁸ *Re: Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, p. 812.

interpretation. It is worth remembering that the adoption of the federal model for Canada was based precisely upon this dual perception, in such a way that made it possible to guarantee the rights and self-rule of both communities. This is the idea that led to rejection of the centralising model of legislative union advocated by MACDONALD. This model would have led to a dilution of French culture in a melting pot similar in nature to that of the USA. It is also interesting that the Supreme Court's reference to dualism as an expression of Canada's linguistic diversity mentions the province of Manitoba, which has failed to fulfil its linguistic obligations with the Francophone community for over a century¹⁵⁹.

Having restricted the scope of Canadian dualism, the Supreme Court proceeded to evaluate the possibility of the existence of a constitutional convention that required Quebec's consent to approve a constitutional amendment. The possible existence of such a convention can only be based upon two hypotheses: the need for unanimity to implement a reform or the existence of Quebec's own right of veto. The former was denied in the *Patriation Reference*, insofar as there was no proof of the existence of a convention that required the unanimous consent of the provinces, so the Court refers to what is expressed in the latter¹⁶⁰. The second would consist in the existence of a constitutional convention that granted a right of veto in matters of constitutional reform to the province of Quebec. As in the *Patriation Reference*, the Court resorted to the JENNINGS test to determine the existence, or not, of the aforementioned constitutional convention.

The application of this test led the Supreme Court to reject Quebec's claim. Though precedents exist in which constitutional amendments have not occurred without Quebec's consent, or that of any other province, it has not been possible to demonstrate that the actors involved acted on the basis of a rule that granted this right of veto to the Francophone province¹⁶¹. Thus, the Court imposes a higher standard than in the *Patriation Reference*, where here it had acknowledged that acceptance of a conventional rule could be merely inferred from constitutional practice¹⁶². Consequently, as this essential requirement was not satisfied, the Supreme Court rejected the existence of any constitutional convention in this sense.

¹⁵⁹ In the *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, the Supreme Court considered that the province of Manitoba had not been complying with its obligation to publish its laws and agreements in both French and English.

¹⁶⁰ *Re: Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, pp. 807-808.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 814-815.

¹⁶² GAUDREAU-DESBIENS (2011): 85.

In concluding that the requirements of the JENNINGS test were not satisfied, the justices opted not to address the substance of the matter, which would have made it possible to clarify the question and could have reduced the feeling of rejection produced in Quebec, as well as the mistrust of the Supreme Court itself¹⁶³. As GAUDREAU-DESBIENS states, it would have been perfectly possible to deny Quebec's claim to veto on the basis of the principle of federalism, instead of tiptoeing over the issue¹⁶⁴. This denial could have been maintained without the need to dismiss the *Compact Theory* as a theory regarding the origin of the Confederation, or to negate the characterisation of Quebec as a different society. The conception of Canada as a pact between peoples implies equality between the latter, as well as respect for the intrinsic characteristics of each. These characteristics go beyond language, an aspect that the Supreme Court refuses to acknowledge in the *Veto Reference*.

The Supreme Court could have taken advantage of the opportunity to engage in an exercise of judicial pedagogy, clearly expounding the grounds precluding the existence of a right of veto for Quebec. It would have been possible to recognise Quebec as a distinct society, different from the other provinces, without the implication that this conception meant greater power in constitutional questions than that enjoyed by other provinces. The conception of different society could have been limited to the internal sphere, with regard to its own competences in key aspects like education, language or culture. This characteristic would not have external effects, in other words, upon other provinces, in that Quebec would be a different province from the others, but not a more powerful one. The federal model involves both the non-subordination of the provinces to the federal government, and non-subordination between the provinces themselves, or in other words, equality between them. This equality, to which all the provinces give their consent upon joining the Confederation, is incompatible with the desired right to veto and, therefore, Quebec's claim to the latter should be denied.

This Supreme Court decision served to increase Quebec's isolation within the federation, and seriously damaged the mutual trust between the Anglophone and Francophone communities in Canada¹⁶⁵. The rejection of the *Compact Theory*, and of Quebec as a different society are two factors that contributed enormously to worsening the Canadian constitutional crisis, which was already of considerable dimensions in the

¹⁶³ This institution came to be known by part of Quebecois society as la *Cour des Autres* (the Court of the others) in reference to the Anglophone majority in Canada.

¹⁶⁴ GAUDREAU-DESBIENS (2011): 86.

¹⁶⁵ RUSSELL (2011): 76.

wake of the *patriation* of the Constitution without Quebec's consent. These factors are more relevant than the denial of the right of veto, which had in a way been admitted by Quebec when it accepted the Vancouver formula instead of that contained in the *Victoria Charter*.

The period between 1980 and 1982 witnessed major landmarks in Canadian constitutional history. The referendum on sovereignty-association prompted *patriation* and adoption of the 1982 Constitution and with it Canada's definitive emancipation from the United Kingdom. The Constitution included a Charter of Rights and Freedoms that enshrined individual rights and the conception of Canada as a bilingual and multicultural country, two of TRUDEAU's favourite measures. These advances were accompanied by another with significant implications for the future, the triumph of a particular vision of the relationship between Quebec and Canada¹⁶⁶. This vision reduced Quebec to the status of mere province, without its own particular characteristics, and denied its role in the creation of the Confederation. An acceptable vision Anglophone Canada, but widely rejected in Quebec by both sovereignists and federalists. The events of 1982 had a markedly political component, as they represented TRUDEAU's response to the Parti *québécois's* victory in 1976 and to the sovereignist challenge in 1980.

1982 was year zero for the new pan-Canadian nationalism, which was articulated around multiculturalism, individual freedom and, in particular, the Charter of Rights and Freedoms¹⁶⁷. What for Anglophone Canada was a new foundational moment, for Quebec signified the end of a dream, the death of a conception of Canada that had been interiorized in the province since 1867¹⁶⁸. Once mourning was over, the legacy of 1982 also brought changes for Quebec. There was an institutionalization of a sense of rejection resulting from the Anglophone marginalization, and staunch defence of French society, clearly defined in its open opposition to the Charter of Rights and Freedoms. This lack of recognition of the Quebecois difference by Anglophone Canada would strengthen the sovereignist movement and shape the evolution of federalism in Canada during the decades to come.

¹⁶⁶ CHOUDHRY y GAUDREAU-DESBIENS (2007): 167.

¹⁶⁷ CAIRNS (1992): 122.

¹⁶⁸ The expression "end of the dream" is inspired by the work of LAFOREST (1995).

8. THE ATTEMPTS TO REINTEGRATE QUEBEC INTO THE CONSTITUTIONAL CONSENSUS

8.1. Quebec's return to the constitutional family: the Lake Meech Accord

In the years following the *patriation* of the Constitution, the Canadian political map changed significantly. With the polls predicting poor election results for the Liberals in 1984 TRUDEAU resigned as Prime Minister. His departure weakened the Liberal Party, which led the new Prime Minister, TURNER, to dissolve Parliament. The election results brought MULRONEY's Conservatives to power with an overwhelming majority of 211 seats out of 282, winning 58 of the 75 corresponding to Quebec. That same year, LÉVESQUE stepped down as PQ leader amidst a power struggle between the moderate and more pro-independence factions within the party. A year later, elections would be held in the province, resulting in the PLQ's return to power, offering BOURASSA another opportunity to govern¹⁶⁹.

MULRONEY's victory brought the constitutional question to the fore once again, though not as an absolute priority as it had been for the previous Liberal government. During the election campaign, the Progressive-Conservative leader promised to return Quebec to the constitutional consensus, declaring that in the Canadian house there was room for every identity¹⁷⁰. His proposal went down well in Quebec, earning him the best result to date for a Conservative party in the Francophone province. BOURASSA agreed with the Prime Minister regarding the need to reincorporate Quebec within the constitutional consensus, for which he established five conditions. These conditions were presented by the Quebecois leader as indispensable if the National Assembly were to approve the 1982 Constitution. They were as follows:

- Express recognition of Quebec as a distinct society in the Preamble of the Constitution,
- Extension of Quebec's powers in the field of immigration in order to protect its cultural identity
- Quebec's participation in selection process of the three Supreme Court judges corresponding to the civil law system,
- Limitation of federal spending power in areas of exclusive of provincial competence and,

¹⁶⁹ Despite the fact that the PLQ attained an absolute majority of seats, BOURASSA failed to win in his constituency of Bertrand. A month later he stood in a by-election in the constituency of Saint-Laurent and succeeded in entering the National Assembly.

¹⁷⁰ CABELL y PAL (1989): 236.

- The inclusion of a right of veto for Quebec in the event of any future constitutional reform¹⁷¹.

Upon this basis, negotiations began between the federal government and the provinces, conducted discretely and without publicity. This negotiation process was very different from the public debate promoted by the federal government years earlier in relation to the Charter of Rights and Freedoms. The latter had been dominated by executive federalism, or elite federalism, in which only the heads of government participated, without any public intervention or debate¹⁷². The removal from the equation of two antagonistic and highly ideologized personalities like TRUDEAU and LÉVESQUE, and their replacement by two far more pragmatic leaders like MULRONEY y BOURASSA, made it possible for negotiations to advance rapidly, resulting in the Lake Meech Accord on June 3, 1987.

This accord introduced a series of constitutional amendments to the 1867 and 1982 texts, and requested that the federal government reach a series of agreements with Quebec to improve its status in the federation. For the first time, the “distinct society” clause was adopted, and introduced into section 1 of the 1867 Constitution as an interpretative clause¹⁷³. This interpretative character applied to the Canadian Constitution as a whole, not only to the 1867 text, so it also affected the Charter of Rights and Freedoms. The interpretative provision was articulated in such a way that it recognised as essential characteristics of Canada the existence of a Francophone community concentrated in Quebec, but also present in the rest of the federation, as well as an Anglophone majority mainly outside Quebec, but also present as a minority within that province. Thus, this article signified the acknowledgment in the constitutional text of Canadian duality. Based on this circumstance, it was stated that Quebec constituted a distinct society within Canada, and the provincial government was asked to preserve this circumstance. In the same sense, the new article called on the federal government and the provincial governments of the other provinces to preserve the aforementioned fundamental characteristics of Canada.

As can be seen, this provision went beyond mere recognition of Quebec’s status as distinct society, which formed a part of the acknowledgement of certain essential

¹⁷¹ QUEBEC LIBERAL PARTY (1985).

¹⁷² CAMERON y SIMEON (2002): 52. SMILEY (1980): 91 defines executive federalism as the relations between governmental representatives, either elected or appointed, of the two levels of government in federal-provincial or inter-provincial relations.

¹⁷³ Vid. Section 1.2 *Constitutional Amendment 1987*. This provision was originally intended to include in the Preamble to the 1867 Constitution, and following the negotiations was established in section 1.

characteristics of Canada owing to its diverse linguistic composition. This recognition involved the establishment of obligations of a legal nature, vis-à-vis both constitutional interpretation and in the mandate of public authorities to preserve these peculiar characteristics. The scope of these legal obligations was a source of controversy during the negotiations. Some provinces feared that the distinct society clause might lead to a change in the balance of competences between the two levels of government, or result in a distortion of the rights, linguistic rights in particular, contained in the Charter of Rights and Freedoms¹⁷⁴. With the aim of allaying these misgivings, a final paragraph was included with the guarantee that nothing set out in this article represented a derogation of the competences or rights of either of the two levels of government, including as specific mention of linguistic rights¹⁷⁵. This guarantee also had the function of protecting the provinces against future demands for increased rights on the part of linguistic minorities under the principle of duality included in the same article. This provision was designed as a safeguard clause ensuring that Quebec's linguistic policy would not be affected by the demands of the Anglophone minority resident in the province, as that would involve a derogation of its provincial competences. The same effect applied in the case of the Francophone minorities in the English-speaking provinces, which, for the same reason, could not demand new rights.

The constitutional amendment introduced by this provision satisfied the first of the five conditions established by the Liberal government of Quebec to sign the 1982 Constitution. With regard to the demand that Quebec participate in the selection of the three Supreme Court judges corresponding to the system of civil law, the Accord allowed Quebec to take part in the selection process, communicating to the federal government federal the names of those individuals who, satisfying the conditions, were regarded as qualified for the position. The final decision lay with the federal government, which had to appoint a person from among those proposed by the provincial government. The prerogative of proposing Supreme Court candidates was not exclusive to Quebec, but extended to the rest of the provinces in respect of the six judges belonging to the common *law* system.

This process was part of a series of provisions directed at constitutionalizing the composition, selection and functioning of the Supreme Court. It is worth recalling that the 1867 Constitution only recognised in section 101 the possibility of establishing the

¹⁷⁴ WOEHLING (1989): 174-198.

¹⁷⁵ Vid. Section 1.2 (4) *Constitutional Amendment 1987*.

latter, which was approved by the federal Parliament and regulated in the *Supreme Court Act, 1985*, with no further provisions of a constitutional status in this respect. As in the case of the distinct society clause, the Accord contemplated a series of provisions intended to guarantee that provincial participation in the selection process did not represent any reduction of federal competences in respect of the Supreme Court¹⁷⁶.

In the field of immigration, the text featured a modification of the concurrent powers detailed in section 95 of the 1867 Constitution¹⁷⁷. These changes obliged the federal government to negotiate with the provincial government who so wished an agreement regarding immigration and temporary admission of aliens, so this adapted to the needs of the province in question. The agreements negotiated on the basis of this article would have the force of law, being legally enforceable before the courts. Since these agreements involved a modification of the distribution of powers, any modification thereof required the consent of both Chambers of the federal Parliament as well as that of the Legislative Assemblies of the provinces affected. The validity of these agreements was subject to their being compatible with the national objectives set by the Parliament of Canada, and with the rights contained in the Charter of Rights and Freedoms. These provisions made it possible to extend to all the provinces the Cullen-Couture immigration agreements signed in 1978 between Quebec and the federal government¹⁷⁸. The preamble to the constitutional agreement requested both parties to negotiate an updating of the latter so as to reinforce the principles included therein, and guaranteed that Quebec would receive a quota of immigrants and refugees proportional to its population within the federation, which could be increased by the provincial government by up to five per cent on demographic grounds. It also contemplated the withdrawal of federal services provided in the area, with the exception of those of citizenship, which would now be developed by the government of Quebec, this withdrawal being accompanied by the corresponding financial compensation.

The amendments in the field of immigration made it possible to increase provincial competences in the area of selection of immigrants, a particularly relevant aspect for Quebec given that it facilitated the continuity of its policy of giving priority to Francophone immigrants and, thereby, combating the increasing depopulation of the province. Although they were designed to satisfy one of Quebec's demands, the option

¹⁷⁶ Vid. Section 6 *Constitutional Amendment 1987*.

¹⁷⁷ Vid. Section 3 *Constitutional Amendment 1987*.

¹⁷⁸ For more details see the work of KOSTOV (2009): 93-100.

of signing this kind of agreements was open to all the provinces, with the possibility of increasing their competences in the matter left to their discretion.

The dispute over the federal spending power took up a large part of the negotiations leading up to the Accord. Finally it was agreed that the federation should provide reasonable compensation for those provinces that did not wish to participate in future federal shared programs developed in areas exclusively of provincial competence¹⁷⁹. This reasonable compensation was subject to the province in question developing its own program, which had to be compatible with the national objectives established by the federal government. This constitutional provision was a half-victory for Quebec. While it is true that it succeeded in including the right to financial compensation in the event of not wishing to participate in the federal program, this compensation was characterised as unreasonable and not complete, involving a greater cost for the provincial government. The subordination of funding to compliance with a series of national objectives meant that the federal government would continue to exercise a degree of power over provincial policies in areas of exclusively provincial jurisdiction, so the autonomy of the latter would not be complete. Finally, this model of financial compensation would only be applied to future programs, having no effect on those already in place. This meant that important health programs like Medicare would continue to function with the provinces unable to receive any compensation in exchange for their withdrawal from these, so that in these programs their competences would continue to be subordinated to federal activity¹⁸⁰.

Quebec's desire to obtain a right of veto in relation to future constitutional reforms was not satisfied in the Lake Meech Accord. All the parties agreed to maintain the amendment formula contained in the 1982 Constitution with minor changes. These consisted in guaranteeing reasonable financial compensation for the provinces that decided to exercise their opt-out in the event of the introduction of an amendment transferring a competence from the sphere of competence of the provinces to that of the federation¹⁸¹. Thus, in the event of a reform of a centralizing nature, Quebec could express its desire to be excluded from the latter and retain its competences while receiving financial compensation in return. In the case of matters regulated in section 42, which were not eligible for opt-out, reform of these would henceforth require

¹⁷⁹ Vid. Section 7 *Constitutional Amendment 1987*.

¹⁸⁰ Of interest regarding health policy in Canada is the work of FIERBELCK and PALLEY (2015): 107-121.

¹⁸¹ Vid. Section 9 *Constitutional Amendment 1987*.

unanimity instead of the hitherto prevailing application of formula 7/50. This reform granted Quebec, or any other province, a right to veto in matters such as modification of the powers of the senators, the principle of proportional representation in the Lower House, conversion of the territories into provinces, the Supreme Court or the use of French and English in Canada.

Finally, the Lake Meech constitutional accord contained another series of provisions related to the Senate or to inter-governmental relations. With reference to the Upper House the same philosophy was applied as to appointments to the Supreme Court, where vacancies would now be filled, while a new system of appointments was approved, by a person chosen by the federal government from among the candidates proposed by the provincial governments. This reform, repeatedly requested by the provinces in the West, was of a transitory nature until the adoption in a future constitutional conference of a wider reform of the Upper House. With regard to inter-governmental relations, there was consideration of matters that should be addressed in future conferences, including the definitive reform of the Senate and fishing policy, as well as the obligation to hold an annual meeting between provincial leaders and the federal government to discuss the economic situation.

Given the nature of the constitutional amendments contained in the accord, its entry into force required approval by the Legislative Assemblies of all the provinces, and of both Chambers of the federal Parliament. To this end, the parties gave themselves three-year period from the signing of the agreement. This lengthy time frame saw a delay in ratification of the accord, affected by election results and the emergence of new demands and claims by the actors that did not participate in the process.

The consensus reached at Lake Meech was enthusiastically received, initially at least, by all the political parties, as it signalled the end of the process initiated in 1981 with Quebec's return to the constitutional consensus. However, as time passed a series of partisan quarrels broke out and which eventually rendered agreement impossible¹⁸². In spite of the fact that BOURASSA had succeeded in having most of his demands responded to, the accord was not welcomed by sovereigntist forces. They regarded the scope of the distinct society clause as insufficient, and feared that Quebec might turn out to be the loser in the Accord if financial compensation for not participating in a

¹⁸² MONAHAN (1990): 333.

shared programme were not free of conditions. The PQ accused BOURASSA of losing a right that he did not have, financial compensation without conditions, which LÉVESQUE was unable to obtain in the negotiations that led to constitutional *patriation*. For the nationalist cause, Quebec's return to the constitutional consensus was bad news, as with it vanished the spectre of Anglophone rejection, an enemy that could be blamed in order to glean electoral advantage born of division. However, the sovereigntist forces would find an unexpected ally in their opposition to the accord.

While divisions grew within the Liberal Party over the content of the accord, TRUDEAU returned to public life with the publication of a newspaper article that was extremely critical of the agreement¹⁸³. In it, the former Liberal leader places himself at the forefront of critics of the constitutional agreement, and his criticisms serve as a basis for the reasoning of those who opposed the latter. In the article, TRUDEAU launches a spirited defence of centralism and federal unilateralism at the expense of the competences of the provinces, exhibiting his peculiar vision of the Canadian federal model. The former Prime Minister criticises the fact that the provinces will now have the capacity to articulate their own social programs, an aspect that, in his opinion, will lead to a Balkanisation of the system. TRUDEAU deliberately ignores the fact that one of the essences of federalism is respect for difference, so each province is free to exercise its competences in the way it sees fit. He also criticises the federal government, which he portrays as a loser, because it has surrendered to the provinces important areas of jurisdiction such as those relating to spending power and immigration. One is struck by the fact that an academic like TRUDEAU uses blatantly false arguments to defend his stance. Under no circumstances is immigration of exclusively federal competence, for this is one of the few concurrent powers recognised in the 1867 Constitution¹⁸⁴. Moreover, the Cullen-Couture Agreements vis-à-vis this matter were signed with Quebec during his final mandate as Prime Minister, so it is incomprehensible that he rejected the extension to other provinces of a model that was conceived when he was in power. In relation to spending power, the federal government cannot surrender a power that does not exist constitutionally and which directly affects the provinces own competences.

¹⁸³ This article was simultaneously published in the *Toronto Star* and *La Presse* on May 27 1987 under the title “*Say Goodbye to the dream of one Canada*”. In the same sense TRUDEAU (1989): 60-99.

¹⁸⁴ On concurrent powers see LEDERMAN (1963): 185-199, and the chapter on competence in this work.

For TRUDEAU, the Lake Meech Accord would transform Canada into a “powerless state”, turning Quebec into a Francophone ghetto. Behind this apocalyptic vision of the future of the federation lies a defence of multiculturalism as a characteristic of Canadian identity, and the fear that the Charter of Rights and Freedoms should see its scope undermined by its interpretation in the light of the distinct society clause.

TRUDEAU was echoed by other collectives, such as feminists and the First Nations, whose demands were not satisfied in the Accord. The criticism by feminist groups was the subject of particular controversy, since their opposition to the distinct society clause was based upon the fact that the latter might undermine equality between men and women¹⁸⁵. Some collectives even went so far as to suggest that the government of Quebec would violate women’s rights in order to increase the population and perpetuate Francophone society. These accusations, rejected by the women’s collectives in Quebec, concealed a profound ignorance of Quebecois society that materialised in a sentiment of rejection of the latter. For their part, the First Nations defended their position as founding people in equality with the Anglophone and Francophone communities, and revealed their suspicion that the distinct society clause might permit Quebec not to respect some of the rights contained in the Charter of Rights and Freedoms¹⁸⁶.

8.2. The escalation of the linguistic battle: Ford v. Quebec

Amidst this maelstrom of criticism and distrust of the Accord came the Supreme Court’s ruling on the ban on the use of commercial signs in any language other than French in Quebec; the so-called *Ford case*¹⁸⁷.

In its resolution of the issue, the Supreme Court had to determine whether the appellants were in possession of a constitutionally protected right to use signage in the language of their choice, English in this case, or whether the commercial nature of this expression stripped this right of constitutional protection. The constitutional effect is not considered to be a factor of exclusion from constitutional protection, as this would be contrary to the Court’s doctrine of applying a broad and liberal interpretation of the

¹⁸⁵ MANFREDI (2004): 43-48.

¹⁸⁶ HALL (1989): 439-445.

¹⁸⁷ *Ford v Quebec* (AG), [1988] 2 S.C.R. 712.

rights contained in the Charter¹⁸⁸. Therefore, the Court considered that this was a limitation of the right to freedom of expression contained in section 2.b of the Charter of Rights and Freedoms, and of the same guarantee contained in section 3 of the Quebecois Charter of Rights¹⁸⁹.

Upon determination of the existence of the limitation of a right, it is necessary to resolve whether this is justified within a free and democratic society in the light of the first article of the Charter. While the Court understands that the intention of guaranteeing the French *visage linguistique* is a legitimate aspiration given the social reality of Quebec, it cannot accept that the ban on using a language other than French in commercial signage is a proportionate measure in order to achieve this objective¹⁹⁰. Sections 58 and 69 of *Loi 101* contained an outright ban on using signs in any language except French, as a result of which businesses' rights to freedom of expression were completely restricted. This restriction cannot be accepted in a democratic society, however much value is attached to the protection of French as the true language of Quebec, as this measure does not pass the test of proportionality. The Court itself shows the Francophone province the way forward, declaring that a law requiring the predominance of French, but permitting the use of signs in other languages, would indeed be in conformity with the Charter. The justices stress that a law of this nature would continue to fulfil the objective of *Loi 101* of maintaining Quebec society's particular *visage linguistique*¹⁹¹.

This SC decision had profound consequences for Quebec's linguistic policy. The exclusivity of French in commercial signage was prohibited as it violated the freedom of expression contained in the Charter, making it possible to require by law a predominance of French on signs, though the use of other languages must be permitted. The fact that the Court indicated an example of a law in conformity with the Charter is not insignificant. In doing so, the Court was recommending to the Quebec authorities the way of redirecting the situation, enjoining the government of the Francophone province to modify the law so as to render it compatible with the Charter without resorting to the *notwithstanding clause* of section 33 of the 1982 Constitution .

However, the Quebec government's reaction was fast and furious. It proceeded to amend *Loi 101* with minimal modifications, and protected the latter against the

¹⁸⁸ *Ibidem*. pp. 766-767.

¹⁸⁹ *Charte des droits et libertés de la personne. L.R.Q., chap. C-12.*

¹⁹⁰ *Ford v. Quebec*, pp. 779-780.

¹⁹¹ *Ibidem*. p. 780.

ruling, invoking the *notwithstanding clause*, ignoring the Supreme Court's indications¹⁹². The application of the *notwithstanding clause* was nothing new in Quebec, but combined with the declaration that the *Parti québécois* introduced into the existing laws in the province after the entry into force of the 1982 Constitution. This practice ended on December 2, 1985 with the return to power of the Liberal Party, which decided to conclude the practice of including the clause in all legal texts, and not to renew the generic incorporation of the *notwithstanding clause* upon expiration of the five-year period established by the Constitution¹⁹³. Although the new Liberal government did not continue with the PQ's policy with regard to user of section 33, BOURASSA employed the *notwithstanding clause* on a total of 12 occasions¹⁹⁴.

On the one hand, the government of Quebec attempted to adapt *Loi 101* to the Supreme Court's demands, derogating section 69, relating to the business name, and introducing small modifications in section 58, which regulated outside advertising¹⁹⁵. It maintained the ban on using signs in languages other than French, but permitted signage in other languages inside commercial establishments provided French was predominant. The derogation of section 69 was a worthless gesture, as its content –the obligation to register business names in French in Quebec– was transferred to section 68. Only a few exceptions were added allowing a business name to be in other languages if there was no French equivalent. The modifications introduced by Law 178 did not comply with the Supreme Court's mandate, as, although section 69 was derogated and section 68 amended, there was no significant alteration of section 58, maintaining the ban on non-French signs outside businesses, an aspect that had been expressly rejected by the Court. To avoid further criticism by the Supreme Court, Law 178 again resorted to the *notwithstanding clause* of section 33 of the 1982 Constitution to exempt sections 58 and 68 of *Loi 101* from the application of sections 2.b and 15 of the Charter¹⁹⁶.

¹⁹² *Loi modifiant la Charte de la langue française* of December 22, 1988, adopted seven days after publication of the Supreme Court ruling in the *Ford* case.

¹⁹³ *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* L.R.Q., chap. L-4.2. The exception was made in relation to the rights contained in the Charter of Rights and freedoms, not the Quebecois charter, as the aim was to protest against the constitutional *patriation* undertaken without the consent of the National Assembly of Quebec.

¹⁹⁴ Of these 12 occasions – apart from the aforementioned case subsequent to the *Ford* case ruling–, 6 were in the field of education (fundamentally in matters of religion), 4 concerned the different treatment of men and women in the Quebecois pension plan, and one in agriculture with regard to discrimination for reasons of age.

¹⁹⁵ *Loi 178 - Loi modifiant la Charte de la langue française. (LQ 1988, c 54).*

¹⁹⁶ Both articles were also applied with the exception of what was set out in sections 3 and 10 of the Quebecois Charter of Rights..

In 1993, on completion of the five years' validity of the *notwithstanding clause*, to protect *Loi 101*, the National Assembly decided not to re-enact the declaration and proceeded to modify the law in order to adapt it to the Supreme Court ruling. The obligation of using signage in French outside businesses was lifted and replaced by the requirement that French signage should predominate, permitting the use of other languages too¹⁹⁷. The use of a business name in another language was also permitted provided that French was attributed equivalent importance¹⁹⁸. Thus, the use of the *notwithstanding* came to an end and the law was adapted to make it compatible with the Charter of Rights and Freedoms and with the respective Quebecois Charter. A decisive factor in the decision not to renew the exemption from application of the Charter was the opinion of the UN Human Rights Committee in the so-called Ballantyne case¹⁹⁹. The majority of the Committee concluded that the provisions in *Loi 101* related to outside signage of businesses protected by the *notwithstanding clause* violated the right to freedom of expression as they did not permit any person to express themselves freely in the language of their choice. This ruling damaged Quebec's international image, which contributed to the province changing its way of addressing the linguistic issue²⁰⁰.

Quebec needed five years, an international condemnation and the unanimous rejection of Anglophone Canada –constitutional agreement included– to comply with the Ford case ruling. The *notwithstanding clause*, challenged from various sectors, made it possible to resolve the crisis in the long term. The Quebec government was able to demonstrate its willingness to defend the French language without the need for a disruptive measure that advocated unilateral secession, so that for the duration of the declaration it was possible to redirect tensions in order to reach a solution that was satisfactory and respectful of the Charter. Nonetheless, some refused to accept it, and PARIZEAU declared that the Liberal Party would have to go “over my dead body” to modify the ban on signage in a language other than French, an aspect he regarded as a frontal attack on the French language²⁰¹.

¹⁹⁷ *Loi 86 - Loi modifiant la charte de la langue française, 1993*, sections 18 y 19.

¹⁹⁸ *Ibidem.* section 22.

¹⁹⁹ *Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada, Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, U.N. Doc. CPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1 (1993).*

²⁰⁰ *La Presse*, May 7, 1993, p.1, A2 and B1.

²⁰¹ *Ibidem.*

8.3. What does Canada want?, the isolation continues

Recourse to the *notwithstanding clause* to protect *Loi 101* enjoyed wide support in Quebecois Francophone society, while it was almost unanimously rejected outside Quebec in the midst of the ratification of the Lake Meech Accord. This conflict further complicated ratification of the Accord in the remaining provinces: Manitoba and Newfoundland.

Manitoba suspended parliamentary processing of the provincial law relating to the adoption of the Accord after Quebec's introduction of the *notwithstanding clause*, arguing that this went against the spirit of the Accord. The recently elected government of this province had maintained during the electoral campaign that the constitutional agreement would mean granting more powers to one province, Quebec, at the expense of others, which violated the principle of provincial equality. In the light of the terms of the accord, this affirmation is doubly false. All the constitutional amendments introduced in the 1987 Accord were applicable for all the provinces that so wished. Consequently, if the province of Manitoba saw fit, it could exercise its right of withdrawal in shared-cost programmes, and obtain increased powers in the field of immigration. Neither did anything preclude its participation in future appointments of senators or Supreme Court magistrates by means of proposing candidates to the federal government. Only the distinct society clause was exclusively applicable in Quebec, though it in no way undermined the competences of the other provinces, an aspect expressly guaranteed in paragraph four of section 1. The strong opposition of the First Nations was decisive, as one of the representatives of this community, the MP Elijah HARPER, prevented the Assembly of this province from voting on the accord before expiration of the three-year deadline for its ratification²⁰². In view of the failure in Manitoba, the Legislative Assembly of Newfoundland did not hold a vote, confirming the demise of the Lake Meech Accord.

Three years after it was signed, and with federal approval and that of eight of the ten provinces, representing 96% of the population of Canada, the accord failed, burying any hopes that the province of Quebec might be reintegrated into the constitutional consensus. This failure prompted a deep sense of gloom and disappointment in Quebec reflected in these words spoken by BOURASSA before the National Assembly:

²⁰² The Assembly of Manitoba demanded the holding of a process of public consultation before voting on the Accord. In order to avoid this step the unanimous consensus of the provincial Parliament was required, which was not possible due to HARPER's refusal.

*Le Canada anglais doit comprendre de façon très claire que, quoi qu'on dise et quoi qu'on fasse, le Québec est, aujourd'hui et pour toujours, une société distincte, libre et capable d'assumer son destin et son développement*²⁰³.

In his reply, the leader of the PQ, PARIZEAU, without attempting to conceal his dislike of the accord, made it clear that rejection of the latter was confirmation of the fact that constitutional reform as a mechanism of accommodation for Quebec was a dead-end²⁰⁴. Therefore, he called on the Liberal government to join forces with the PQ in search of another means of guaranteeing the fulfilment of the aspirations of the people of Quebec.

8.4. The final attempt: the Charlottetown constitutional round

The search for solutions that would satisfy Quebec's constitutional aspirations was not long in coming. Only three months after the failure of the Lake Meech Accord, the National Assembly set up the Belanger-Campeau Commission with the objective of redressing this failure. In their report, the members of the Commission concluded that Quebec must decide its own constitutional future, though they did not clarify exactly what they understood that concept to mean²⁰⁵. They did reach an agreement on the need to proceed towards the latter along two different paths. The first of these was the proclamation of Quebec's sovereignty, thus confirming the province's capacity to decide its own future. The federal government complied with this recommendation via approval of Law 150, which made it obligatory to hold a referendum on this question within a date range established in the same text²⁰⁶. In the event of the electorate supporting the proposal, sovereignty would enter into force one year after the referendum. The sovereignty of Quebec meant the province's secession from the rest of Canada, breaking the heretofore existing federal framework and proclaiming a sovereign state.

The second path involved a variation in Quebec's position within the federation, in other words, a reform of the federal system following the model of the Lake Meech Accord. The main novelty regarding this stance lay in the fact that the Belanger-Campeau Commission's report indicated that Quebec should not negotiate directly with the federal government, but should only respond to the proposals formulated by the

²⁰³ *Debats de l'Assemblée Nationale*, 22 de junio de 1990, p. 4134.

²⁰⁴ *Ibidem*. p. 4135.

²⁰⁵ RUSSELL (1993): 162.

²⁰⁶ *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*. 20 juin 1991. Chapitre 34.

latter²⁰⁷. This observation is particularly relevant insofar as it represents an inversion of the negotiating position. Quebec declined to take the initiative when it came to opening a new round of negotiations, leaving this responsibility to the federal government if it wished to maintain the Francophone province in the federation. This aspect involved the prioritisation of the option of sovereignty over the federalist solution, as the latter was left at the mercy of the federal government. The subordination of the federal path to an offer by the federal government of a better accommodation of Quebec within the federation was a consequence of the commitments made by the latter during the 1980 referendum campaign. Given that these were not fulfilled, resulting in the *patriation* of the Constitution without the National Assembly's approval, the province opted not to participate in further constitutional negotiations unless the federal government demonstrated its express willingness to reach an agreement presenting its offers of accommodation for Quebec.

With the adoption of Law 150 and the corresponding establishment of a deadline for holding a referendum on Quebec's sovereignty, the National Assembly determined the time available to the federal government in which to present its proposal for improved accommodation of Quebec within the federation. Despite the lack of enthusiasm generated by the resumption of constitutional negotiations, Law 150 left the federal government with no choice but to fully involve itself in the task in order to prevent the victory of the sovereigntist option in the referendum²⁰⁸. The approach taken was radically different from that of the Lake Meech Accord, in the hope of avoiding the mistakes that led to the failure of the latter.

The first step was the holding of a series of public consultations, organised by MULRONEY's federal government, with the aim of involving citizens in the process and hearing their proposals, thus reinforcing the democratic legitimacy of the referendum. These consultations were held at both federal and provincial level in the quest to integrate all sensibilities. The federal government paid special attention to the First Nations, which had directly opposed the Lake Meech Accord, setting up a parliamentary commission to study this community's demands²⁰⁹. These successive consultations evidenced a significant change vis-à-vis the previous process. The number of players had increased, with the involvement of new actors like the territories or the First

²⁰⁷ VERRELLI (2012): 166.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ RUSSELL (1993): 169.

Nations. Moreover, the public hearings also showed that the time had come to end the executive federalism in which the elites decided the content of the reform without consulting the people²¹⁰.

After the period of consultations, multilateral negotiations began in which the substance of the constitutional reform was addressed. Initially, working groups were formed to discuss the main issues: the division of powers, the indigenous question, social and economic union, the amendment formula and the unity and diversity of the federation. On the basis of the work undertaken by these groups, the federal government called a Conference of Prime Ministers – presided over by former Prime Minister and current *Minister for Constitutional Affairs*, Joe CLARK – to discuss the final aspects of the agreement. This was formed by the provincial and territorial leaders, and by representatives of the federal government and of the First Nations. At the Conference, no representative of Quebec was present, following the established line of waiting for a firm proposal from the rest of Canada to be negotiated. Finally, at the beginning of July 1992, only three months prior to the deadline for the referendum, a text was agreed upon, known as the Pearson Accord, which would be presented to Quebec at a future inter-governmental conference.

A month later, with Quebec now present, the final negotiations took place – presided over by the Prime Minister – which led to the Charlottetown Accord, different in structure to that of Lake Meech. The model of an articulated text that included the new formulation of the articles amended was abandoned in pursuit of a document detailing the constitutional modifications to be introduced, and the reasons behind these changes. The adoption of a more didactic approach than in the case of the Lake Meech Accord appeared to respond to the need to transmit to the general public the *raison d'être* of the accord in order to obtain popular support for its ratification. The Charlottetown Accord was divided into five main blocks, following the structure established in the working groups that defined the contents of the agreement.

The first of these, entitled Unity and Diversity, established eight fundamental values that should guide legal interpretation of both the Constitution and the Charter of Rights and Freedoms²¹¹. This clause was the product of the work of the considerable

²¹⁰ STEIN (1997): 313-326.

²¹¹ The values that should guide interpretation were as follows: a) *Canada is a democracy committed to a parliamentary and federal system of government and to the rule of law;* b) *The Aboriginal peoples of Canada, being the first peoples this land, to govern have the right to promote their languages, cultures and traditions and to ensure the integrity of their societies, and their governments constitute one of the*

number of actors involved in the negotiations in the quest to satisfy certain collectives, like the First Nations or the feminist associations that had been very critical of the Lake Meech Accord²¹². Meanwhile, the clause bore witness to Quebec's loss of initiative and negotiating power in the process, which aroused little or no interest in the Francophone province.

One of these values was Quebec's status as "distinct society", somewhat diluted alongside recognition of Canada's indigenous origins²¹³ and equality between men and women. This dilution is more relevant if one bears in mind that most of the new essential characteristics of Canada were already present in other parts of the constitutional text, something that did not occur with the distinct society clause, and the case of the federal principle in the preamble or equality between men and women in section 28 of the Charter of Rights and Freedoms.

The distinct society clause was restricted to two characteristics, the Francophone majority and the singularity of the civil law system in Quebec, in what appeared to be an attempt to reduce its scope²¹⁴. Furthermore, this clause could lose part of its significance when interpreted by the courts given that some of the values included in this list might serve to counterbalance it. In particular, the obligation to ensure the vitality and the development of the minority language, and the recognition of the equality of the provinces, were conceived as modulating elements of the distinct society clause.

The institutional block included the provisions relating to reform of the Senate and the Supreme Court. The strategy broke with what had been agreed in the Lake Meech Accord, opting for an elected Senate where the provinces were represented on an equal footing. This equality of the provinces meant doing away with the single federal institution where Canadian duality continued to be valid. The western provinces saw

three orders of government in Canada; c) Quebec constitutes within Canada a distinct society, which includes a French-speaking majority, a unique culture and a civil law tradition; d) Canadians and their governments are committed to the vitality and development of official language of minority communities throughout Canada; e) Canadians are committed to racial and ethnic equality in a society that includes citizens from many lands who have contributed, continue to contribute, to the building of a strong Canada that reflects its cultural and racial diversity; f) Canadians are committed to a respect for individual and collective human rights and freedoms of all people; g) Canadians are committed to the equality of female and male persons; and h) Canadians confirm the principle of the equality of the provinces at the same time as recognising their diverse characteristics.

²¹² COLE (1993): 644-645.

²¹³ Section 1.2.b of the Charlottetown Accord recognised the indigenous communities as the first inhabitants of Canada, and their institutions as a pillar of government along with the provincial and federal levels.

²¹⁴ BOISMENU (1993): 52

one of their main demands satisfied at the expense of Quebec, whose position was considerably weakened. With the aim of compensating for this loss of power and influence, the number of MPs in the House of Commons was increased, assigning additional representatives to Ontario and Quebec, given their status as more populated provinces. This was no more than a stopgap solution. In view of the decline in Quebec's population in contrast with the growth in other parts of the federation, a guarantee was established whereby Quebec would have at least 25% of the representatives in the House.

The reform of the Senate contained a novel aspect: the need for a double majority in matters that particularly affected the French linguistic or cultural community²¹⁵. In order for these to be approved, it would be necessary to obtain a majority in both the Chamber as a whole and among the Francophone Senators. This measure was intended to safeguard French language and culture throughout Canada, beyond Quebec's borders. With regard to the Supreme Court and the Conferences of Prime Ministers, the reform followed along the lines of the Lake Meech Accord, introducing minor changes vis-à-vis the role of the territories and the First Nations in these institutions.

The chapter concerning the distribution of competences barely contained any significant measures, featuring only cosmetic changes. The federal government undertook to design a legal framework upon which use of spending power would be based, maintaining reasonable compensation for any province that chose not to participate in a future program, providing it established its own in line with the national objectives set by the federal government. Federal reserve and disallowance powers, which had fallen into disuse years earlier, were also eliminated. On the issue of immigration, the accord called on the federal government to negotiate with the provinces that wished to assume the competence, dispensing with the agreements reached at Lake Meech with regard to Quebec. Thus, this block did not respond to any of Quebec's demands, merely introducing minor variations of no real worth, beyond that of constitutionalising the federal invasion of exclusively provincial competences²¹⁶.

One of the most novel aspects was that of addressing for the first time the role of the First Nations, regarding these communities as constitutional actors in their own

²¹⁵ STILBORN (2003): 48-51.

²¹⁶ GAGNON and ROCHER (1992): 122-124.

right²¹⁷. However, most of the rights relating to the self-rule of this community had yet to be defined. The accord confined itself to placing the emphasis on the application of the Charter of Rights and Freedoms to the indigenous governments and the latter's obligation to provide public services comparable by those offered by the federal government and the provinces to their citizens. At the request of the provincial leaders, among them the Prime Minister of Quebec, the constitutional provisions relating to the First Nations could not lead to a modification of existing treaties, and there was confirmation of the primacy of provincial laws over indigenous rights in the event of a dispute. Although this represented considerable progress in the recognition of the rights of the First Nations, most of the rights and powers granted to these communities were uncertain and vague²¹⁸.

Finally, the negotiating parties agreed to maintain the formula of constitutional amendment established in 1982, adding the modifications relating to the Senate to the list of matters that required provincial unanimity. Also included was the principle that it would be necessary to obtain the consent of the indigenous communities when reforming any matter that directly affected them. The maintenance of the existing amendment formula supposed the non-existence of a right of veto for Quebec, which was in line with the value of equality between all the provinces included in the first part of the accord.

8.5. Popular rejection of the Accord and the end of the constitutional path

The attempt to win popular support for the reform project was aimed at avoiding a delay in the ratification process, and at involving citizens and moving away from executive federalism²¹⁹. Although the referendum was consultative, and therefore not binding, the provincial parliaments were very unlikely to oppose popular will by refusing to ratify the vote. The referendum was regulated by a federal law in all the provinces, with the exception of Quebec which has its own law. In the Anglophone provinces the "yes" was supported by the three parties present in the House: the governing Progressive-Conservatives, the Liberals and the NDP. Opposed to the accord were the conservatives of *Reform* and the Liberals of British Columbia, who were not part of the federal Liberal Party. In Quebec's case, the PLQ argued in favour of

²¹⁷ CAIRNS (1994): 49-60.

²¹⁸ LONG and CHISTE (1993): 156-160.

²¹⁹ STEIN (1993): 88-93.

adoption of the accord, while the PQ opposed it. As had occurred at Lake Meech, numerous organisations positioned themselves for and against the reform project, though on this occasion their mission was not to influence the political classes, but the voters. Finally the Accord was rejected by 54.3% of the voters with a 71.8% turnout. Only four provinces and one territory supported it²²⁰. In the province of Quebec the accord was rejected by 56.7% of voters with a turnout of over 80%, the highest in any of the provinces. This is the first, and to date the only time in history that the vote of the province of Quebec has coincided with that of the whole of Canada in a referendum at a national level²²¹.

There were many reasons for the rejection of the Accord. The low popularity of the leaders turned the campaign into a personal plebiscite, an aspect exploited in particular by the conservatives of the *Reform Party*, political rivals of MULRONEY in the same electoral space²²². This party had a lot of influence in the west. In fact, rejection of the Accord grouped together over 60% of the electorate in Alberta, British Columbia and Manitoba, where it campaigned against some specific aspects of the accord such as the guarantee of 25% of representation in the Commons for Quebec. Paradoxically, this aspect had not been requested by the Francophone province²²³. This had been introduced as a counterbalance to Quebec's loss of influence in the Senate in favour of the western provinces. In the province of Quebec the PQ led the campaign against the Accord, considering that it did not respond to the demands of Quebec society. The benefits for Quebec of the Charlottetown Accord were inferior to those achieved at Lake Meech. Of the five proposals issued by Quebec years earlier, only the one relating to the Supreme Court was fully complied with. The distinct society clause became part of the Constitution, but its impact was reduced by other clarifications that undermined its value. The right of veto was excluded from the Accord, while concessions in the fields of immigration and spending power were similar to those of Lake Meech, failing fully to satisfy Quebec's aspirations in either of these spheres²²⁴.

The reform's failure signalled the end of the constitutional path as a means of integrating Quebec and achieving ratification of the 1982 by the National Assembly.

²²⁰ The voters of New Brunswick, Ontario, Newfoundland, Prince Edward Island and the Northwest Territories voted in favour of the Accord, while it was rejected in Alberta, British Columbia, Manitoba, Saskatchewan, Nova Scotia, Quebec and Yukon.

²²¹ TAILLON (2014a): 152-155.

²²² MCROBERTS (1997): 217.

²²³ JOHNSTON (1993): 44.

²²⁴ GAGNON and ROCHER (1992): 125.

The defeat of the Charlottetown Accord was followed by the elections held during the next two years. The Liberals returned to power after the 1993 elections under CHRÉTIEN's leadership, with the Bloc *québécois* becoming the main opposition party owing to the division within the Conservative camp. In 1994 the National Assembly was renewed, when the PQ returned to power with a programme advocating an immediate referendum on Quebec's sovereignty.

9. CANADA FACING THE ABYSS: THE 1995 REFERENDUM

The failure of the Lake Meech and Charlottetown constitutional rounds reinforced the sovereignist arguments of the PQ, for whom the constitutional road was a dead-end, which could not satisfy Quebec's aspirations to self-rule²²⁵. The discontent of Quebec society with the lack of understanding and sensibility shown by the rest of Canada vis-à-vis the Quebecois "difference" had been increasing since the constitutional *patriation* of 1982. The failures of both rounds of constitutional negotiations fuelled the feelings of isolation and rejection, though they were different. While the Lake Meech Accord was especially designed for Quebec, which played an active part during the negotiations, the Charlottetown Accord sought to respond to the demands of other collectives, evidencing Quebec's lack of influence within the federation²²⁶.

The PQ's election manifesto left no doubt as to its stance in this respect. The party's main objective was the democratic attainment of Quebec's sovereignty, in other words, the staging of a referendum to this end. The first article of the manifesto explained what was understood by sovereignty. This was structured into three main vectors: collection and administration by Quebec of all the taxes and duties raised in the province; the National Assembly's capacity to conclude international treaties; and the application in Quebec only of laws passed by the Assembly.

These three vectors meant breaking federal ties with Canada, given their incompatibility with the fundamental characteristics of a compound state. They highlighted the PQ's conception of the statehood of Quebec, which was projected on three levels: legal, economic and international. The legal aspect involved the exercise of total self-rule, in such a way that only laws directly approved by the National Assembly would be valid in the province, which represented a disconnection from Canadian

²²⁵ PARTI QUÉBÉCOIS (1994): 12.

²²⁶ BURGESS (1993) 369-371.

legality. At an economic level the aim was to achieve complete financial autonomy, making it possible to develop public policies without the restrictions of the federal model, in an explicit reference to the spending power. The third and final level was the international one. This was presented as the expression of sovereignty, while permitting the recognition of Quebec as a French society in cultural and linguistic terms.

The PQ's programme was crystal clear in this respect: the party's victory would represent a mandate to prepare the accession to sovereignty, which would take the form of a referendum called for this purpose²²⁷. The period prior to the latter would be spent negotiating an agreement with the rest of Canada that would make it possible to maintain economic and monetary union, and the free circulation of goods and people. As in 1980, the PQ modulated the economic aspect, opting to maintain a series of ties with Canada. These ties meant the limitation of one of the features of sovereignty that the party itself had defined. The objective of economic association with Canada seemed to be to avoid the possible economic and financial turbulence that might result from a process of secession, whilst enabling Quebec to remain in the NAFTA, a treaty in which it would cease to participate if it became independent and which was of vital importance to its agricultural sector²²⁸. The offer of an agreement on economic association also had a political backdrop, as it was an indispensable condition if the "yes" vote were to have a chance of winning. If there were a direct proposal of independence, without any economic links with the rest of Canada, the possibilities of a victory of the sovereignist option were significantly reduced.

The National Assembly passed *Loi 1*, a law on the future of Quebec that would enter into force following the victory of the sovereignist option in the referendum scheduled for October 30, 1995²²⁹. This law contained in its preamble a declaration of sovereignty, with reference to the impossibility of reforming Canadian federalism so as to right the wrongs suffered by Quebec since the *patriation* of 1982. This law authorised the National Assembly to proclaim the self-determination of Quebec, and to negotiate a treaty of association with Canada. In addition, it established the basis of a new Constitution for Quebec, while it contemplated a series of transitory provisions until its definitive adoption.

²²⁷ PARTI QUÉBÉCOIS (1994): 16.

²²⁸ KEATING (1997): 705-706.

²²⁹ *Projet de loi no. 1, Loi sur l'avenir du Québec*, 1995.

In order for *Loi 1* to enter into force, it was necessary to approve the association agreement with Canada, which was included in an annex, or demonstrate Canada's unwillingness to reach this agreement. The confirmation of Canada's unwillingness to negotiate an agreement was designed as a legal loophole that would enable Quebec to declare unilateral secession, without needing to complete a process of negotiation. Demanding conditions that were unacceptable to the federation would be sufficient to block the process and cite that blocking as an unwillingness to reach an agreement²³⁰.

The question was worded as follows: *Acceptez-vous que le Québec devienne souverain, après avoir offert formellement au Canada un nouveau partenariat économique et politique, dans le cadre du projet de loi sur l'avenir du Québec et de l'entente signée le 12 juin 1995?*

This formulation was ambiguous, as the electorate was not asked directly about the possibility of separation from Canada. The terms independence or secession were avoided, in pursuit of the notion of sovereignty. Furthermore, the latter was conditional upon the aforementioned formal offer of a new association agreement with Canada. The question only referred to the need to make the offer, without any mention of whether negotiations should be opened or the result thereof.

Given that the referendum campaign was regulated by Quebecois law, initially it was conducted in the main by Quebec's leaders. The defenders of the "yes vote" were led by Quebec's Premier PARIZEAU, while the "no" campaign was headed by Daniel JOHNSON Jr., leader of the PLQ. The early weeks of the campaign were dominated by economic issues, in particular the permanence of a hypothetical state of Quebec in the NAFTA. Most of the polls predicted a victory for the opponents of secession, a trend that began to be reversed when BOUCHARD, leader of the BQ, was appointed as negotiator of the future association agreement with Canada, replacing PARIZEAU as de facto leader of the "yes vote"²³¹. BOUCHARD was very popular with the Quebec electorate, and contributed negotiating experience thanks to his past in the federal government and as negotiator at Lake Meech. As in 1980, the federal government promised to reform the federal model in order to improve Quebec's position, in particular the adoption of the distinct society clause, which took place after the

²³⁰ HÉBERT and LAPIERRE (2014): 39-56 show how PARIZEAU intended to use this possibility to declare unilateral independence in the event of victory, an aspect that was not shared by DUMONT and BOUCHARD.

²³¹ CLOUTIER (1995): 36-39. In the opposite sense, FOX, ANDERSEN and DUBONNET; 419-423 play down BOUCHARD's influence, as their analysis does not conclude that he increased the "yes vote", though he maintained the upward trend of this option in the polls.

referendum²³². This aspect was new, for Prime Minister CHRÉTIEN had opposed it during the Lake Meech negotiations. The last phase of the campaign was marked by the *Unity Rally*, a gathering of Canadians from other provinces in support of the “no vote”, defeat of which was projected by the polls. This campaign, financed by companies from outside Quebec, was in violation of provincial electoral law, and heightened tensions between Quebec and Anglophone Canada.

In the end, the result contradicted the polls²³³, with a victory of the “no vote” with 50.58% against 49.42%, a difference of fewer than 55,000 votes with a turnout of over 93%²³⁴.

Although Canada had avoided the disintegration of the federation, Quebec society had never been more polarised. For many sovereignists it was a sweet defeat, as they believed it was only a matter of time before they achieved a majority in favour of independence²³⁵. The federation had just experienced the most critical moment in its history, with its integrity severely threatened if it did not succeed in accommodating Quebec society. After the failure of the constitutional path, the federal forces would have to work extremely hard to find other means of satisfying Quebec’s needs if they wished to avoid another referendum.

²³² PÉREZ TREMPES (2004): 22-23. *House of Commons Debates, 35th Parliament, 1st Session*: Vol. 133, No. 267 p. 16971. The text of the motion presented was as follows: *Whereas the People of Quebec have expressed the desire for recognition of Quebec's distinct society;*

(1) the House recognize that Quebec is a distinct society within Canada;

(2) the House recognize that Quebec's distinct society includes its French-speaking majority, unique culture and civil law tradition;

(3) the House undertake to be guided by this reality;

(4) the House encourage all components of the legislative and executive branches of government to take note of this recognition and be guided in their conduct accordingly.

²³³ As is noted by FOX, ANDERSEN and DUBONNET: 414, all the polls published in the ten days prior to the referendum predicted a victory for the “yes vote”.

²³⁴ For a detailed analysis of the results, including the distribution by region and language, vid. GAGNON y LACHAPPELLE (1996): 177-191.

²³⁵ LÓPEZ BASAGUREN (2013): 64-65.

CHAPTER II

IN SEARCH OF A WAYOUT TO THE CONSTITUTIONAL CRISIS. DIFFICULTIES AND CHALLENGES IN THE INTEGRATION OF QUEBEC

Following the defeat of the secessionist option in the referendum, and given the obvious strength of the sovereigntist movement, the federal government devoted its immediate efforts towards a clear objective: avoiding, or at least, hindering as far as possible, the holding of a new consultation. To this end, the Liberal government of CHRÉTIEN appointed as Minister of Intergovernmental Relations political scientist Stéphane DION, who would be responsible for directing the government response to the secessionist challenge. This response, which would combine both legal and judicial measures, would seek to avoid the threat of another constitutional crisis resulting from another referendum that might lead to a unilateral process of independence. This strategy was divided into two parts, revealing the different sensibilities that coexisted within the Cabinet. Plan A, defended by Economy Minister Paul MARTIN, advocated a soft line with the sovereigntists, and was heir to the promises made during the campaign prior to the 1995 referendum. It consisted in masking minor concessions to Quebec, which, without jeopardising the unity of Canada, represented taking steps in favour of recognition of the “Quebecois difference”. Meanwhile, CHRÉTIEN and DION advocated a tougher approach in combatting the secessionist movement in order to prevent a new referendum: Plan B.

1. THE FINAL PIECE OF PLAN A: THE *CONSTITUTIONAL AMENDMENTS ACT*

In a period described by CAMERON as “post-referendum panic”, the federal government opted for a series of gradual concessions to Quebec with the aim of reducing secessionist tension¹. The most significant was the Constitutional amendments Act. As we have seen, the origins of the secessionist tensions dated back to the *patriation* of the 1982 Constitution, which occurred without Quebec’s approval and, to this day, continues to lack the express support of the National Assembly.

In the quest to avoid further amendments of the Constitution without Quebec’s consent leading to an increase in secessionist tension, the federal government rescued the idea of granting a right of veto to Quebec. This approach was nothing new on the Canadian constitutional scene, being one of the points demanded by BOURASSA if the

¹ CAMERON (1998): 321.

National Assembly were to approve the 1982 Constitution. The idea was picked up again at the constitutional conferences of Lake Meech and Charlottetown, with neither of the two crystallising; similarly unsuccessful was the attempt to have the Supreme Court declare the existence of a right of veto on the part of Quebec, as conditions were not met that make it possible to interpret the existence of a constitutional convention in this respect. Nonetheless, the provincial government decided to ignore these precedents and chose a formula of regional veto similar in nature to that contained in the *Victoria Charter*. A system of regional veto has the advantage of granting Quebec a right of veto without this being interpreted as a privilege for the Francophone province or injurious to the others. A combination, thus, of two seemingly incompatible values: a right to veto for Quebec in constitutional matters and equality between the provinces.

The regional veto did not involve any amendment of the Constitution, but was introduced via an infra-constitutional legal text². The Law prohibits a Minister of the Crown from proposing a motion for a resolution to authorize an amendment to the Constitution before Parliament without previous consent from Ontario, Quebec, British Columbia, two or more Atlantic provinces that represent at least 50% of the population of that region and two or more Prairie provinces that together represent at least 50% of the region. Excluded from the regional veto are those constitutional amendments regulated by sections 41 or 43 of the 1982 Constitution, in other words, those requiring unanimity, and those regulated by section 38.3, with regard to the right of opt-out. Thus, the procedure regulated by this law is only applicable for those matters subject to the general amending formula. PELLETIER refers in his work to several of the key matters that he considers to be affected by the regional veto, which are particularly relevant to the accommodation of Quebec within the federation³. Prominent among these matters are the adoption of a “Canada clause” similar to the one contained in the Charlottetown Accord or a distinct society clause reflecting Quebec’s singular characteristics. The possible introduction of both provisions would be regulated by the general procedure and, therefore, the regional veto would be applicable to both. Other matters contemplated in the two failed rounds of constitutional negotiations such as the limitation of spending power, the obligation to convene intergovernmental conferences or social union would also be covered by the regional veto.

² *An Act respecting constitutional amendments* (S.C. 1996, c. 1).

³ PELLETIER (1996): 329-331.

Under the Act respecting constitutional amendments, Canada is divided into five regions, each granted a right of veto. This division is new, as for the first time British Columbia is considered to be a region in itself, detached from the western provinces and put on the same level as Ontario and Quebec. This means the creation of a Prairie region formed by Alberta, Saskatchewan and Manitoba, an aspect that implies a right of veto for Alberta given that its population is larger than that of the other two provinces combined⁴. This new sub-division represents a variation of the model outlined in the *Victoria Charter*, which conceived of British Columbia as just one more western province. The other modification vis-à-vis that model is that of including a population requirement for the Atlantic Provinces, which was not contemplated in the *Victoria Charter*. The regional veto signifies an acknowledgement of the strength of the west within the federation, which has traditionally been dominated by the two central provinces, Ontario y Quebec.

The articulation of the right of veto via an ordinary federal statute and not a constitutional amendment, means that this right does not affect the reform mechanisms contained in Part V of the 1982 Constitution, which remain unchanged. PELLETIER argues that this fact results in Constitutional Amendment Act being subject to judicial interpretation, and probably inapplicable in the event of an attempt to undertake a constitutional amendment that respected the constitutional text while ignoring the regional veto⁵. Its infra-constitutional nature led some authors like TREMBLAY or WHYTE⁶ to defend the unconstitutionality of the Act during the committee stage, considering that it implied an indirect amendment of the Constitution. This claim was rejected in the same forum by, among others, MONAHAN and RYAN⁷ who were of the

⁴ WOEHLING (1998): 339. This right of veto for Alberta is the product of two factors: the consideration of British Columbia as an autonomous region and the growth in the province's population resulting from the development of the oil industry, a factor that has contributed to a qualitative transformation of the reality of the province in comparison with its origins consolidating it as an emerging force within the federation.

⁵ PELLETIER (1996): 326-327.

⁶ TREMBLAY (1996): claimed that this law represented an alteration of the reform process, by adding additional requirements to those already established in the 1982 Constitution. For this reason, its validity is questionable, and he is of the opinion that it should not be passed. For his part, WHYTE (1996) had reservations with regard to the constitutionality of the law, though he did not believe these were sufficient for it to be declared unconstitutional.

⁷ MONAHAN (1996) admitted that it was possible to argue that the Act respecting constitutional amendments represented an indirect modification of the Constitution. However, he did not consider this stance to be correct given that, in strictly legal terms, the regional veto did not constitute a modification of the Constitution. This author was in favour of introducing a five-year deadline for application of the measure as its indefinite application would complicate, more than was advisable, a future constitutional reform. RYAN (1996) was of the same opinion, claiming that the implementation of these measures on an indefinite basis would involve subjecting the reform to two different types of norms, whilst increasing its

opinion that regional veto in no way imposed limitations upon the Parliament in the exercise of its constitutional functions, but only affected the government⁸. Therefore, Parliament is free to decide upon constitutional reform on the basis of the constitutional text without the law representing any variation or alteration of the reform procedures contained in the Constitution.

One aspect worth highlighting is the fact that the law contains no definition or specification as to how provincial consent should be obtained. The need for approval by the provincial Parliament, approval by the provincial government or even the subordination of the latter to a referendum are options that are left open amidst this legal silence⁹. In this manner it is left to the federal government to determine whether the method chosen by the province in question is valid or not, rendering the process, if this were possible, even more complex.

The creation of a regional veto mechanism complicates even further the already difficult reform of the Canadian Constitution¹⁰. The need to achieve consensus is heightened, since the combination of legal and constitutional mechanism means that unanimity is required in order successfully to conclude any constitutional reform. Attaining this high degree of consensus is difficult, but not impossible, as is evidenced by the Lake Meech and Charlottetown processes where all the provinces initially agreed to approve the reform.

In spite of the fact that the law on constitutional amendments grants Quebec its long-awaited right of veto, rendering impossible a reform of the Constitution without the Francophone province's approval; this right is far-removed from that which derived from the Canadian duality defended by Quebec during the constitutional *patriation*. The generalisation of the veto reaffirms an egalitarian conception of regional diversity, and equates the status of British Columbia with Ontario and Quebec. This means that any future constitutional negotiations will have to take into account Quebec's interests and its status as founding people, precluding any isolation of the Francophone province in a

complexity, paving the way for further conflict in the matter. The time limit of the validity of this law defined by these authors evokes a similar idea to that which is behind the *notwithstanding* clause, conceiving of it as a transitory period to reduce the tension generated and avoid the collapse of the constitutional system.

⁸ MONAHAN (2002): 206. In the same sense HOGG (1999): 81.

⁹ On the possibility of subordinating provincial consent to the holding of a referendum see the work of GRAMMOND (1997): 569-605. In this vein, a multitude of provinces and territories have established diverse referendum mechanisms, whether binding, non-binding or optional, in respect of a future constitutional modification.

¹⁰ ALBERT (2015): 99-100, following the model of LUTZ (2006): 167-168, classifies the rigidity of the Constitution of Canada after the adoption of the regional veto at 8 out of 10.

reform process. Similarly, the interests of the West will have to be reconciled with those of other regions in search of broad consensus making it possible to undertake a reform of the Constitution.

The law on constitutional amendments was intended to be the first stone in a process of gradual accommodation of Quebec that would contribute to reducing secessionist tension and travelling along a path towards greater integration of the Quebecois difference within the federation. However, the law's approval might make it difficult to include in the constitutional text Quebec's demands, such as the distinct society clause, as it increases the number of actors with a right to veto, hindering the negotiation process and leading inexorably to the need to seek unanimity¹¹. The law on constitutional amendments appears to have had the opposite effect to what was intended, complicating even further Quebec's integration, to the detriment of the federalist cause¹².

2. THE *QUEBEC SECESSION REFERENCE*: A CHANGE OF PARADIGM IN THE WAY OF CONCEIVING THE CONSTITUTION?

The results of the 1995 referendum illustrated the extreme division that existed in Quebecois society with regard to the issue of sovereignty. On the one hand, the sovereignists thought that victory was only a question of time and began to identify the weak points in the support for their cause –the economic powers and the ethnic minorities to which PARIZEAU referred in his speech on the night of the referendum¹³–. On the other, the federalists were attempting to rally forces after discovering that support for sovereignty was stronger than they had anticipated, and understood the need to react in the light of the sovereignists intention to declare unilateral independence in the event of victory. With the aim of addressing this challenge, the federal government of CHRÉTIEN endeavoured to put into practice the plan drawn up by DION in order to avoid, insofar as was possible, another constitutional crisis. The first measure in Plan B was to resort to legal action. The federal government decided to ask the Supreme Court to issue an advisory opinion regarding the possibility of unilateral independence by

¹¹ PELLETIER (1996): 335-336.

¹² MONAHAN (2002): 207.

¹³ The Quebecois leader stated in a press conference after hearing the results of the referendum that “*C'est vrai, c'est vrai qu'on a été battus, au fond, par quoi? Par l'argent pis des votes ethniques, essentiellement*”, declarations that generated no little controversy vis-à-vis the ethnic and exclusive nature of Quebecois nationalism.

Quebec¹⁴. The federal government posed this question from two different angles: domestic law and international law. For this reason, it enquired of the SC whether either of these sources attributed to Quebec, be it to its Parliament or its government, a right to unilateral secession, and which would prevail in the event of conflict between the two sources .

2.1. The constitutional principles: scope and significance

The Supreme Court addressed these questions in the *Reference re Secession of Quebec*¹⁵. From the beginning of its analysis, the Supreme Court is aware of the importance thereof, since it concerns constitutional questions of considerable relevance, against an important and sensitive political backdrop¹⁶. An aspect worth highlighting is that the Court's reasoning in the *Secession Reference* is the consequence of unanimity amongst its members, unlike what occurred with the *Patriation Reference*, where the judges were divided over the issue.

The first question concerns whether, in the light of the Canadian Constitution, it is possible for Quebec to declare its secession from Canada in unilateral fashion. In performing this analysis the SC expands the Constitution, declaring that the latter transcends the written provisions of which it is composed. For the Court, these norms, listed in section 52.2 of the 1982 Constitution, cannot be interpreted in an exhaustive manner but are complemented by a series of unwritten principles. These are: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law and respect for minorities. The justices understand that the Canadian Constitution goes beyond the written text, constituting a broader structure that includes the system of laws and principles that govern the exercise of constitutional authority, as well as parliamentary prerogatives and

¹⁴ In the Canadian constitutional system the Supreme Court is assigned, as well as the strictly jurisdictional, a consultative function. This function permits the federal government, via the Governor General, to refer (*reference/renvoi*) questions, both of law or fact, for the Court to consider and respond to. This function has existed in Canada since the creation of the Supreme Court in 1875, and is set out in its current format in section 53 of the *Supreme Court Act*. Among other matters, these questions may address the interpretation of constitutional texts, the constitutionality or interpretation of a federal or provincial law or the powers and prerogatives of both federal and provincial parliaments and governments. The two Chambers of the federal Parliament may also request an advisory opinion on *private member bills*, i.e. those legislative proposals that are not issued by the government. Also, as court of last instance, the Supreme Court is competent to decide in appeal on the advisory opinions requested by provincial governments from their respective Appeal Courts. The consultative competence of the Canadian Courts has been studied in detail by MATHEN (2019), who underlines the importance of the latter and illustrates how it has been shaping the Canadian constitutional system from the origins of the Constitution until today.

¹⁵ *Reference re Secession of Quebec*¹⁵, [1998] 2 S.C.R. 217, henceforth, *Secession Reference*.

¹⁶ *Secession Reference*, par. 1.

constitutional conventions¹⁷. The Court makes interchangeable use of the terms rules and principles, without establishing any difference between the two, in clear contrast with authors like DWORKIN¹⁸. In its reasoning, the Supreme Court constructs specific laws from abstract principles which, it states, already formed a part of the internal architecture of the constitutional text. This construction is justified by the need to integrate vacuums that exists within the Constitution, namely the non-regulation of the secession of a province from the rest of the federation¹⁹.

Recognition of implicit principles was not a novelty in Canada, as it continued the line established by the *Provincial Judges Reference*²⁰. In the latter, related to the reduction in the salary of judges as part of a package of measures to reduce the deficit, the Supreme Court identified the principle of judicial independence as part of the Constitution, inferring this from the Preamble of the 1867 Constitution, which establishes a Constitution for Canada similar in principle to that of the United Kingdom²¹. The reading of this principle in the Preamble was a source of controversy. This grew with the creation of an obligation to create *ad hoc* commissions to establish the judges' salaries²². With this obligation, the Court was creating an obligation of results that was binding upon provincial governments on the basis of an unwritten constitutional principle.

The principles of the *Secession Reference* possess certain characteristics that differentiate them in scope and nature from the principle of judicial independence. Unlike the latter, which owes its constitutional value to the preamble, these new principles are structural, given their broad, latent character, making it possible for them to be assigned different meanings, though their existence is independent of the latter²³. The existence of underlying principles does not imply the loss of the primacy of the

¹⁷ *Ibidem*, paragraphs 31 and 32.

¹⁸ DWORKIN (1989): 61-101 establishes two differences between both concepts within his criticism of HART's positivism: firstly, he conceives of the principles as abstract formulations that do not have immediate legal consequences, unlike rules whose specific nature supposes their direct application or their exclusion if they do not influence the case. In addition, principles are different from rules insofar as the importance of the former is variable, some principles being more relevant than others, while all rules have the same value, with no significant difference between them.

¹⁹ Vacuum in the traditional sense, in other words, in those situations where the existing law contains no regulation, general or specific, applicable to a particular case. This conception of legal vacuum is criticised by KELSEN (1982): 254-258 who denies the existence of vacuums in the law, considering that existing law is always applicable and allows for the resolution of any dispute.

²⁰ *Reference re Remuneration of Judges of the Prov. Court of P.E.I.; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Prov. Court of P.E.I.* [1997] 3 S.C.R. 3, par. 92.

²¹ *Ibidem*, par. 96.

²² A criticism of this decision may be consulted in LECLAIR and MORISSETTE (1998): 485-514.

²³ GAUDREAU-DESBIENS (2006a): 186.

constitutional text, which is reiterated by the Supreme Court as a guarantee of certainty and predictability²⁴. Consequently, these principles inform and sustain the constitutional text, forming the unwritten foundations upon which the Constitution is based, since they represent its internal architecture²⁵. These principles are the *lifeblood* of the Constitution and their observance enables the Constitution to evolve as if it were a living organism²⁶. The use of this metaphor of the living tree²⁷ represents a rejection of originalism as a canon of constitutional interpretation, when the Court acknowledges that the Constitution evolves so as to adapt to current circumstances, rather than remaining anchored to the conception of the constitution shared by the Fathers of the Confederation²⁸.

The constitutional principles identified by the Supreme Court cannot be taken into account in isolated fashion, given that they function in symbiosis. Thus, the application of one cannot trump or exclude the operation of any other²⁹. These considerations are vitally important when addressing the problem of the unilateral secession of Quebec, in view of the contrasting opinions on this question. The advocates of secession cited the principle of democracy as justification for unilateral secession following a referendum in favour of this option. For them, the will of the people was a supreme value, which could not be contradicted. Meanwhile, the opponents of the secessionist process based their rejection thereof on the principle of legality, as the Constitution did not contemplate any mechanism for secession.

In this line, the Supreme Court emphasised the bond that existed between legality and legitimacy in the Canadian constitutional system³⁰, seeking to reconcile both values via recourse to the constitutional principles as various authors had suggested³¹. This bond implies that there can be no real democracy without legal backing, in other words, without the rule of law³². It is the law which creates the institutional system that allows for democratic expression of the popular will. Therefore, the only legitimate democratic institutions are those that have legal backing, as these are the ones that make it possible to articulate the participation of citizens and

²⁴ Secession Reference, par. 53.

²⁵ *Ibidem*, par. 50.

²⁶ *Ibidem*, paragraphs 51 and 52.

²⁷ On the latter and its comparative impact see PIERDOMINICI (2017): 85-104.

²⁸ GAUDREAU-DESBIENS (2006a): 182.

²⁹ Secession Reference, par. 49.

³⁰ *Ibid.*, par. 33.

³¹ HOWSE y MALKIN (1997): 192-195. WADE and MACLAUCHLAN (1997): 170-185.

³² Secession Reference, par. 67.

accountability to the latter via public institutions created by the Constitution³³. However, as the Court itself makes clear, no democratic system can survive through adherence to the law alone, as its survival also depends upon legitimacy. For the Court, this legitimacy is based, in the Canadian system, upon interaction of the democratic principle and the principle of legality underlying the Constitution, as the system should be capable of reflecting the aspirations of the people. This interaction, materialised in the principle of constitutionalism, makes it possible to reconcile these two values, which are subject to considerable tension in a process of secession such as the one that took place in Quebec. Just as democracy cannot be conceived of without law, the law cannot ignore the democratic will expressed by the majority of the population, for in doing so it would lose every trace of legitimacy. This interrelation between the democratic principle and that of legality results in the legitimacy of the system, making it possible for the latter to function even in times of crisis.

The notion of majority democratic will cannot be taken into account without paying heed to the federal principle. The fact that Canada is a federal state means that different majorities may exist vis-à-vis an issue throughout the federation, each of them equally legitimate³⁴. The federal system makes it possible for each sub-state unit to pursue different objectives, which respond to the different preferences and interests of their citizens. Neither can majority rule be conceived as an absolute value in itself, since the Court believes it would be a mistake to reduce the legitimacy of the latter without taking into account the other constitutional principles³⁵.

Through the interrelation of these principles, the Supreme Court rejects the notion that the majority vote in a province-wide referendum has the legitimacy to ignore the Constitution and declare secession, as this argument, although “superficially persuasive, misunderstands the meaning of popular sovereignty and the essence of constitutional democracy”³⁶. For the SC, Canadians have never accepted that their constitutional system is based on simple majority rule, as their conception of democracy is richer, interrelated with the other aforementioned principles³⁷. Consequently, the democratic will of the population of a province cannot ignore but must conform to these laws, due to its binding nature, channelling its aspirations via constitutional reform,

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, par. 66.

³⁵ *Ibidem*, par. 67.

³⁶ *Ibidem*, par. 75.

³⁷ *Ibidem*, paragraphs 75 y 76.

respecting the rights of all the parties involved. As the Constitution is the expression of the sovereignty of the people of Canada, it is amendable, following the established procedures, in the terms deemed appropriate by the people, including, if they see fit, the possible secession of Quebec.

The need to reform the Constitution in order to achieve secession means that the latter must occur “in accordance with the Constitution”, so it cannot take place unilaterally. The joint and simultaneous application of the constitutional principles has the effect of excluding extreme stances on either side, making it possible to seek a compromise between two positions that are, a priori, irreconcilable³⁸. This search for balance is one of the great contributions of the *Secession Reference*, as it strives to adapt their existing legal framework to a situation that could lead to the fracture of the constitutional system.

2.2. A paradigm shift: secession through domestic law

Although it was the second question asked by the federal government, it should be pointed out that the Supreme Court, following thorough analysis, rejects the existence, under International Law, of a right to self-determination applicable to Quebec. The Court understands that this is restricted to oppressed peoples or those subjected to colonial rule, circumstances that do not prevail in a democratic state like Canada³⁹. Not only does this rejection have significant consequences insofar as it deactivates a recurrent argument among the advocates of secession, but also means that the Supreme Court situates the problem on a possible secession of Quebec in the sphere of Canadian domestic law⁴⁰.

In focusing on the question via domestic law, the Supreme Court constructs its analysis upon the basis of two fundamental premises: The Canadian Constitution’s silence with regard to the secession of one of the provinces of which the federation is composed, and the non-existence of a clause declaring the unity or indivisibility of the territory. Similarly, the Court observes that neither does the Constitution contemplate the concept of referendum, the results of which cannot be considered to have a direct

³⁸ ROMERO CARO (2017): 144.

³⁹ The Court understands as oppression the case of those peoples under military occupation, under the yoke of foreign exploitation or control, or those that are denied meaningful access to government that to pursue their political, economic, social and cultural development. (*Secession Reference*, par. 138).

⁴⁰ The third question would enquire as to which solution would prevail in the case of hypothetical incompatibility between International Law and national law. However, given the non-existence of a right to self-determination applicable to Quebec in the light of International Law, the Supreme Court understood that there was no conflict and, therefore, there was no need to go any further.

legal effect in the constitutional system –and, therefore, do not endorse a possible unilateral secession–. Nevertheless, the Supreme Court acknowledges the value of the referendum as an expression of the popular will in relation to a specific issue⁴¹, as the democratic principle obliges recognition of the “considerable weight” that would correspond to a clear expression by the electorate of Quebec of its will to separate from the rest of Canada, opening the door to a hypothetical acceptance of secession through domestic law.

This clear popular expression in favour of secession would confer legitimacy upon the Quebec government’s intention of initiating a process to negotiate constitutional reform with the goal of separating from Canada. For the Court, this clarity is established by both the question and the result⁴². The Court reiterates its conception of the notion of clear majority in the qualitative sense, and, therefore, goes beyond the quantitative sense in merely mathematical terms⁴³. This aspect, often ignored by the doctrine in Spain, has important consequences when it comes to regarding as clear, or not, the result of the referendum⁴⁴.

The territorial distribution of the support for secession in a referendum is a relevant factor. In light of this qualitative notion and, in connection with the principles that underlie the Constitution –especially the protection of minorities–, the question might arise of the problem of the need to discuss the divisibility of the territory of Quebec in order to respond to certain special circumstances.

Bearing in mind the results of the 1995 referendum, it is easy to identify three zones where special circumstances apply. The indigenous communities in the north of Quebec, fundamentally the Cree and the Inuit, held their own referendums with the aim of manifesting their desire to remain within Canada⁴⁵. These communities occupy extensive territories that stretch beyond the borders of the province of Quebec, so a hypothetical independence of the latter would divide them. Moreover, it should be remembered that the federal government has competence in the matter of indigenous

⁴¹ Secession Reference, paragraphs 85-87.

⁴² The opinion of the Supreme Court does not contain a concept of clear question or majority, an aspect criticised by ROCHER (2017): 47-52, who considers that the Court offered obscurity rather than clarity.

⁴³ *Ibidem*, par. 87.

⁴⁴ ROMERO CARO (2017): 139-151. An example of this neglect can be found in PÉREZ TREMPES (2004), one of the most influential works in Spain on the Supreme Court ruling. We find the exception to this neglect in LÓPEZ BASAGUREN (2005): 11-23 who has underlined the importance of this question.

⁴⁵ WHERRETT (1996): 4-7 places at 95% the support of the First Nations for their continuity in Canada. He highlights the data referring to the Cree, who voted 96.3% in favour of this option with a 77% turnout, and the Inuit with 96% in favour and a 76% turnout.

communities, a government that is the guarantor of the treaties signed with these communities, which increases the need for these circumstances to be taken into account during negotiations over secession. Along with this, two other regions may be identified: the south of the island of Montreal and the area of the Outaouais. Apart from the fact that in both zones rejection of secession stands at around 70%, two significant circumstances apply. The population of the south of the Island of Montreal is predominantly Anglophone, a community that constitutes a minority in Quebec, protected in this condition by the constitutional principle of respect for minorities. In the case of the Outaouais and, in particular, of Gatineau, a peculiar circumstance prevails, which is the fact that the latter belongs to the federal capital region, which means this area lies, partly, under federal jurisdiction⁴⁶. These special circumstances should form part of the qualitative evaluation required by the Supreme Court in order to regard as free of ambiguity the result of an eventual referendum, it being necessary to bear in mind other considerations beyond the merely numerical result.

The federal principle, in combination with the democratic principle, means that a clear desire expressed by the people of a province to reject the existing constitutional order in order to achieve secession would give rise to a reciprocal obligation, applied to all the component parts of the Confederation, to negotiate a constitutional amendment that makes it possible to respond to that desire⁴⁷.

The legitimate desire of one of the component parts of the Confederation, Quebec in this case, to initiate a process of constitutional reform leading to the secession of the province from the rest of Canada after a favourable result in a referendum has, for the Supreme Court, the corollary effect of obliging the remaining actors to negotiate the question. With this declaration, the Court is creating, on the basis of constitutional principles, a legal obligation for the rest of the provinces and the federal government. Unlike in the *Provincial Judges Reference*, this is not an obligation of results, but an obligation of means, which is far less an intrusion in governmental autonomy⁴⁸. This obligation to negotiate in good faith is independent of the result

⁴⁶ Some sectors of the municipality of Gatineau (Quebec), like Hull or Aylmer, fall within the National Capital Region, a unit of administrative and not political character, created in 1958 by the *National Capital Act, Statutes of Canada 1958, 7 Elizabeth II, Chap. 37*. Currently, this region is regulated in the *National Capital Act* (R.S.C., 1985, c. N-4), the Annex of which details the territory of which it is formed, including parts of both Ontario and Quebec. In this region the federal government owns numerous plots of land where government offices are located, as well as supervising urban planning, even possessing competence to expropriate, via the *National Capital Commission*.

⁴⁷ *Secession Reference*, par. 88.

⁴⁸ GAUDREAU-DESBIENS (2006a): 186.

reached in these negotiations, being regulated by the four constitutional principles referred to earlier.

The creation of this duty implies, as noted earlier, rejection of extreme positions. This means ruling out the possibility that the democratic principle may give rise to the existence of a legal obligation upon the federal government and the rest of the provinces to accede to the secession of Quebec, conditional solely upon the logistic details of the secession. The Court bases this rejection upon the fact that Quebec cannot expect to impose upon the other actors the terms of the negotiation, since, if this were the case, there would really be no such negotiations. Similarly, the SC acknowledges that it would be naive to think that the substantive goal of secession would be easily distinguishable from the practical details of the latter since “*the devil would be in the details*”, especially given the existing integration in economic, political and social fields⁴⁹. The devil and the complexity of these negotiations owe to the fact that no negotiating process can be effective if the result thereof, secession, is taken as an absolute legal entitlement based upon an obligation to give effect to that act of secession in the Constitution as an unavoidable conclusion in this sense would mean, realistically speaking, destroying the obligation to negotiate, emptying it of content⁵⁰. In stating this, the Supreme Court is demonstrating that the manifestation of majority support for secession in a province is not enough for this to be possible in practice, as there are a multitude of extremely complex questions that transcend the status of logistic details and, quite to the contrary, are important questions with far-reaching practical implications⁵¹. In other words, the majority vote in a referendum in favour of breaking ties with the Canadian federation is not a solution to the problems that in practice will arise from the negotiating process, the complexity of which could even render secession unviable.

In clear relation to the above, the Supreme Court also rejects the possibility that a clear expression by the people of Quebec of their desire to separate from the rest of Canada might imply no obligation whatsoever for the other constitutional actors involved, as the constitutional system cannot remain indifferent to this desire, as to do

⁴⁹ Secession Reference, par. 91.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ The complexity of these kinds of negotiations noted by the Supreme Court has been evidenced by the Brexit negotiation process (LÓPEZ BASAGUREN, 2017b: 122-123). Despite the existence of the UK's legal right to withdraw from the European Union, the negotiations over the withdrawal and future relations transcend the merely logistical details of the withdrawal as numerous issues of considerable relevance are affected. The majority decision to leave the European Union made in the referendum does not solve the problems arising from this complexity, a factor that may even render the withdrawal unfeasible.

so would undermine the democratic principle⁵². This question is particularly relevant, as refusal by the federal government to negotiate would strengthen the legitimacy of the claims of the Quebecois secessionists. This was the premise upon which was based the stance defended by PARIZEAU in the 1995 referendum, and his intention to declare the sovereignty of Quebec once the federal government refused to negotiate a treaty of sovereignty-association. This question of legitimacy, which should be resolved politically, connects with an issue that the Court addresses in tangential fashion, namely the possibility of a *de facto* secession. The feasibility of the latter, even if it took place in violation of Canadian domestic law and beyond the tenets of International Law, would necessarily depend upon two factors: effective control of the territory by a hypothetical government of Quebec, and recognition of the latter as an independent state by the international community⁵³. It is this second question in particular that is closely linked to how the legitimacy of the secessionist demands were perceived by international actors, a vision that would be affected by the conduct of the constitutional actors during the negotiations that would follow the result of a hypothetical referendum.

The exclusion of these two stances is based on the fact that the principles underlying the constitution are not absolute, so the invocation of one of them cannot suppose the exclusion of the others⁵⁴. The need to reconcile these principles means that the federal government and the other provinces cannot exercise their rights in a way that involves the absolute denial of the rights of Quebec, in the same way that this province, while it exercises its rights in a manner that is respectful of the rights of the other provinces, has the right to claim secession and attempt to attain this through negotiation.

As has been highlighted, the negotiation process should be governed by the four principles identified by the Supreme Court, which should inform the conduct of all the actors involved⁵⁵. Consequently, lack of respect for constitutional principles on the part of one of the participants could pose a serious threat to the legitimacy of the latter's claims and, even, to the negotiation process as a whole⁵⁶. As the Court itself indicates, a violation of the duty to negotiate and/or of the principles applicable to the negotiations would damage the legitimacy of the party in question, with a greater likelihood of international recognition of an independent Quebec if this province, respecting its

⁵² Secession Reference, paragraphs 91 and 92.

⁵³ *Ibid.*, paragraphs 140-146.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 93.

⁵⁵ *Ibid.*, par. 94.

⁵⁶ *Ibid.*, par. 95.

constitutional obligations, comes up against the intransigence of the other governments that are less respectful of the said obligations⁵⁷.

The Court is aware that the result of the negotiating process is uncertain, given its extreme complexity⁵⁸. For this reason, it warns that, although the possibility of secession should form a part of the negotiations, since it cannot be ruled out beforehand, there exists no legal right to the latter; and that neither can it be imposed as an obligation, it being impossible to rule out the eventuality of an agreement not being reached.

In spite of this complexity and uncertainty, the Supreme Court leaves in the hands of the political actors the resolution of the negotiations as, it declares, its role should be limited to interpreting the constitutional framework in which political decisions have to be taken⁵⁹. Therefore, the Court declares that it has no supervisory role in these negotiations⁶⁰. Similarly, the Court considers that the start of the process, the existence of a clear majority in a qualitative sense in response to a clear question, is an element subject solely to political assessment, since it is the political actors that have the information and the experience necessary in order to decide on this⁶¹. The Supreme Court suggests that the notions of clear majority and clear question that would give rise to the duty to negotiate could be regarded as non-justiciable because they are of a political nature, even in the event of the Court being consulted⁶². However, the Court itself nuances this question by declaring that the non-justiciability of those aspects that lack a legal component does not mean that the constitutional framework loses its imperative character nor that constitutional obligations – the principles that underlie the Constitution– can be violated without this having serious legal consequences⁶³. Therefore, although the Court attributes both determination of the notions of clarity and the development of the negotiations to the political actors –and, ultimately, to the electorate–, this does not appear to close the door to ruling, in the event of the question

⁵⁷ Ibid., par. 103.

⁵⁸ Ibid., par. 96.

⁵⁹ Ibid., par. 100.

⁶⁰ GAUDREAU-DESBIENS (2014): 771.

⁶¹ “The Court has no supervisory role over the political aspects of constitutional negotiations. Equally, the initial impetus for negotiation, namely a clear majority on a clear question in favour of secession, is subject only to political evaluation, and properly so. [...] Only the political actors would have the information and expertise to make the appropriate judgment as to the point at which, and the circumstances in which, those ambiguities are resolved one way or the other”. (Secession Reference, par. 100).

⁶² Secession Reference, par. 101. LECLAIR (2017): 1022-1023.

⁶³ Ibid., par. 102.

arising, on these aspects; in particular with regard to a possible violation of the principles that underlie the Constitution⁶⁴.

In the event of the result of the referendum leading to secession, the Court stresses the need for the latter to be articulated through domestic law by means of a constitutional amendment. However, the justices did not consider it necessary to specify which of the different mechanisms should be employed⁶⁵. For GAUDREAU-DESBIENS, this is due to the fact that any constitutional reform related to secession must be conditioned by respect for the constitutional principles identified by the Court, so as to avoid a literal application of the reform mechanisms leading to radical rejection of secession owing to the latter not being expressly contemplated in the Constitutional text⁶⁶.

In the face of this uncertainty, the question that arises is: what procedure should be applicable to secession? Of the five procedures contemplated in the 1982 Constitution, three, those contemplated in sections 43, 44 and 45, are clearly inapplicable. Given the special nature of secession, an amendment in that sense cannot be adopted unilaterally by the federal Parliament, as this procedure is restricted to modifications related to the executive or to the chambers of the federal Parliament; nor by the province aspiring to secede, as the question of secession is far more complex than a mere modification of the internal constitution of the province. Similarly, the procedure of section 43 cannot be applied either, as it is aimed at those constitutional modifications that affect various but not all the provinces, while secession is a matter that, by its very nature, affects Confederation as a whole.

These three reform mechanisms having been ruled out, the question is whether secession should be regulated by the general reform procedure – formula 7/50 set out in section 38– or, on the contrary, it should follow the unanimity rule of section 41. Canadian doctrine is divided over this issue. Advocates of the general procedure, like

⁶⁴ Along these lines, GAUDREAU-DESBIENS (2006a): 184-185 and 201-202 considers that although the duty to negotiate may be legally unenforceable since it is political in nature, constitutional principles are however enforceable, given their unquestionable legal nature. Of a similar opinion is MONAHAN (1999): 96, who considers that the refusal to analyse this question may result in a violation of the Constitution when engaging in negotiations and the absence of any legal mechanism to prevent this.

⁶⁵ Secession Reference, par. 84.

⁶⁶ GAUDREAU-DESBIENS (2006a): 206. This author believes that the Court's interpretation in the Secession Reference is tantamount to considering the Constitution as a supreme expression of *ius commune*, closer to the civil tradition than to *common law*. Recourse to legal principles is far more consolidated in the civil tradition than in *common law*, which tends not to go beyond general principles, preferring recourse to legal precedents, as a path towards the establishment of prescriptive rules compliance with which is enforceable by the courts.

HOGG, BRUN and BROUILLET or WOEHLING, believe that the latter, applicable to all matters not expressly addressed in other articles, is the one that should regulate secession⁶⁷. Since the Constitution is silent on the issue, it should be redirected towards this procedure, with secession requiring the support of at least seven provinces that represent 50% of the population, one of which must be the province that seeks to break its ties with the rest of Canada. A sensu contrario, most of the doctrine, represented by authors like MONAHAN, PELLETIER and WEBBER, favours the unanimity rule⁶⁸. This position is based on two main aspects: the impact that secession would have upon matters specially protected by section 41 as they would change in nature –especially with regard to the office of *Lieutenant Governor*, as this would be abolished–; and the special nature of secession, as it would be incongruous for secession, the most radical possible amendment through which the Constitution would cease to operate in part of the territory, to follow a less cumbersome procedure than other matters. In addition to these two stances, there is a third, defended –to a differing degree– by CHOUDHRY, CAMERON and DODEK, who consider that the duty to negotiate in good faith is itself a reform mechanism, different from those contained in Part V of the 1982 Constitution, applicable only to secession⁶⁹.

⁶⁷ HOGG (2006): 5-40. BRUN, TREMBLAY and BROUILLET (2014): 242-243 support this thesis, understanding that secession does not affect the matters included in section 41. WOEHLING (1995): 310-311 considers, moreover, that following this mechanism would be both legally and politically coherent as it is the one indicated by section 41.1.f for the creation of new provinces, it being, in his opinion, inconsistent to require a more cumbersome procedure to enter the Confederation than to leave it.

⁶⁸ MONAHAN, SHAW and RYAN (2017): 210. PELLETIER (2017): 264 believe that unanimity is necessary, as section 41.e establishes when referring to secession as a modification of Part V of the Constitution, drawing a parallel with the Supreme Court's opinion regarding the hypothetical abolition of the Senate in the *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, where it considered that the elimination of the Upper House constituted a material alteration of the amending procedures. WEBBER (1997): 287- 294 argues in similar fashion to MONAHAN, empathising that the essence of secession lies in transforming the Quebec government into a completely autonomous system in relation to Canada, so the entire constitutional system is affected, although, unlike the latter author, he does regard the consent of the indigenous peoples as necessary in order for it to be possible to approve a constitutional amendment establishing the secession of Quebec. GAUDREAU-DESBIENS (1999): 823 supports the latter's thesis, considering it to be the most convincing of all.

⁶⁹ CHOUDHRY (2008): 214-219 considers that the *Secession Reference* constitutes, in itself, an extra-legal amendment of the Constitution of Canada insofar as it is an extraordinary interpretation of the latter, introducing a "secession clause" through the use of unwritten constitutional principles. However, it is worth noting that CHOUDHRY's interpretation does not involve the establishment of a right to secession, but the initiation of a political process to negotiate this possibility which, in any case, should be articulated via the corresponding process of constitutional reform with the support of the necessary majorities. A similar idea is defended by CAMERON (2002): 103-108, who believes that the Court created a new constitutional reform procedure specifically applicable to secession, rendering the literality of the constitutional text irrelevant. For his part, DODEK (2016): 56-59 considers that the *Secession Reference* creates a special procedure of reform of the Constitution, solely applicable to secession, which falls outside the procedures included in the 1982 text. TREMBLAY (1998) 423 also adopts a similar position in considering that the *Secession Reference* develops a *sui generis* procedure specifically for secession.

In my opinion, of these three positions, the one that advocates unanimity has the strongest arguments in its favour. Although the defenders of the applicability of the general procedure have a literal argument on their side, since, indeed, secession per se is a matter that is not contemplated by the constitutional text; this argument is not sufficient to exclude the application of the aggravated reform procedure. Firstly, from the point of view of consistency, it is unacceptable for secession, the most difficult and complex matter that a constitutional system can face, to be materialised via a less cumbersome procedure than the reform of the matters contemplated in section 42. Moreover, from a material perspective, there is no doubt that the secession of Quebec affects several of the matters that section 42 expressly submits to unanimity⁷⁰. This is the case of the office of Lieutenant Governor (s. 41.a), Crown representative appointed by the federal government in the province, which would cease to exist. Similarly, the status of the official languages (s. 41.c) and the composition of the Supreme Court (s. 42.1.d) would be affected, as the guarantees provided by the Constitution to the Anglophone minority in Quebec would no longer be applicable, and it would no longer be obligatory for three judges to be from Quebec.

This reasoning is reinforced, along the lines suggested by PELLETIER, by the statements issued by the Supreme Court in the *Senate Reform Reference*, where it made it clear that modifications of elements that are essential to the functioning and survival of the Canadian constitutional system must be regulated by the procedure of section 41, since this is the only one that ensures the participation of all the units that comprise the federal state⁷¹.

Finally, one should not forget the fact that, as PUDDISTER points out, the procedure set out in section 41 is the only one that guarantees that the two parties involved– the province wishing to secede and the rest of the federation– have the same decision-making power during the negotiating process, in clear contrast with the general reform mechanism represented by formula 7/50, where Quebec's ambitions could be thwarted by the rest of the provinces and the federal government⁷². Although this theoretical possibility seems highly unlikely in practice, it is one more argument in favour of redirecting secession to the procedure of reform by unanimity established in section 41 of the 1982 Constitution.

⁷⁰ Of the same opinion is MONAHAN (1995): 5-17 who adds to these reasons the need to obtain the consent of the indigenous peoples who inhabit the province.

⁷¹ *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, par. 41.

⁷² PUDDISTER, (2016): 282-286.

Bearing all this in mind, it would appear correct to conclude that the Supreme Court's interpretation vis-à-vis the secession of Quebec represents a paradigm shift in the conception of the Canadian Constitution in comparison with the traditional paradigm of US federalism which denied any possibility of secession, except by force, in its consideration of the union as perpetual and indissoluble, and the federation as legitimated to oppose secession by any means, including war⁷³. This new paradigm means that in the event of the existence of the clear will of the population of a province to cease to form part of Canada expressed through a clear majority in a qualitative sense in response to a clear question on secession, the political actors would be obliged to negotiate as to the possibility of reforming the Constitution, via the appropriate procedure, to provide a response to this desire for secession. One of the main virtues of the *Secession Reference*, and of this new paradigm when conceiving of the Constitution, consists in making the Canadian constitutional system more ductile, increasing its flexibility, so it can respond, through domestic law, to major challenges such as a secessionist crisis, finding ways to channel secessionist tension and avoid the disintegration of the federal system. In this sense, the obligation to negotiate over secession resulting from the interrelation between constitutional principles, in the event of the aforementioned conditions being satisfied, involves a new form of understanding the Constitution, which should adapt to accommodate situations such as this, in which it would cease to operate in part of the territory of Canada.

3. THE POLITICAL REACTION TO THE SUPREME COURT RULING: TWO CONFLICTING VISIONS

Given that the *Secession Reference* rejected extreme stances with regard to a possible unilateral secession of Quebec, neither of the two parties, be it the federal government or that of Quebec, saw its stance fully supported. This fact led both governments to draw their own conclusions from the Supreme Court's considerations, highlighting those passages that supported their arguments.

⁷³ LÓPEZ BASAGUREN (2014): 42-46. Recall the extract from the US Supreme Court Ruling in *Texas v White* US 700, 725 (1869) where it is stated that “the Constitution [...] looks to an indestructible union, composed of indestructible states. When, therefore, Texas became one of the United States, she entered into an indissoluble relation. All the obligations of perpetual union, and all the guaranties of republican government in the Union, attached at once to the State. The act which consummated her admission into the Union was something more than a compact; it was the incorporation of a new member into the political body. And it was final. The union between Texas and the other States was as complete, as perpetual, and as indissoluble as the union between the original States. There was no place for reconsideration or revocation, except through revolution or through consent of the States”.

The divergence of opinions was particularly relevant as various aspects related to a hypothetical process of secession were left open, with the political actors responsible for fulfilment of those mandates of the *Secession Reference* that had been declared non-justiciable by the Supreme Court. The government of Quebec, through the Minister of Intergovernmental Relations Joseph FACAL, expressed in public its disagreement with the Supreme Court's interpretation of the democratic principle, reaffirming its conviction that 50% plus one of the votes constituted a clear majority that should trigger negotiations over secession from the rest of Canada⁷⁴. For its part, the federal government referred to the Supreme Court ruling, declaring that, in the event of evidence of a clear majority, it would open the relevant negotiations⁷⁵. These differing conceptions with regard to how to interpret the *Secession Reference* were not limited to a dialectic level, but also took legal form. Both governments passed laws, almost simultaneously, that assigned legal value to their visions of the Supreme Court's ruling.

3.1. The Clarity Act. The federal Parliament's interpretation of the *Secession Reference*

The first to be passed was what is widely known as the Clarity Act, the cornerstone of Plan B, with which the federal government sought to set out its position vis-à-vis the Supreme Court ruling⁷⁶.

The Clarity Act urges the House of Commons to issue a statement regarding the clarity, or not, of the question to be asked in the referendum during the 30 days following its approval by the Legislative Assembly of the province in question. The intention behind the 30-day deadline, extendable by 40 more in the event of federal elections being held during this period, was that the Lower House should position itself with regard to the clarity of the question prior to the holding of the referendum. In this way, the determination of clarity could not be conditioned by the result of the referendum, which would distort the decision-making process⁷⁷. The fact that citizens

⁷⁴ COULON (2005): 150-151.

⁷⁵ BELLAVANCE (1997): A2.

⁷⁶ This act, passed on June 29, 2000, is officially entitled *An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference; S.C. 2000, c. 26*.

⁷⁷ YALE and DURAND (2011): 242-258 note in their analysis that the electorate tends to react negatively when asked directly about independence, while support grows in the case of questions containing formulae of association or cooperation with Canada, the only formula that has enjoyed majority support over time.

called upon to express their opinion vis-à-vis secession have access to information regarding the clarity of the question before the referendum increase the transparency of the process, as the electorate has more data in terms of the consequences of a victory of the option in favour of secession, being aware that this victory would trigger a process of negotiations between the federal and the provincial governments. Similarly, it prevents a possible clash of legitimacies in the event of the question being considered unclear once the referendum has already been held, which might provoke a profound sense of frustration should the results not have the anticipated consequences.

The assessment of the clarity of the question is intended to determine whether it permits the clear expression of the will of the population of a province with regard to whether they wish to cease to form a part of Canada and become a sovereign state (section 1.3). During this process, the House of Commons must, in accordance with section 1.5, take into account the opinion of all the parties represented in the Legislative Assembly of the province affected, and the agreements adopted in this respect by the Senate, the governments or Legislative Assemblies of the provinces and territories, and of the representatives of the First Nations, paying particular attention to those communities established in the territory of the province contemplating secession. These visions should inform the Commons' decision, though they are not binding, since only the Lower House is competent to decide on the clarity of the question.

The margin of discretion available to the Commons when deciding upon clarity is limited by the provision included in section 1.4. This precludes the deduction of a clear expression of popular will from those questions that focus solely upon requesting a mandate to negotiate without directly asking about secession, and those which along with the option of secession offer intermediate alternatives such as political or economic agreements with Canada. Several conclusions can be drawn from this provision. In the first place, it appears to have been designed as a *singular law*, in order to state the lack of clarity of the questions formulated in the referendums of 1980 and 1995⁷⁸. This provision is drafted in such a manner that it focuses more on listing specific cases, rather than abstracting general notions, a characteristic feature of legal texts since the French Revolution⁷⁹. The legal substratum of section 1.4 of the Clarity Act seems to

⁷⁸ DUMBERRY (2015): 371. Both questions contained mandates to negotiate new agreements with Canada as a prerequisite to sovereignty, sovereignty-association in 1980 and economical and political partnership in 1995, which would render them unclear according to the Clarity Act. For an analysis of the *singular laws* see the work of MONTILLA MARTOS (1994).

⁷⁹ CARRÉ DE MALBERG (2011): 27-28.

respond to the desire to declare indirect questions to be unclear, in other words, those that do not enquire about secession in aseptic fashion, and those that enquire with regard to multiple options. Unlike the first group⁸⁰, which obviously affects the clarity of the question in presenting the secessionist option to the voter, the second is more closely related to the notion of clear majority. In the case of questions with multiple choice answers, the difficulty in determining the clarity of this majority increases⁸¹. The experience of the consultations conducted in Newfoundland in 1948 regarding its possible incorporation into the Confederation is a good example of this, with it being necessary to repeat the consultation with the two most voted options⁸².

As with regard to the question, neither does the Clarity Act develop the concept of clear majority, merely defining a series of elements to be analysed by the Commons when evaluating whether or not this majority is indeed clear. These factors are: the number of votes in favour, turnout and any other relevant consideration. This last group includes the aforementioned qualitative considerations, which form part of the notion of clear majority as expressed in the *Secession Reference*. As in the case of the clarity of the question, the House of Commons should take into account the opinion of the aforementioned actors before deciding whether the result is a clear expression of the popular will to cease to form a part of Canada.

Finally, this act authorises the federal government to open negotiations aimed at agreeing upon a constitutional amendment that will give effect to the secession of a province from the rest of Canada once the House has concluded that both the question and the majority are clear. In addition to this requirement, section 3.2 makes this constitutional amendment conditional upon the consideration in the negotiations of a series of matters such as the division of assets and debts; the modification of borders,

⁸⁰ This restriction may be heir to the confusion existing in 1995 over the consequences of a hypothetical victory of the yes vote given the question's lack of clarity (KEATING, 2001: 98-101)

⁸¹ A possible alternative consists in articulating a system of transferable preferential vote, in such a way that votes for options with less support are gradually discarded and added to the second favourite option of these voters. Nonetheless, the complexity of this system does not seem advisable for such an important decision as the secession of a territory and its constitution as a sovereign state. TIERNEY (2012): 9-12 provides a review of referendums that have included various possible answers, analysing the decision methods that could be applied to the latter, among them, the preferential vote. In his analysis, this author arrives at the conclusion that referendums with multiple options are an exception to the general rule, only being used when various options exist that have significant levels of support among the electorate.

⁸² TAILLON (2014a): 155-158. As has been noted, the pressure exerted by the British authorities made necessary the inclusion of the option of union with Canada in the first referendum held in June 1948, in which the option of independence under a model of *responsible government* triumphed with 44.6% against 41.1% in favour of union with Canada and 14.3% that opted to maintain the *status-quo*, termed *Commission of Government*, which involved the administration of the territory by London. In July, a second consultation was held, between the most voted options, with the victory of the entry into the Confederation with 52.3% of the votes.

and the rights of the First Nations and of minorities. This not being the case, no member of the government can present a project of constitutional reform, until the House considers that these matters have been addressed. This limitation has the effect of assigning content to the negotiations over secession, highlighting some of the more polemic aspects –like the determination of borders –without which the government is not authorised to formalise the agreement.

As can be seen, the federal government opted for a strict interpretation of the Supreme Court ruling, both in terms of the notion of clear question, where it adopted a more restrictive standard than that outlined in the *Secession Reference*⁸³, and with regard to the requirements necessary in order to take to Parliament a constitutional reform project in order to implement secession. This interpretation, combined with the lack of definition concerning what might be considered to be a clear majority, has led PELLETIER to argue that this demonstrates the practical impossibility of achieving secession within the Canadian legal framework⁸⁴. One should recall in this respect that neither the Supreme Court nor the Clarity Act indicate which constitutional procedure should be followed, an aspect that could complicate the process even more, especially in the event of it being necessary to obtain provincial consensus in order to undertake the necessary constitutional reform⁸⁵.

3.2. The Quebecois interpretation of the Supreme Court ruling: Bill 99

Barely six months after the entry in to force of the Clarity Act came the definitive adoption of Bill 99 of Quebec, giving legal form to the province's interpretation of the *Secession Reference*⁸⁶. The preamble of this law presents the BOUCHARD government's vision of the Clarity Act, since the latter questioned, in the government's opinion, the legitimacy, integrity and efficiency of the democratic

⁸³ MURKENS (2002): 52 questions whether the interpretation made by the Clarity Act is the same as the Supreme Court's, as it made no reference to the possibility of asking citizens about possible agreements with Canada.

⁸⁴ PELLETIER (2001): 526-527.

⁸⁵ In spite of everything, it would be highly irresponsible for a provincial government to attempt to block the adoption of this constitutional amendment in the event of the Commons having authorised the federal government to open negotiations and the latter reaching an agreement with the province in question, as the consequences of a disorderly secession would be unpredictable. Moreover, this conduct would represent a violation of the principle of good faith pointed out by the Supreme Court in the *Secession Reference*.

⁸⁶ *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec, 2000, chap. 46.*

institutions of Quebec⁸⁷. In response to this perceived attack by the federal government, the Quebec government gave force of law to a series of values which it considered to be fundamental rights of the people of Quebec.

In the first place, it declared the people of Quebec's right to self-determination (section 1). This right was based on both facts and the law, Quebec being in possession of the universal right to self-determination of peoples. This interpretation collides head-on with the analysis of International Law performed by the Supreme Court, which concluded that Quebec's does not correspond to any of the situations in which International Law recognises the right of peoples to self-determination⁸⁸. In addition to this right, Bill 99 also establishes the inalienable right of the people of Quebec to choose freely, and alone, the province's political regime and legal status (sections 2 and 3). In the event of this decision being made via a referendum, the winner will be the option that obtains a majority of votes cast, in other words, 50% plus one (section 4). This is diametrically opposed to what is established in the *Secession Reference*, ignoring the notion of clear majority. Despite the fact that the Supreme Court does not establish a threshold of support, leaving this decision to the political actors involved, it is clear that a majority of 50% plus one vote is not a clear majority. A *sensu contrario* we might ask ourselves, what is an unclear majority? This question is unanswerable according to the rule proposed by the Quebec government, which should therefore be considered incompatible with the *Secession Reference*⁸⁹.

Another of the more controversial aspects of Bill 99 is its consideration of the territory of Quebec as indivisible, in clear contrast with the divisible nature of Canada defended by the sovereignists, requiring the National Assembly's consent for any modification of the territory's boundaries (section 9). This affirmation is contrary to the very essence of the Supreme Court ruling, which acknowledges the divisibility of Canada in the event of there being a clear declaration by the inhabitants of Quebec in this sense. This circumstance should have the corollary effect of Quebec also being divisible, since the considerations applicable to Canada as a whole should also be applicable to a component part such as Quebec. This argument is reinforced if we refer to the qualitative dimension, which, as explained earlier, is especially significant in

⁸⁷ CALONGE VELÁZQUEZ (2013): 120.

⁸⁸ *Secession Reference*, paragraphs 138-139. The Supreme Court makes it clear that this inapplicability is irrespective of the consideration of the inhabitants of Quebec as people or nation.

⁸⁹ For BOUCHARD, the Clarity Act created a "floating majority", violating the fundamental notions of democracy in not accepting half of the votes plus one as a winning option. (*Journal des débats de l'Assemblée nationale, 6e législature, Ire session, Vol. 36 N° 149 – December 7, 2000*).

Quebec. With the codification of this rule, the provincial government is attempting to impose its vision upon the other constitutional actors, an aspect expressly rejected by the Supreme Court in its exclusion of extreme options. The immutability of borders as prerequisite represents a violation of the principle of good faith, and a major obstacle when the time comes to negotiate over secession.

Finally, Bill 99 concludes with a last provision, section 13, which states that no Parliament can reduce the powers or authority of the National Assembly or impose conditions upon the people of Quebec when deciding upon their future. This desideratum, of no legal value since Quebec cannot impose obligations upon other Parliaments, is the expression of the National Assembly's rejection of the Clarity Act, and of its desire not to be bound by the latter⁹⁰.

The previous analysis evidences the conflict between the legal materialisations of the *Secession Reference*, as these are based on practically opposite interpretations of the latter. While The Clarity Act seeks to harden the conditions that could give rise to a possible secession, Bill 99 completely departs from the notions of clarity identified by the Supreme Court as if these had never existed. Deliberately ignoring these could, as LÓPEZ BASAGUREN notes, compromise the legitimacy of the Quebecois position, an aspect that would render highly complicated international recognition in the event of a hypothetical declaration of independence⁹¹.

3.3. A conflict that is still latent

The previous analysis reveals several points of conflict between the Clarity Act and Bill 99 of Quebec, which, ideally, should be resolved prior to the holding of a hypothetical third referendum. These affect, fundamentally, the majority required in the consultation and the divisibility of the territory of Quebec. The conflict does not affect the applicability of the two laws in question, since their field of action involves different areas, but the consequences that their simultaneous application could have for the secessionist process. The different ways of interpreting the result of a new referendum could lead the National Assembly to feel bound by the latter, while the House of Commons might feel that it did not satisfy the Supreme Court criteria reflected in the Clarity Act and, consequently, decide not to open negotiations with the province. This conflict would once again deepen the Canadian constitutional crisis and lead to a degree

⁹⁰ TURP and BEAUSÉJOUR (2018): 334-336.

⁹¹ LÓPEZ BASAGUREN (2013): 80-81.

of tension similar to in 1995. The legitimacy of both levels of government would be compromised, with the possibility of the crisis resulting in a disorderly unilateral secession that would bring serious economic and political consequences for both Canada and Quebec.

The Clarity Act aroused conflicting sentiment from the word go. Along with their ideologue DION, authors like HOGG or MONAHAN have manifested their support, regarding it as a useful instrument that codifies the Supreme Court ruling⁹². Its detractors, essentially sovereignists, have pointed to its arbitrary and anti-democratic character⁹³. Although it was passed by an overwhelming majority, the Clarity Act has not escaped questioning in the political field. In 2005 the Quebec section of the New Democratic Party passed what was known as the Sherbrooke Declaration, in which it agreed to regard as sufficient 50% of the votes plus one in order to initiate negotiations on secession, and was thus the first federalist party openly to reject the Clarity Act⁹⁴. In 2013, the Chamber of Commons debated a BQ motion seeking to derogate the latter. Although the motion was defeated by 283 against, including those of the federal NDP, and only 5 in favour, the debate revealed discrepancies between the federalist forces vis-à-vis this question⁹⁵.

The controversy surrounding the Clarity Act and Bill 99 has not been confined to theoretical and political spheres, but has also entered the field of law. In 2001, the leader of the minority *Equality Party*⁹⁶, Keith HENDERSON, filed an injunction before a Quebec judge with the aim of invalidating sections 1 to 5 and 13 of Bill 99⁹⁷. HENDERSON alleged that these articles violated the Constitution, which caused injury to his person as a Canadian citizen insofar as the law smoothed the way for a unilateral

⁹² MONAHAN (2000): 36 considers the Clarity Act to be a reasoned and appropriate expression of the principles established by the Supreme Court. HOGG shared the same opinion before the parliamentary committee responsible for analysing the draft law. On the genesis of the Clarity Act see also the works of DION (2005a) and ROCHER and VERRELLI (2003): 223-240.

⁹³ TAILLON (2014b): 30 defines it as arbitrary due to the fact that it breaks with existing constitutional principles and conventions, while TURP (2001): 822-831 considers that it represents a threat to the capacity of the people of Quebec to decide their own future. RYAN (2000): 22-24 claims that it is an intrusion into provincial powers, and highlights the problems that might arise should the Commons adopt a position without the votes of the majority of MPs from Quebec.

⁹⁴ NDP (2005): 7-8.

⁹⁵ LÓPEZ BASAGUREN (2013): 74-75. During the 2015 federal election campaign, the NDP and its leader at the time, Thomas MULCAIR, pledged to respect the Sherbrooke Declaration if they entered government.

⁹⁶ This party enjoyed fleeting success when it obtained 4 seats in the 1989 provincial elections, all in predominantly Anglophone constituencies, thanks to its defence of the rights of the Anglophone minority against the modifications in linguistic areas undertaken by the government of BOURASSA.

⁹⁷ Section 5 confers legitimacy upon the state of Quebec as an expression of the will of the people that inhabit its territory, which is manifested in the elections to the National Assembly.

declaration of independence by Quebec⁹⁸. The legal dispute was paralysed for over ten years for various reasons, until, in 2013, it was resumed with statement of defence by the Attorney general of Quebec⁹⁹.

The Francophone province opposed the declaration of invalidity of the provisions of Bill 99, considering the facts presented by the plaintiff to be a mere lucubration vis-à-vis what might happen in the event of the hypothetical celebration of a third referendum. Quebec argued that the articles in question codified a series of principles that should guide the institutions of Quebec in the exercise of their existing competences, but not imply the expansion of the latter¹⁰⁰. Although the Attorney general acknowledged that the provisions in question were of a universal nature, they should only be understood as applicable to the actions of the National Assembly and the Government of Quebec, not affecting the powers of the federal government¹⁰¹.

Quebec equated the nature of Bill 99 with the Charter of Rights and Freedoms, arguing that the former enshrined collective rights, while the latter addressed individual issues¹⁰². This interpretation is significant, given that Quebec has always considered the Charter to be an instrument that limits its sovereignty. The presentation of both at the same level seems to respond to a view of Bill 99 as an element of the Constitution of the province, containing a series of principles that should guide the actions of public authorities. These collective rights are of a political nature, constituting, for the government of Quebec, an expression of sovereignty, forming part of the legitimate exercise of Quebec's own constitutionally attributed competences¹⁰³.

On the basis of these arguments, the province requested the dismissal of the claim of nullity of the contested provisions of the Law, on the grounds of it being unfounded both in terms of facts and legal justification.

⁹⁸ *Keith Owen Henderson et Equality Party c. Procureur Général du Québec & Procureur Général du Canada*, N° 500-05-065031-013 of August 6, 2002, pp. 2-3.

⁹⁹ During this period HENDERSON changed his lawyer, and various appeals were lodged with regard to the inadmissibility of the case in relation to the appellant's lack of legitimacy or the non-justiciability of the case. In this respect the following may be consulted: *Keith Owen Henderson & Equality Party c. Procureur Général du Québec et Procureur Général du Canada*, N°. 500-09-012698-023 of August 30, 2007 and *Keith Owen Henderson v. Attorney General of Quebec & Attorney General of Canada*, No. 500-05-065031-013 of December 3, 2012.

¹⁰⁰ Defence of the Government of Quebec in the matter of *Keith Owen Henderson et Equality Party c. Procureur Général du Québec & Procureur Général du Canada*, N° 500-05-065031-013 of May 15, 2013, paragraphs 34 and 38.

¹⁰¹ *Ibidem*, par. 37.

¹⁰² *Ibidem*, par. 41.

¹⁰³ *Ibidem*, paragraphs 45-46.

Subsequently, the judge invited the federal government to participate in the case. Contrary to all expectations, HARPER's conservative government decided to intervene, challenging the constitutionality of Bill 99¹⁰⁴. This decision was strongly criticised by the Quebecois political class, with the unanimous adoption in the National Assembly of a motion in defence of Bill 99 in response. This motion described the action by the federal government as an unacceptable intrusion into Quebecois democracy, reiterating the National Assembly's capacity to call a referendum on the future of Quebec in which the citizens of the province could express their opinion, as well as to determine the laws regulating such a referendum¹⁰⁵.

The Canadian government considered that the provisions in question could transcend Quebec's competences and, therefore, requested that they be submitted to a read down in order to confirm that they respected the Constitution. In the event of a read down not being possible, it requested the annulment of the provisions in question on account of being *ultra vires* of the province's sphere of competences.

The interpretation proposed by the federal government should guarantee that the contested provisions represented a valid modification of the province's Constitution, and that they respected the principle of federalism expressed in the *Secession Reference* without varying the terms of the federal union included in the Constitution of Canada¹⁰⁶. This respect for the Constitution should also ensure that Bill 99 did not introduce institutions alien to Canadian constitutional law that might cause constitutional upheaval¹⁰⁷. By means of this affirmation, the federal government seems to want to prevent Quebec from creating its own constitutional subsystem different from that of Canada.

For the federal government the scope of the right to self-determination contained in section 1 of Bill 99 should be limited to the internal sphere, while the inalienable right to decide upon Quebec legal system should be understood as a right to participate in electoral processes within the competence of the province, notably, elections to the

¹⁰⁴ According to a poll conducted by *Forum Research* published shortly after this decision, this decision was supported by a majority within Canadian society, who were of the opinion that a percentage of between 60 and 75 per cent was necessary in order to proceed with secession. Only 22% of respondents considered a simple majority sufficient to proceed with secession.

¹⁰⁵ *Journal des débats (Hansard) of the National Assembly, 40th Legislature, 1st Session, October 23, 2013.*

¹⁰⁶ *Declaration of Intervention of the Mis en Cause Attorney General of Canada, October 16, 2013, par. 3.*

¹⁰⁷ *Ibidem, par. 4.*

National Assembly¹⁰⁸. Similarly, section 13 should also be conceived of as an exercise of internal self-determination, without affecting the powers constitutionally assigned to the federal Parliament¹⁰⁹.

With regard to the majority required in a future referendum, the federal government argued that the consideration as winner of the option that obtained 50% plus one of the votes should be restricted to consultative referendums that did not affect secession. For this kind of consultation, the federal government referred to the Supreme Court's observations, claiming that only a clear majority resulting from a qualitative evaluation could be regarded as free of doubt¹¹⁰. Thus, the federal government rejects the application of the rule of section 4 of Bill 99 to a referendum on secession, understanding itself to be bound only by the criteria contained in the Clarity Act.

In its reasoning, the federal government also rejected the term "State of Quebec", considering that the latter should be understood as "nothing more and nothing less than province of Quebec"¹¹¹. Furthermore, it also requested that the notion of legitimacy be interpreted in accordance with Quebec's role as province within the federal framework. The rejection of the term "State of Quebec" is noteworthy, since this term has been used by Quebec for decades. Given its longevity and lack of legal effect, the use of the latter should not be disputed by the federal government, Quebec's form of referring to itself falling within its own competences¹¹².

Along with these considerations, the federal government called on the judge to declare that Bill 99 provided no legal basis for unilateral secession, and that Quebec was a province of Canada in the light of the Constitution¹¹³. The federal government's position is clear: there can be no conflict between the principles of *Secession Reference* set out in the Clarity Act and Bill 99. Because of this, Bill 99 should be interpreted in a manner compatible with the Constitution. Should this prove impossible, the contested provisions must be declared *ultra vires* and annulled accordingly.

Following further delays and almost five years after the federal government's intervention, the *Cour Supérieure* issued its ruling declaring the constitutionality of all

¹⁰⁸ *Ibidem*, par. 56.

¹⁰⁹ *Ibidem*, par. 71.

¹¹⁰ *Ibidem*, paragraphs 62-63.

¹¹¹ *Ibidem*, paragraphs 66-67.

¹¹² The use of the term "State of Quebec" does not represent a change in the official name of the province, a circumstance that would require a constitutional amendment on account of forming part of the Constitution of Canada.

¹¹³ *Declaration of Intervention of the Mis en Cause Attorney General of Canada* of October 16, 2013, par. 5.

provisions of Bill 99. Judge DALLAIRE rejected the appellant's claims on the basis that the content of the law neither concealed "a separatist conspiracy"¹¹⁴, nor assigned any power or prerogative not already reflected in the constitutional text, but that the law was a reaction to the Clarity Act in order to denounce what the National Assembly considered to a federal invasion of the internal management of Quebec's affairs.¹¹⁵

Continuing in this line, judge DALLAIRE denies that Bill 99 creates the people of Quebec, but rather reaffirms the existence thereof, which predates the creation of the Confederation, without it being possible to infer from the existence of this a right to unilateral secession¹¹⁶. The *Cour Supérieure* regards Bill 99 as the culmination of the process of national construction, which occurs via the reaffirmation of a series of principles, rights and prerogatives of the people of Quebec, which are exercised via their representatives in the National Assembly. These principles, rights and prerogatives are the expression of the internal right to self-determination enjoyed by the province of Quebec as a component part of the Canadian federation and, as a result, fall within the competences of the National Assembly¹¹⁷.

The reasoning employed by DALLAIRE is based, perhaps excessively, on the provincial legislator's will expressed in parliament during the introduction of the law and which the judge shares. The constitutionality of the provisions contested by the appellant is based on a read down of the latter, the scope of these understood as limited to the internal sphere as part of the provincial Constitution, without their application involving erosion or undermining of the competences of the federal government¹¹⁸. The judge reaches this conclusion by interpreting the contested provisions in their entirety, since they complement one another, finding no mention of secession and that the legislator expressly rejected the possibility of their being employed to this end¹¹⁹. DALLAIRE highlights a significant nuance which is the need to differentiate between the hard and reiterative language of Law 99, the context of which is a political dispute with the federal government, and the objective and legal effects pursued by this language,

¹¹⁴ *Henderson c. PGQ et-PGC* N° 500-05-065031-013, par. 339.

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 560.

¹¹⁶ *Ibid.*, paragraphs 348-349. Note that in this context the term unilateral is understood as without prior negotiation with the rest of Canada.

¹¹⁷ *Ibid.*, par. 578.

¹¹⁸ *Ibid.*, par. 476.

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 433.

which is simply to reaffirm Quebec's right to decide on itself-rule within the constitutional framework¹²⁰.

With regard to the most controversial provision, the rule of 50% plus one as the winning formula in a hypothetical referendum, contained in section 4, the judge interprets that this regulation falls within the sphere of provincial competence given that this referendum is merely consultative. This consultative status means that the National Assembly is entirely responsible for accepting, or rejecting the result, and for deciding whether to open negotiations over a possible secession¹²¹. For DALLAIRE, the majority of affirmative votes is a notion accepted both in the federation as a whole and internationally, so adoption of this rule in the provincial ambit neither implies recognition of a right to unilateral secession nor permits the provincial government to violate the notions of clarity established by the Supreme Court¹²². For this reason, section 4 should be regarded as constitutional, without this involving change in the powers of the federal government which should decide whether to enter into negotiations on the basis of its own law, the Clarity Act. With these arguments, DALLAIRE reinforces the aforementioned theory that between the Clarity Act and Bill 99 there exists no operational conflict, but that the problem is confined to how the political actors interpret and act upon the two laws.

Finally, and as was to be expected, the judge rejects the idea that the term "State of Quebec" has any other implication beyond that of being equivalent to that of Province of Quebec given its indiscriminate use in both Bill 99 and other provincial laws¹²³. Therefore, the denomination "State" does not imply sovereignty, but is no more than a further manifestation of Quebec's self-rule within the autonomy conferred upon it by the Constitution of Canada in order to construct its provincial Constitution¹²⁴.

In conclusion, for the *Cour Supérieure* Bill 99 does not permit, neither directly nor indirectly, violation of the Constitution of Canada, and confers no right whatsoever to unilateral or non-negotiated secession¹²⁵. Therefore, the articles in Bill 99, including

¹²⁰ The judge uses the popular expression "*trop fort, casse pas*" (paragraph 544) to demonstrate that this reiteration and firmness cannot be understood as a desire to fracture the constitutional system, but that it reflects the desire to express the National Assembly's rejection of the Clarity Act. The will to reaffirm self-rule is condensed by DALLAIRE into the slogan *Maîtres chez nous*, which was employed by LESAGE during the Quiet Revolution (paragraph 565).

¹²¹ *Ibid.*, paragraphs 508-510.

¹²² *Ibid.*, paragraphs 504-507.

¹²³ *Ibid.*, par. 369.

¹²⁴ *Ibid.*, paragraphs 384-386.

¹²⁵ *Ibid.*, par. 585.

those that were not contested, should be interpreted as manifestations of Quebec's internal self-rule within its sphere of competences.

The *Cour Supérieure*'s decision to uphold the constitutionality of Bill 99 was immediately celebrated in sovereigntist circles as a victory for Quebec on the assumption that it represented acceptance "of the right to self-rule of the people of Quebec"¹²⁶. The provincial government expressed moderate satisfaction, regarding the ruling as a victory for provincial self-rule in its reaffirmation of Quebec's autonomy to act within its own competences, in particular, in relation to the holding of a hypothetical referendum¹²⁷. For its part, the federal government applauded the *Cour Supérieure*'s decision, claiming that the judge had accepted the arguments of the Attorney General of Canada to the effect that Bill 99 did not confer a right to unilateral secession. In the opinion of the federal government, which announced that it would not appeal against the decision, Judge DALLAIRE upheld Bill 99 as part of the provincial Constitution of Quebec, confirming the validity of the constitutional framework outlined by the Supreme Court in the *Secession Reference*, the latter having to be respected in any process of secession¹²⁸. In spite of the federal government's desire to bury the issue and avoid a sterile polemic in a context in which support for sovereigntism is at an all-time low, the legal dispute is far from over. The appellant has announced his intention to appeal before the *Cour d'appel* and called on the federal government to put an end to the dispute once and for all, requesting of the Supreme Court an advisory opinion on the constitutionality of Bill 99, an extreme that was rejected by the federal government.

The judicialisation of the conflict between both laws is merely the continuation of a process of questioning the suitability of the Clarity Act as an instrument to resolve conflicts. Nonetheless, some questions remain unanswered, such as that of the indivisibility of the territory of Quebec, which was not considered by the *Cour Supérieure* as it was not included in the appeal. The ideal solution to these disputes would be to reach a political agreement that were ratified by both the federal Parliament and the National Assembly with regard to the rules that would govern a third referendum. The possibility of an agreement between governments was contemplated

¹²⁶ RADIO CANADA (2018).

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ PRIVY COUNCIL OFFICE (2018).

prior to adoption of the Clarity Act, though it was ruled out, given the Quebec government's desire to impose its own interpretation of the *Secession Reference*¹²⁹.

It is obvious, as over twenty years have passed without the holding of a new referendum, that secessionist tension in Quebec has decreased. But, has the Clarity Act contributed to the absence of a third referendum, or has the impact of the latter upon the Canadian constitutional system been overstated? After the 1995 referendum and in order to prevent a new failure from interrupting the sovereigntist movement, the PQ adopted a new course of action: it would only call a new referendum if “winning conditions” were met¹³⁰. Thus, the sovereigntist formation side-lined the issue of independence until such time as it perceived the existence of majority support for the latter. This strategy represented an interiorisation of the principles of the *Secession Reference* expressed in the Clarity Act, accepting the need for a clear majority that left no doubt as to the will of the citizens of Quebec. Subsequent political experience has shown support for the independence of Quebec has gradually fallen, to the extent that it has become an electoral burden for the PQ¹³¹.

As has been explained, the critical moments for the Quebecois pro-independence movement have occurred under extraordinary circumstances, where there was evidence of a sentiment of rejection of the Francophone province's aspirations of self-rule. Although the sovereigntists believed that each *hiccup* (in the words of Chantal HÉBERT) brought them closer to the goal of independence, reality has shown that the 1995 referendum was the true *hiccup*, as without the frustration generated by the failure of the Lake Meech Accord sovereigntism has been incapable of reproducing those levels of support¹³². The absence of these circumstances makes it extremely difficult to form a majority in support of the sovereigntist option, a situation that has been reinforced by the gradual integration of the “Quebecois difference” within the federation. Along with this, there are additional factors that explain the decline of the secessionist movement, such

¹²⁹ DION (2014): 33.

¹³⁰ CONWAY (2004): 238-239. This extract also evidences PARIZEAU's criticism of this new policy, which he regarded as supportive of the federalist argument that the PQ was embarking on a *neverendum*, in other words, dragging on forever the debate over the referendum without daring to call it.

¹³¹ Polls conducted by Léger between 1999 and 2015, show average support for secession at around 40%, with figures of over 50% only in the year 2005. The PQ was defeated in the 2014 elections, preventing MAROIS from returning to power, after a pro-independence shift in its campaign in which its candidate for Economy Minister, Pierre Karl PÉLADEAU announced his intention to “*faire du Québec un pays*”. A CROP poll for *La Presse* conducted in December 2016 placed rejection of Independence at 68%, the highest figure in the entire historical series.

¹³² This process is described by political commentator Chantal HÉBERT in an article entitled “*In Quebec, sovereignty going way of the Church*” published on June 25, 2011 in the *Toronto Star*.

as the sociological and demographic changes undergone by the province. The newer generations have different priorities from those of their parents, focused fundamentally upon education, employment and the environment; independence not being a fundamental issue. This age group has developed its life in a Francophone environment, without perceiving any threat to the French language. The new generations are more integrated with the Anglophone world, be it the rest of Canada or the USA, than their ancestors, with no fear of a possible linguistic assimilation and relativizing cultural diversity¹³³.

To summarise, although the Clarity Act was a landmark in Canadian constitutionalism, expressing the federal government's interpretation of the *Secession Reference* in order to make it more difficult to call a new referendum, one cannot conclude that it played a decisive role in reducing secessionist tension in Quebec¹³⁴. Though it is undeniable that the Clarity Act would influence a hypothetical referendum, serving as a legal basis for the federal government to address –or even refuse to open–, the negotiation process, its impact seems to have been short-lived. The National Assembly of Quebec never felt bound by the Act, as is evidenced by the adoption of Bill 99 and the subsequent declarations of rejection of the Clarity Act, so the divergence of opinion between the federal government and Quebec vis-à-vis the content and interpretation of the *Secession Reference* persists. This counter position of wills is explained, as GAUDREAU-DESBIENS, notes, by the fact that both laws are an example of “political legislation” through which each government defended its original position. In other words, these laws, rather than seeking to deploy legal effects, are really directed towards consolidating a political position regarding the *Secession Reference* and the question of the secession of Quebec¹³⁵. As has been pointed out, the reduction in secessionist tension can be explained by other factors: notably sociological changes in Quebec and the absence of that hiccup that might act as a catalyst of support for secession. Therefore, one cannot conclude that the Clarity Act, which to date has had no legal effect, has been decisive in this reduction, since it has not even been possible for

¹³³ A poll conducted by CROP for La Presse in 2014 among young people between the ages of 18 and 24 showed that support for independence stood at 31%. Among the main reasons for this rejection were the advantages offered by Canadian federalism and the values shared with the rest of Canada. In a poll conducted during the 2018 election campaign, this support fell to 19%, with the favoured option being the status-quo.

¹³⁴ DUMBERRY (2015): 375-376.

¹³⁵ GAUDREAU-DESBIENS (2014): 775-756.

the interpretation of this law as expressed in the Supreme Court ruling to be accepted by the National Assembly of Quebec.

4. FROM CHRÉTIEN TO TRUDEAU: A GRADUAL DECREASE IN POLITICAL CONFLICT IN PURSUIT OF GREATER RECOGNITION

4.1. The cooling-off period: Chrétien and Martin

The differences between CHRÉTIEN's liberal and BOUCHARD's PQ government were not confined to the referendum question. In 1999, Quebec was the only province that remained outside the *Social Union Framework Agreement* (SUFA), an intergovernmental agreement that established the basis of the Canadian social union in counter position to the previous unilateral attempts¹³⁶. For the PQ government, the SUFA was just one more episode in the process of centralisation fomented by the federal government in pursuit of Canadian unity¹³⁷. The practical effects of the agreement were very limited, with it regarded by some as a tool with which CHRÉTIEN might ensure the support of the Anglophone provinces in his dispute with the government of BOUCHARD¹³⁸. Once again, two diametrically opposed visions of the federal model clashed, resulting in a new situation of isolation for Quebec.

This policy of disagreements came to an end with BOUCHARD's resignation in January 2001, to be replaced Bernard LANDRY as head of the Quebec government. The PQ leader based his decision on the impossibility of revitalising the sovereignist movement in search of winning conditions in order to call a new referendum. BOUCHARD became a victim of referendum fatigue. The focusing of the government's work upon the sovereignist cause resulted in other areas being neglected, generating discontent amongst the population. This combined with a sense of frustration and weariness among those sectors most in favour of secession, disappointed at how it was proving impossible to achieve.

Relations between the Quebec and the federal governments were strained during the final months of the CHRÉTIEN government following revelations regarding the use of public funds in order to promote the image of Canada during the 1995 referendum campaign. This issue would have an even greater impact upon the subsequent

¹³⁶ BASHEVKIN (2000): 26-33.

¹³⁷ BÉLAND and LECOURS (2005): 688. ALLEN (2012): 220-225.

¹³⁸ BROOKE (2010): 316.

government presided over by MARTIN, who was forced to call early elections after only two years in office when he was obliged to give testimony in court.

MARTIN's time in office was characterised by the absence of a clear vision in relation to the Canadian federal model. In spite of the fact that the accession to power of CHAREST's PLQ in 2003 did much to reduce the tension, MARTIN's popularity in Quebec fell significantly. His past as Minister of Finance had been marked by the quest for a zero deficit, which had involved the federal withdrawal of numerous programmes shared with the provinces, leaving the latter to bear the entire financial burden thereof¹³⁹. Once he had been appointed leader of the federal government, he appeared to be prepared to inaugurate a new phase marked by asymmetric federalism. This would have meant listening to Quebec's demands for a special agreement in health-care matters, in which receipt of federal funds were not subject to a federal conditionality¹⁴⁰. However, this initial willingness did not materialise as significant agreements. The only area where the federal government reached individualised agreements with the provinces was that of childcare, a matter in which Quebec, which had been running its own programme for years, did not therefore obtain significant benefits.

Although he reiterated his refusal to undertake any process of reform of the Constitution, during the electoral campaign prior to his defeat, MARTIN proposed a restriction of the scope of the notwithstanding clause amid the debate over the possible legalisation of same-sex marriage by the Supreme Court¹⁴¹. This was the only important proposal made by the Prime Minister in constitutional matters, which illustrated his scant interest in the issue.

After the years of Plan B, the last years of the CHRÉTIEN government and the subsequent mandate led by MARTIN were characterised by a thaw in relations with Quebec, with no issues of particular relevance to the federal model being addressed during this period. The PQ's defeat in the provincial elections contributed to this relaxation, eliminating the possibility of a new referendum in the near future. As in 1984, after a period of confrontation between the liberals and the PQ, a conservative government would be charged with repairing relations and advancing with Quebec's integration within the federation.

¹³⁹ NOËL (2009) : 285-286

¹⁴⁰ KENT (2004): 29-34.

¹⁴¹ AXWORTHY (2007): 58.

4.2. Harper and open federalism: story of a romance without a happy ending. The recognition of the Québécoise nation

The accession to power of the conservative Stephen HARPER in 2006 brought a significant change to the Canadian political landscape. After numerous internal disputes, schisms included, a conservative party returned to power thirteen years later. HARPER, elected by Alberta, became the first Prime Minister in over thirty years who was not from Quebec, and was thus a reference in the country's swing towards the West¹⁴².

Though the electoral breadbasket of the conservatives was to be found in the Prairies provinces, the party was aware of the need to achieve good results in Ontario and Quebec in order to win the elections. In the 2006 elections HARPER obtained ten representatives in Quebec, the best result for the Conservative Party since MULRONEY. Though this was a territory that was traditionally hostile to his interests, the conservative leader had striven to improve his image in Quebec, improving his French and holding the party's foundational convention in Montreal.

HARPER had run a campaign in favour of a new model of federalism, which he called *Open Federalism*, even promising to create a Charter setting out the principles thereof, although this never materialised. His vision represented a return to the origins of Confederation, highlighting respect for the model of distribution of powers between the federation and the provinces¹⁴³. For the conservative leader, the federal government should focus on genuine national priorities like defence or economic union, respecting the exclusive competences of the provinces¹⁴⁴. This commitment to greater decentralisation that would guarantee respect for provincial autonomy was welcomed by the western provinces, which were wary of the social programmes introduced by previous liberal governments. This approach was also well received in Quebec, as it hinted at the end of recourse to federal spending power in areas of provincial competence, which would be replaced by tax cuts. The limitation on federal spending power almost materialised in an intergovernmental agreement according to which both levels established the rules under which this would be exercised, restricting the field of

¹⁴² This does not take into account Kim CABELL (British Columbia), who occupied the post for a few months following MULRONEY's resignation in 1993, or John TURNER, who was not an MP and led the government for two months after the renouncement in 1984 of P.E. TRUDEAU.

¹⁴³ HARPER (2004): A19.

¹⁴⁴ Though without mentioning it explicitly, the Conservatives considered that opting not to intervene in matters under provincial control would strengthen national unity by preventing the creation of new tensions with Quebec.

action of the federal government in Quebec¹⁴⁵. An agreement on such a scale would have constituted a significant advance in the matter since the constitutional negotiations of Meech and Charlottetown, satisfying one of Quebec's major grievances by ending federal interference in provincial competences. The limitation of federal spending power would have enabled Quebec freely to exercise its competences in crucial areas like healthcare and education, without having to subordinate its policies to federal conditionality in order to obtain the necessary funds in order to finance them.

The renunciation of spending power was accompanied by a new form of addressing relations with the provinces, favouring a bilateral approach with the latter. This aspect was also welcomed in Quebec, as it permitted the province to have a bilateral relation with the federal government when negotiating such important matters as healthcare or education. The expectations created in Quebec by this new open federalism were high, since the latter could lead to the fulfilment of some of the province's historical demands.

Initially, relations between the new federal government and the liberal provincial government of CHAREST were fluid, assisted by the latter's past membership of the federal government under MULRONEY. HARPER's first term saw two advances in pursuit of a better accommodation of Quebec within the federation. The first of these was the conclusion of an agreement between the province and the federal government reserving for Quebec a position in the Canadian delegation at the UNESCO¹⁴⁶. This agreement acknowledged Quebec's singularity within the federation given its linguistic and cultural characteristics, guaranteeing the province a permanent representative in the Canadian delegation. This representative, though obliged to report to the head of the delegation, is free to participate in sessions and debates in order to express the position of the government of Quebec. In the event of differences over voting, the position of the Canadian government shall prevail, though a note will be issued announcing Quebec's position and the grounds for the latter.

This agreement increased Quebec's international presence in a United Nations organ to an unprecedented level. This cooperation between the two governments made it possible to reinforce the defence of Quebec culture and identity, and facilitated Quebec's participation on the international stage. This cooperation was intended to be

¹⁴⁵ BELLAVANCE (2016)

¹⁴⁶ *Agreement between the Government of Canada and the Government of Québec concerning the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO).*

permanent, with Article 4.1 of the agreement establishing the impossibility of amending or revoking the latter without the consent of both parties, which guaranteed to Quebec that it would be safeguarded against any possible political changes in Ottawa.

The recognition of Quebecois identity became even more relevant in November 2006 when the BQ presented a motion in Commons seeking the recognition of Quebec as a nation. The conservative government took advantage of the opportunity, one day earlier, to put to the vote its own motion, which included certain modifications of the one originally presented by the BQ. The motion presented by the BQ, in its English version, declared “*that Quebeckers form a nation*”, a text that was revised in the conservative version, replacing Quebeckers with *Québécois* whilst adding a reference to the unity of Canada. The final text of the motion was thus as follows:

*That this House recognize that the Québécois form a nation within a united Canada // Que cette Chambre reconnait que les Québécoises et les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni.*¹⁴⁷

The final drafting of the motion presents two very important characteristics. The first of these is the characterisation of the people that form the nation as *Québécois*, a term employed in both the English and the French versions. This means abandoning *Quebecker* as the term referring to residents of Quebec, in pursuit of a notion of a more identity nature. As we have seen, the notion of *Québécoise* identity emerged after the Quiet Revolution, uniting those inhabitants of Quebec that share the French language and culture. Consequently, this recognition referred solely to the *Québécoise* nation, and not to the province of Quebec as such, excluding the Anglo-Quebecois, which caused some displeasure in the conservative ranks, prompting the resignation of the Minister of Intergovernmental Relations¹⁴⁸. Meanwhile, the reference to the unity of Canada made it very clear that the adoption of the motion under no circumstances implied recognition of a special status for Quebec nor the existence of a right to self-determination.

The motion was approved by an overwhelming majority of 265 votes in favour and 16 against, most of these members of the Liberal Party. The Parliament of Quebec reacted to this vote with a resolution in which it acknowledged the positive character

¹⁴⁷ *House of Commons Debates*. Volume 141, Number 87, 1st Session, 39th Parliament. November 27, 2006, p. 5351.

¹⁴⁸ Michael CHONG resigned on the day of the vote, considering that the text implied an acceptance of ethnic nationalism by Canada, which clashed with his ideals.

thereof, though it reiterated that this represented no reduction of the inalienable rights, powers and privileges of the National Assembly¹⁴⁹.

The endorsement of the symbolic recognition of the singularity of Quebec was not a new idea, as it had already been included in 1997 in the Calgary Declaration signed by the leaders of all the provinces except Quebec¹⁵⁰. Unlike the distinct society clause discussed at the Lake Meech and Charlottetown negotiations, this endorsement had no legal effect whatsoever, its field of action being limited to the merely symbolic¹⁵¹. Nevertheless, this recognition represented an important step in the integration Quebec within Canada, as it was the first time that a federal body had acknowledged the special characteristics of Quebecois society. It was not until eight years later that the Supreme Court reiterated this recognition, proclaiming the existence of a legal culture and different social values in Quebec¹⁵².

The participation in the UNESCO and the recognition of the national reality of Quebec appeared to herald an era of cordiality and understanding between the federal government and the Francophone province in pursuit of a better accommodation of the latter within Canada. In only a few months of conservative government Quebec had seen two of its historical aspirations satisfied. However, the love affair between Quebec and the conservative government suffered as a result of the conflicts arising from the equalization programme. The federal government changed the calculation formula in order to exclude from the calculation part of the revenues deriving from natural resources like gas or oil. These modifications involved significant benefits for the provinces where there was majority support for the conservatives, such as Alberta, Saskatchewan or Newfoundland, while there would be a reduction in the funds received by Quebec. The federal government's intention to create a common securities regulator, a matter of provincial competence, and the refusal to transfer to the government of Quebec data regarding the registration of long firearms which the federal government intended to eliminate, was confirmation of the fact that open federalism, if indeed it had ever existed, was over.

¹⁴⁹ *Résolution de l'Assemblée nationale du 30 novembre 2006. 37^e législature, 2^e session - Vol. 39 N° 65, pp. 3636-3645.*

¹⁵⁰ BENZ (2016): 182. Point 5 of the Declaration recognised the unique character of Quebec on account of its language, culture and system of civil law. *Premier's Meeting, Calgary* September 14, 1997.

¹⁵¹ BRUN, TREMBLAY and BROUILLET (2014): 90.

¹⁵² *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21, para. 49.*

The kindly notion of open federalism appeared to conceal the intention to implement at any cost the government's neo-liberal agenda¹⁵³, in which economic efficiency and conservative policies prevailed over any consideration in relation not respect for provincial autonomy or a broader conception of the federal model¹⁵⁴.

Nonetheless, the net result of HARPER's conservative governments does not appear to have been wholly detrimental to the interests of the Francophone province. Some of the questions that were left unresolved after the failure of Lake Meech were beginning to be addressed. Albeit without constitutional status, Quebec achieved the recognition of its special characteristics by the rest of Canada. In addition, for the first time, it had its own voice in a UN body, a factor that significantly reinforced Quebec's international image. Given the lack of federal will, new social programmes had not been introduced in areas of provincial competence, which, combined with the promise of a future individualised healthcare agreement, reaffirmed Quebec's autonomy in the sphere of competences. As political commentator Chantal HÉBERT notes, those who vehemently opposed the Lake Meech Accord are those who did most in favour of provincial interest; they won the battle, but lost the war¹⁵⁵.

4.3. Trudeau and modern federalism

The 2015 elections signalled the end of nearly a decade of conservative government, returning the liberals to power, now led by Justin TRUDEAU –son of P.E. TRUDEAU–, who were recovering from the humiliating defeat they suffered in 2011, when they were relegated to third place. The Liberal Party won the elections in Quebec again after the surprising victory of the NDP in 2011¹⁵⁶. Meanwhile, the BQ continued its own particular exile in the wilderness, incapable of mobilising the sovereignist vote in the absence of a constitutional conflict and with the progressive vote dominated by liberals and neo-democrats.

¹⁵³ CASTRO-REA (2016): 261-266 shows the huge contradictions between the theory and practice of “open federalism”, observing that its real goal appeared to be the dismantling of the welfare state, in accordance with conservative ideological postulates.

¹⁵⁴ DUNN (2008): 44-45. An example of this would be the dispute between Quebec and the federal government over the data registry of long guns, where the federal government imposed its will, rejecting any possibility of cooperation with the provincial government on purely ideological grounds.

¹⁵⁵ HÉBERT (2011).

¹⁵⁶ ROCHER (2014b): 65-82 analyses the causes of the NDP's electoral victory in Quebec in the 2011 federal elections, and its possible implications for the future. However, his predictions did not materialise because the NDP suffered a major setback in Quebec without the BQ succeeding in capturing the anti-conservative vote, resulting in a comfortable liberal triumph in the province.

Before becoming Prime Minister, TRUDEAU had already showed that he was prepared to establish a new relationship with the provinces, pledging to govern according to the federal principle¹⁵⁷. The first manifestation of this willingness was his self-appointment as Minister of Intergovernmental Relations. There was cause for optimism in the shape of a new form of administering the federation and provincial relations based on cooperation and dialogue. This *modus operandi* was described by TRUDEAU himself as “federalism of reconciliation” on account of its particular emphasis on improving the situation of the indigenous communities acknowledging the abuses they had suffered in the past and improving their accommodation within Canada¹⁵⁸.

With regard to relations with the provincial governments, the legislature began with a clear commitment to multilateral cooperation, summoning the provincial leaders to various meetings and inviting them to participate in the Paris Climate Summit aimed at reaching an agreement on pollutant emission limits. This prioritisation of multilateralism also extended to the negotiations directed towards renewing the healthcare agreement. However, these were frustrated when the provinces demanded greater economic resources, with the agreement restricted to certain common principles that should guide the system. When the negotiations failed, the federal government opted for a return to the bilateralism characteristic of the previous government, signing separate agreements with the provinces, thus consolidating Quebec’s asymmetry in healthcare matters, initiated in 2004. Though it is still too soon to perform a conclusive analysis, this change in the way of understanding cooperation with the provinces seems to show that, with regard to relations between the federation and the provinces, TRUDEAU’s “federalism of reconciliation” resembles more a “pragmatic federalism” in which the federal government prioritises the materialisation of those policies it considers to be more advantageous for the federation. Thus the liberal government has combined the signing of individualised agreements in healthcare, integrating different provincial needs and sensibilities, with a policy of *one size fits all* in which federal activity is characterised by its homogeneity¹⁵⁹, rejecting individualised solutions and disregarding provincial interests, as has been the case of the legalisation of cannabis,

¹⁵⁷ TRUDEAU (2015).

¹⁵⁸ LAFOREST and KEATING (2018): 181-182

¹⁵⁹ The expression *one size fits all* refers to those policies that opt for a standard approach in which all the recipients, in this case the provinces, are treated equally, without adaptation to their individual needs. This approach does not take into account any of the particular characteristics of each province, preferring homogenous regulation based on criteria established unilaterally by the federal government.

where the federal government has refused on repeated occasions to accept the provincial demands of Manitoba and Quebec.

Vis-à-vis the accommodation of the latter province, the implantation of a new system of appointment of members of the Supreme Court, which will be addressed in depth below, represents modest progress in one of the few outstanding issues of the five points of Lake Meech. Furthermore, at the end of 2016, the federal government announced an agreement with Quebec involving a federal investment of over 400 million dollars aimed at improving the province's deteriorated educational infrastructures. This agreement, the content of which affects an exclusive competence of Quebec like education, is an example of cooperation between governments. Instead of acting unilaterally, the federal government places at the province's disposition funds destined to improve educational facilities, with the province responsible for their distribution. Despite these advances, there have also been clashes between the two governments on other fronts. The draft Law C-29, a text regulating the banking sector, has also been the source of tension between the two levels¹⁶⁰. This included provisions relating to consumer protection, an element of provincial competence. Finally, and after the Quebec senators threatened to block its approval, the government decided to backtrack and withdrew the project that was causing the controversy.

The election of the government of the CAQ, led by François LEAGULT, at the end of 2018 represents a new chapter in relations between the province and the federal government. The *caquiste* leader has announced his intention to demand that Ottawa grant increased powers in immigration matters, extending Quebec's competences to include family reunification, and the transfer of some taxes. However, the Prime Minister appears unlikely to be receptive to these demands, especially towards the end of the legislature.

To summarise, TRUDEAU's mandate is continuist with regard to the accommodation of Quebec without any obvious significant developments, beyond friendly and conciliatory language towards the province of origin of the liberal leader. The growing political affinity between the CAQ and the Conservative Party in fields such as taxation or immigration may favour a phase of understanding should this formation triumph in the federal elections of 2019. Hence the uncertainty as to whether it would again be a Conservative government in this case led by Andrew SCHEER, that

¹⁶⁰ A second Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 22, 2016 and other measure – 42nd Parliament 1st Session.

might replicate the efforts of MULRONEY and, to a lesser extent, HARPER, to accommodate Quebec and achieve the definitive integration of the province within the constitutional framework post 1982.

4.4. The legacy of 1982: the *notwithstanding* clause today

In spite of being a valid constitutional and having its origins in the differences between the federal government and the provinces at the time of the *patriation* of the Constitution, section 33 of the 1982 Constitution de 1982 does not enjoy good press in contemporary Canadian society. Canada is known for being one of the pioneers in the protection of Human Rights –it is no coincidence that it is the country behind United Nations Pacts on Rights and one of the biggest contributors to the UN budget–, so the existence of a mechanism to override rights does not appear to be very compatible with the defence of these values. This fact has led to the emergence of various proposals aimed at restricting its use, none of which have prospered¹⁶¹. The negative image of the *notwithstanding* clause has self-generated an obligation on the part of legislators to anticipate the result of a possible judicial decision regarding the compatibility of the law in question with the Charter, resulting in a priori control of constitutionality which elevates the protection of fundamental rights in the Canadian constitutional system¹⁶².

The distrust of the clause, and the desire to avoid parallelisms with Quebec, has resulted in the virtual absence of its use beyond the *belle province*. Leaving Quebec aside, the *notwithstanding* clause has been used on three occasions in the rest of the federation. The first of these was in 1982 in the territory of Yukon in a law that never entered into force¹⁶³. The Saskatchewan government included it in an employment law¹⁶⁴ to protect it from a Court of Appeal ruling¹⁶⁵ which it believed to be in violation of the right of association. This inclusion did not have a relevant impact either, as the Supreme Court upheld the Saskatchewan government's appeal, denying that this law violated the Charter, so the use of section 33 to protect it was unnecessary¹⁶⁶. The

¹⁶¹ In the preparations for the Charlottetown conference the federal government proposed the need for parliamentary support of 60% in order to activate the *notwithstanding* clause. In 2003 Prime Minister Paul MARTIN advocated the adoption of a law under which the federal Parliament would pledge not to use the mechanism of section 33. The electoral defeat of the Liberal Party thwarted this proposal, the constitutionality of which was the source of some doubt.

¹⁶² BELLAMY (2007): 47-48. KAHANA (2002): 237-242.

¹⁶³ *Yukon's Land Planning and Development Act - Statutes of Yukon* 1982, c. 22.

¹⁶⁴ *Saskatchewan Government Employees Union Dispute Settlement Act*, S.S. 1984-85-86, c. 111, s. 9

¹⁶⁵ *RWDSU v. Government of Saskatchewan*, [1985] 5 W.W.R. 97.

¹⁶⁶ *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460.

province of Alberta is the only one that has used it effectively. In 2000, the provincial parliament adopted the *Marriage Amendment Act, 2000*¹⁶⁷ according to which the *notwithstanding* clause was included to shield the definition of marriage as the union between a man and a woman from the application of the Charter of Rights and Freedoms, and the *Alberta Bill of Rights*¹⁶⁸. After the 5-year deadline, the provincial government decided not to renew the declaration of exclusion. Recourse to the *notwithstanding* clause was the provincial government of Alberta's response to the federal government's adoption of the *Civil Marriage Act*¹⁶⁹, legalising marriage between persons of the same sex. This law represented the legal materialisation of what was set out by the Supreme Court in the *Reference re Same-Sex Marriage*, where it was confirmed that federal power over marriage qualified it to define those subjects entitled to contract the latter, endorsing the possibility of marriage between two persons of the same sex. The decision to consult the Supreme Court before modifying the law meant that CHRÉTIEN's government waived the right to use the *notwithstanding* to protect marriage between persons of the same sex from an unfavourable judicial decision. This decision could have been frustrated had the conservative opposition succeeded in its proposal to define marriage exclusively as the union between a man and a woman¹⁷⁰, a circumstance that would have forced the liberal government to employ, for the first time in history, the *notwithstanding* clause at federal level.

The scant use of this constitutional mechanism by the Anglophone provinces – and territories – illustrates the high political and social cost of its invocation. The inclusion of the clause has a signalling effect, revealing the doubts of the government in office vis-à-vis the compatibility of the law with the Charter and mobilising critics of the project¹⁷¹.

¹⁶⁷ 2000 Bill 202 Fourth Session, 24th Legislature, 49 Elizabeth II, The Legislative Assembly Of Alberta.

¹⁶⁸ HIEBERT (2002): 197-198.

¹⁶⁹ *Civil Marriage Act*, S.C. 2005, C. 33.

¹⁷⁰ Two proposals in this sense were defeated by a narrow margin, the first by the *Speaker's* casting vote after the first tie in 40 years, and the second by a tight 137 a 132. Vid. *House of Commons Debates*, 37th Parliament, Volume 138, Number 120, 2nd Session, September 16, 2003, pp. 7436-7439.

¹⁷¹ HOGG (2007): 39-9. In 1998 this signalling effect led the government of Alberta to abandon its plans to invoke the *notwithstanding* clause to limit the amount of compensation payable to victims of a eugenic sterilisation plan. Vid. *Alberta Hansard, Issue 24, Second Session* – March 9, 1998. Similarly, the government of Saskatchewan did not go through with its plan to use the *notwithstanding* to protect the province's educational system with regard to the financing of Catholic confessional schools. The Constitution, under section 17 of the *Saskatchewan Act, 1905*, obliges the government of Saskatchewan to finance confessional schools, whether Catholic or Protestant, when these communities represent a minority in the school district. However, the courts have ruled this financing to be unconstitutional when it destined to pupils who do not profess the religion in question given that they do not belong to the constitutionally protected minority (*Good Spirit School Division No. 204 v Christ the Teacher Roman*

In spite of all this, and contrary to the opinion of those who believed it to falling into disuse¹⁷², in September 2018, the conservative Premier of Ontario, Doug FORD, announced at a press conference the holding of an extraordinary plenary session to introduce the *notwithstanding* clause. This urgency responded to a ruling issued that very morning in which a first instance judge annulled a law that reduced the number of councillors in the Toronto City Council, considering that this constituted a violation of the right to freedom of expression¹⁷³. Beyond the fact that this mechanism was being used for the first time in Ontario, the novelty of this situation lay in the justification cited by the conservative leader, who questioned the judge's capacity to annul a law passed by the provincial government. FORD contrasted his own direct democratic legitimacy having been democratically elected with the appointed condition of the judge, a factor that, in his opinion, justified the use of all the instruments available to him to prevent a judge from defying the popular will. This conception of the *notwithstanding clause* as just another instrument, and not as a last resort, constitutes a paradigm shift in the way of understanding the *notwithstanding clause*¹⁷⁴. This furious reaction, allied with the threat to again invoke section 33 every time there is a ruling unfavourable to the government, can only be understood in a populist vein in which the democratic principle must prevail over any other consideration. Ultimately, FORD was not excepting section 2 of the Charter, but values intrinsic to the democratic system such as the rule of law and the separation of powers, rejecting the possibility that the judiciary can overturn a law legally passed by the legislative on the grounds that it is contrary to the Charter of Rights and Freedoms. Proof of this is that the new law did not

Catholic Separate School Division No. 212, 2017 SKQB 109). In order to avoid a modification of the system of financing religious education, Premier Brad WALL pledged during his Throne Speech to take to Parliament a law that would invoke the *notwithstanding clause* until resolution of the appeal against the legal decision, something that never occurred.

¹⁷² GOLDSWORTHY (2010): 217-222 considers it to be in disuse. Meanwhile, ALBERT (2018): 146-165 believes that his situation is close only in terms of its possible invocation by the federal parliament, remaining in full force in the case of the provinces.

¹⁷³ The judge considered that the actions of the provincial government, which he interpreted as a violation of the right to freedom of expression contained in section 2.b of the Charter as it undermined the rights of candidates and voters given that the reduction occurred with the electoral process already under way (*City of Toronto et al. v. Ontario (Attorney General)*, 2018 ONSC 5151).

¹⁷⁴ This conduct is an example of what KAHANA (2006) terms a "bad use" of the *notwithstanding clause*, in not being based on the belief in the constitutionality of the law in question, but on a question of the legitimacy of legislative versus judicial power.

exclude application of section 2, but contained an omnibus reference to all the constitutional provisions liable to exclusion¹⁷⁵.

As was to be expected, the signalling effect of this decision quickly mobilised its critics, with the opposition voicing its unanimous rejection to the extent of forcing its expulsion from the session debating approval of the inclusion of section 33. Furthermore, several of those involved in its design during *patriation*, including Jean CHRÉTIEN, issued a joint statement in which they rejected its use by the government of Ontario considering that this contravened its essence, since it had been designed to be used in exceptional circumstances.

In a surprising turn of events, during the debate in the second reading regarding the introduction of the *notwithstanding* clause, the Ontario Court of Appeal suspended the execution of the sentence pending analysis of the government appeal, on the understanding that evidence existed that the first instance judge may have erred in his analysis¹⁷⁶. De facto, the Court of Appeal decision upheld the initial law resulting in the reduction in councillors sought by the provincial government as the resolution of the dispute would take place after the electoral process. Subsequently, the government announced that it was paralysing adoption of the *notwithstanding* clause, to which it would return in the event of an unfavourable appeal judgement.

The eventual consolidation of this new paradigm would mean breaking with the status of the *notwithstanding* clause as an extraordinary mechanism of integration with which to avoid the outbreak of a constitutional crisis that would reduce provincial autonomy, seeking to attain a balance between parliamentary sovereignty and judicial independence. This approach would not only distort the meaning of this provision, but would transform it into a tool with which it would be possible to abrogate any legislative action from judicial review vis-à-vis its constitutionality, initiating a drift towards authoritarianism that would not only fail to reduce constitutional tension, but would contribute to increasing it exponentially.

The signalling and mobilising effect of the *notwithstanding* has also gradually spread to the province of Quebec. 2013 saw the introduction in the National Assembly

¹⁷⁵ Bill 31 - *An Act to amend the City of Toronto Act, 2006, the Municipal Act, 2001, the Municipal Elections Act, 1996 and the Education Act and to revoke two regulations, 1st Session, 42nd Legislature, Ontario 67 Elizabeth II, 2018.*

¹⁷⁶ *Toronto (City) v. Ontario (Attorney General)*, 2018 ONCA 761.

of the polemic Charter of Values¹⁷⁷. This text consisted of a charter of secularism that, among other measures, made it illegal for civil servants to wear religious symbols¹⁷⁸. During the drafting of the project –which was never adopted owing to the calling of early elections in the spring of 2014–, it was criticised by many for being contrary to the fundamental rights reflected in the Quebecois charter of rights and in the Charter of Rights and Freedoms¹⁷⁹. The minister responsible of the Charter, B. DRAINVILLE, reiterated on numerous occasions the project’s respect for the rights included in the Charter, and ruled out the need to recur to the *notwithstanding* clause –or to the respective mechanism of the Quebecois Charter– to avoid a more than possible judicial conflict. As the date of the provincial elections drew nearer –elections which the PQ intended to focus upon the Charter since the latter was widely supported by the Francophone electorate –, the provincial leader, P. MAROIS, announced that if she won the elections she would adopt the project excluding it from the scope of the Charter to prevent it from being overturned judicially¹⁸⁰. MAROIS’s reasoning recalled that of the *Ford* case. The Premier considered it legitimate to resort to such a far-reaching measure as it was a mechanism with which to defend “the laws, the culture, the political orientation and language” of Quebec¹⁸¹. Once again, the *notwithstanding* clause appeared as an element that made it possible to respect the will of the National Assembly of Quebec against “external” aggression¹⁸².

The controversy surrounding the Charter of Values surfaced again in late 2017 when the National Assembly passed Bill 62¹⁸³. This initiative, promoted by the PLQ government and unanimously rejected by the opposition¹⁸⁴, aims to guarantee the religious neutrality of the state, to which end it obliges both public service providers – civil servants and public employees– and the recipients of these services to perform their duties with their faces uncovered, which implies a ban on the full-body veil. The

¹⁷⁷ Formally entitled *Loi 60: Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l’État ainsi que d’égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d’accommodement*.

¹⁷⁸ *Ibidem* Article 5.

¹⁷⁹ Among critics of the measure were the former leaders of the province PARIZEAU and BOUCHARD.

¹⁸⁰ CHOUINARD (2014).

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² As in the *Ford* case, the victims of the measure were the minority communities in Quebec. In the first case the Anglophones compared with a Francophone majority and in the second the Jewish and Muslim communities in a predominantly Catholic Quebec.

¹⁸³ *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l’État et visant notamment à encadrer les demandes d’accommodements pour un motif religieux dans certains organismes*. (2017, chapitre 19).

¹⁸⁴ The PQ and the CAQ rejected Law 62 on the grounds that it was decaffeinated, with both formations wanting to pass a Law on laicism, inspired by the draft Charter of Values, that would prohibit public employees from carrying religious symbols, an aspect not contemplated by the law on religious neutrality. For its part *Quebec Solidaire* rejected the project, considering it detrimental to women’s rights.

law contemplates the possibility of making individual exceptions to this ban, without entering into detail as to the circumstances under which these could be applied. In the light of the federal government's rejection of this law and the announcement that it would be challenged in court by various civil rights organisations¹⁸⁵, the Minister responsible for the law did not rule out its protection via use of the *notwithstanding* clause¹⁸⁶. In the same sense, the opposition, led by the PQ, challenged the government to use the *notwithstanding* clause to protect religious neutrality¹⁸⁷.

Paradoxically, it is the PQ –still firmly opposed to the Charter and the 1982 Constitution– that has made most use of this mechanism and is reluctant to renounce its future use, as is evidenced by its calling on the liberal government to use it. The norm that brought most political division to Quebec is the one that contains one of the mechanisms best equipped to permit the accommodation of Quebecois society within federation.

5. THE GRADUAL INTEGRATION OF THE QUEBECOIS DIFFERENCE

After the period of turbulence that accompanied the 1995 referendum, a gradual process began of accommodation of the Quebecois difference in Canada. One of the main changes has been the adoption of more pragmatic approaches when resolving conflicts, seeking negotiated solutions rather than recurring to the *notwithstanding* clause. This aspect has been apparent in two areas of particular interest to Quebec, language and education, both of which generated considerable controversy in the past.

5.1. Back to the *visage linguistique*: revisiting the Ford case.

5.1.1. *Lyon & Walrus and Canada Inc: the clear predominance of French*

Thirteen years later, the *Cour d'Appel* again examined the doctrine of the Ford case in the *Lyon & Walrus* case¹⁸⁸. The owners of a shop in Quebec appealed before the courts against a fine imposed by the Quebec Board of the French Language (OQLF)

¹⁸⁵ These challenges have resulted in the precautionary suspension of the application of the law until a decision is taken regarding its constitutionality.

¹⁸⁶ This possibility was, however, ruled out by Premier COUILLARD, who announced that he would defend the law's compatibility with the Charter before the Supreme Court if necessary.

¹⁸⁷ Both the PQ and the CAQ had publically vowed to replace Bill 62 with a new draft Charter of Values guaranteeing the secularisation of public employees, with both parties prepared to apply the *notwithstanding* clause in the event of a court finding the latter to be incompatible with the Charter of Rights and Freedoms. As promised during the campaign, the CAQ government tabled Bill 21 in March 2019, (*Loi sur la laïcité de l'État*), article 30 of which invokes the *notwithstanding* clause with the aim of protecting the bill, if passed, from Charter challenges.

¹⁸⁸ *Les Entreprises W.F.H. Ltée c. La Procureure Générale du Québec* [2001] RJQ 2557 (QC CA).

claiming that it violated their constitutional rights to freedom of expression and equality, questioning the reform of *Loi 101* of 1993. The appellants had two signs outside their premises, each the same size. One was in French (with one word in English) and the other in English (with one word –the same as in the other– in French). The OQLF fine was pursuant to a violation of Article 58 of *Loi 101* owing to the fact that net predominance of French was not complied with as equal relevance was attributed to both languages. In their analysis of the case the judges considered what had been established by the Supreme Court in the *Ford* case and the validity thereof. For the *Cour*, the requirement of net predominate of French was declared legitimate by the Supreme Court in *obiter dicta*, proposing this formula as an alternative to the one that had been declared unconstitutional¹⁸⁹. The 1993 reform reproduced this jurisprudential consideration bringing an end to the conflict. The *Cour d'Appel* finds that it is normal that, when the Supreme Court overturns a law, it recommends modifications that would be compatible with the Constitution¹⁹⁰. The *Cour* understands that if the preponderance of French on business signage was a justifiable measure in order to ensure the *visage linguistique* in the light of section 9.1 of the Charter of Rights and Freedoms in 1988 there is no reason to believe that the passage of time has altered this situation¹⁹¹. Therefore, there are no grounds for doubting the constitutionality of the law, since it is a reflection of Supreme Court jurisprudence in the matter.

In the *Ford* case the Supreme Court made no mention of the right to equality contained in section 15 of the Charter of Rights and Freedoms and 10 of the Quebecois Charter. This conflict was addressed in the ruling in the *Devine* case issued on the same day¹⁹². In it, the SC did not go into the question in detail, confining itself to an affirmation that a possible violation of these articles would be covered by section 1 of the Charter of Rights and by 9.1 of the Quebecois Charter, therefore being justified in the case of the net preponderance of French¹⁹³. Consequently, the *Cour d'Appel* referred to what was expounded by the TS in the *Devine* case to deny a possible violation of the right to equality. Neither did the judges find the net predominance of French to be contrary to the constitutional principles expressed in the ruling on the Secession of

¹⁸⁹ A sensu contrario, SCOTT (2006): 500, who claims that this consideration should be understood to form part of the *ratio decidendi* of the *Ford* case.

¹⁹⁰ *Les Entreprises W.F.H. Ltée c. La Procureure Générale du Québec*, paragraphs 51-58.

¹⁹¹ *Ibidem*, paragraphs 73 and 74.

¹⁹² *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 814. However, the exclusivity of French would be contrary to these guarantees, as disproportional to the objective pursued.

Quebec. The *Cour* understands that these principles have been taken into account by the legislator and that the resulting law fully respects them¹⁹⁴. Following the dismissal of the case by the *Cour d'Appel* the appellants attempted to proceed with the case judicially, but their claim was declared inadmissible by both the Supreme Court and the UN Human Rights Committee.

The validity of *Ford* was again confirmed at the end of 2017 in the *Canada inc.* case¹⁹⁵ in which a number of companies called for an end to the preponderance of French so as to be free to employ signage in the language of their choice, English. These companies, located on the island of Montreal, had been fined by the OQFL for various actions such as signing their businesses in English only or bilingually or using packaging or web pages solely in English, ignoring the net preponderance of French prescribed by Bill 101.

The appellants argued that the precedents of the *Ford* and *Devine* cases, and their confirmation in the *Lyon & Wallrus* case, should not continue to be applied, as there had been “a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifted the parameters of the debate”¹⁹⁶ as, in their opinion, the French language was no longer in danger in Quebec since, with the exception of commercial brands, the *visage linguistique* of Quebec was predominantly French¹⁹⁷. However, this claim was rejected by the *Cour d'Appel du Quebec* which considered, following the first instance judge, that Bill 101 cannot be the victim of its own success¹⁹⁸, and that the appellants had failed to provide sufficient proof that the risk of French losing ground in Quebec had disappeared, so their argument lacked substance.

Therefore, the advances made by the *Ford* case in terms of guaranteeing the Francophone *visage linguistique* of Quebec cannot be employed to put an end to the policy of preponderance of French deployed after the expiration of the validity of the *notwithstanding* clause, as this would distort the intention of the Quebecois legislator, precipitating a return to the previous state of affairs and the loss of the ground made to date.

In both cases the conclusion reached by the *Cour d'Appel* is clear: *Ford* and *Devine* are still valid and there is no reason to doubt the constitutionality of the

¹⁹⁴ *Les Entreprises W.F.H. Ltée c. La Procureure Générale du Québec*, paragraphs 104-116.

¹⁹⁵ *Canada inc. c. Attorney General of Quebec* 2017 QCCA 2055.

¹⁹⁶ This expression was used by the Supreme Court in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, par 46 to justify a change in its doctrine vis-à-vis the prohibition of prostitution.

¹⁹⁷ *Canada inc. c. Attorney General of Quebec* 2017 QCCA 2055, par 24.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

preponderance of French proposed by the Supreme Court in this case. As a result, the modification of *Loi 101* undertaken in 1993 must be understood as pursuant to the Quebecois charter, and by extension, to the Canadian Charter, as a measure restricting rights that was justified by section 9.1.

5.1.2. *The Francisation of brands in commercial signage*

In 2014, the regulation of commercial signage was again challenged in the courts in relation to commercial brands. The government of Quebec, through the Quebec Board of the French Language, turned to the courts in order to oblige certain companies –among them *Wall Mart*, *Costco* or *BestBuy*– whose signage was exclusively in English to do so in French too, slightly varying their commercial brand via the incorporation of words in the official language of Quebec.

After the aforementioned modification upon expiration of the validity of the *notwithstanding* clause, exclusive use of French changed to net predominance. However, section three of Article 58 of *Loi 101* includes an exception to the general rule, making it possible to dispense with the preponderance of French or even employ signs in another language in cases authorised via the corresponding regulatory provision¹⁹⁹. Article 25 of the *règlement* contains an exception in the matter of commercial brands, making it possible to label in a language other than French with a commercial brand in the event of no French version existing. The provincial government alleged that this exception should be understood on a restrictive basis since it was necessary to relate it to Articles 63 and 67 of *Loi 101*. These articles stated that brands should be in French –Article 63 – although expressions from other languages were permitted –Article 67–, as set out in the *règlement*²⁰⁰. The regulatory provision applicable is Article 27 of this *règlement* which requires that the said expression be accompanied by a generic expression in French. The objective of this provision is to Frenchify the business name of companies that have no name in French, fundamentally US multinationals, adding a term to identify the sector to which they belong²⁰¹.

On the basis of this reasoning, the Quebec Board of the French Language instructed numerous companies to change their way of labelling or risk being fined.

¹⁹⁹ In this case, the *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*, chapitre C-11, r. 9.

²⁰⁰ Along with expressions in other languages, also accepted are toponyms, surnames and acronyms in a language other than French.

²⁰¹ An example of this practice is the decision by the US multinational “*Starbucks Coffee*” to call itself “*Café Starbucks Coffee*” in Quebec.

These companies did not comply with the OQLF requirement and appealed to the courts. In the first instance they received a favourable ruling, which the Quebec government appealed before the *Cour Supérieure*. This judicial authority confirmed the first instance judge, rejecting the provincial government's appeal. Although the judges acknowledge that *Loi 101* and its *règlement* should be interpreted in a broad and generous fashion in order to make it possible to achieve the objectives for which they were adopted, this does not imply that a lesser value is attributable to the exceptions it includes than to the general rules. The exceptions contained in the law are as important to the legislator as the general rules, in other words, they are not mere accidents that should be understood as of inferior value; if the legislator had not wanted them they would not have been included. For the *Cour Supérieure* the interpretation defended by the government implied, in practice, the sterilisation of the third section of Article 58, and of its development in Article 25(4) of the *règlement* ²⁰². The Quebec government's interpretation involves a negation of the contents of Article 58 when this allows for labelling in a different language if one of the exceptions contained in the *règlement* applies. If it were obligatory, as the OQLF claims, to add a term in French then this would not be labelling exclusively in a language other than French so section three of Article 58 would cease to have any function.

The *Cour Supérieure* concludes from these arguments that there are two different ways of resolving the issue, although both lead to the same destination. It is possible to label only in a language other than French –in English in this case– owing to the exception of Article 58 developed by the *règlement*. Furthermore, in cases where the brand is also the company name Articles 63 and 67 also exclude the use of French in favour of another language.

Therefore, the Court makes it clear that the provincial government's desired interpretation represents a distortion of the spirit of *Loi 101* and the legislator's intention. The question behind this problem is that the drafting of these articles permitting the use of languages other than French was conditioned by the *Ford* case ruling and the *Ballantyne* case opinion. The introduction of exceptions had the effect of adapting the law to the Charter and avoiding convictions for violation of freedom of speech. The stance adopted by the OQLF is simply an attempt to apply a specific linguistic policy circumventing the right to freedom of expression included in the

²⁰² *Magasins Best Buy Itée c. Québec (Procureur général)* 2014 QCCS 1427, paragraph 230 and ff.

Charter of Rights and Freedoms. The OQLF tried to implement this policy of French-frying brand names by means of interpretation, without the basis of a new legal provision or regulation. The idea behind this interpretation is the government's intention is to avoid that registration of the company name as the brand name and this avoid the need to label products in French. This possibility was confirmed in the wake of the *Cour d'Appel's* decision, since the latter legitimated the modus operandi of the multinationals affected by the decision taken by the OQLF²⁰³.

The appellant companies' decision to refuse to abide by the OQLF's instructions regarding the need to add a descriptive term to their brand name had a considerable media and political impact in the province²⁰⁴. This is a frequent situation when sensitive questions are addressed in relation to Quebecois identity such as language and/or culture. Though its impact was limited –only a few companies contested the OQLF decision in the courts–, the political reaction, on the part of both government and opposition, was to put the question to public opinion in terms of the survival of French in the province, which demanded an immediate reaction. Thus, the advisability of an eventual modification was the subject of intense debate in the National Assembly. It is worth remembering that the electoral impact of issues related to these matters is considerable, so the political parties in the province generally hasten to promote legislative changes in order to ensure that their stance is seen as in favour of the defended of the French language. Given the electioneering nature of these measures, parties tend to overact in their response to the situation in order to gain support among the Francophone population, which constitutes a large majority in the province²⁰⁵. On many occasions, this strategy contributes to the polarisation of the debate, which complicates relations with Anglophone Canada and increases misgivings vis-à-vis a hypothetical express recognition of the distinct society clause. The *Parti québécois* demanded a fast and effective response from the government to put an end to the possibility of using the brand name to label exclusively in a language other than French. The sovereigntist formation was in favour of employing whatever measures were necessary to this end. Therefore, the PQ did not rule out the use of the *notwithstanding*

²⁰³ *Québec (Procureure générale) c. Magasins Best Buy ltée* 2015 QCCA 747, paragraphs 21-24.

²⁰⁴ This considerable media impact led some companies to comply voluntarily with the OQLF requirement. This was the case of the US multinational *Second Cup*, which in Quebec changed its name to *Les Cafés Second Cup* adding the term *Les Cafés* in relation to its commercial activity.

²⁰⁵ By way of example, one can cite the adoption, unanimously, of a motion calling on retailers to use *Bonjour* as default greeting instead of the formula *Bonjour/Hi* commonly employed in Montreal (*Journal des débats de l'Assemblée nationale. Vol. 44 N° 300. 41e législature, 1e session 30 novembre 2017*).

clause in order to achieve this goal. For its part, the CAQ urged caution and the avoidance of legislation in the heat of the moment in the wake of the *Cour d'Appel*'s decision. This party considered that demanding that companies change their business name so as to operate in Quebec would be excessive, so they should be allowed to retain their original name.

Expecting commercial signage to contain elements in French is a legitimate aspiration. The intention is for foreign multinationals to adapt to the local market and contribute to maintaining the *visage linguistique* of the province. However, the solution to this problem cannot be the interpretation of the existing provisions in *Loi 101*; it is necessary to introduce regulatory amendments, as the *Cour d'Appel* suggested²⁰⁶. In this vein, shortly before the deadline to appeal against the *Cour d'Appel* ruling before the Supreme Court, the Quebec government announced that it would not continue through the courts –where it would almost certainly be defeated –and would opt to modify the Charter of the French Language. This decision was to be expected since the OQLF had at all times counted on the government's support in order to effect the change of interpretation which led to the appellant companies being required to change their names in Quebec. The method employed was to a certain degree surprising, as the decision was taken to amend the *règlement* and not *Loi 101*²⁰⁷. By means of this measure the government of the Francophone province avoided presenting a draft law before the National Assembly and the ensuing debate that might have been produced over such a sensitive issue.

Thus, the Quebec government has opted to resolve the conflict in the most discreet manner possible, attempting to avoid direct confrontation. This modus operandi contrasts with what happened after the *Ford* case ruling, when there was direct confrontation with the Supreme Court via the use of the *notwithstanding* clause which seriously damaged the Francophone province's image in the rest of Canada. Twenty-seven years later, not only has the government not shielded the law against eventual court rulings, but it has abided by the courts' decisions and proceeded to amend the legislation in this respect. The regulatory amendment adopted involves obliging

²⁰⁶ *Québec (Procureure générale) c. Magasins Best Buy ltée*, par 29.

²⁰⁷ This amendment was effected via *Décret 887-2016*, which approved the *Règlement modifiant le Règlement sur la langue du commerce et des affaires Charte de la langue française (chapitre C-11, a. 58 et 93)*, *Gazette Officielle du Québec*, 9 novembre 2016, 148e année, no. 45, pp. 5800-5801, which, in a clear gesture in pursuit of integration, gave those companies already established in the province three years in which to implement the changes so as to avoid negative repercussions in economic activity. Meanwhile, those companies that located in the province subsequent to the entry into force of the regulation should comply with the provisions immediately.

companies operating in Quebec with their original brand in a language other than French –via exemption under Article 58 of *Loi 101* and Article 25 (4) of the *règlement*– to add a word or slogan related to the products or services they supply²⁰⁸. In other words, companies are allowed to continue to use a business name in a language other than French provided that an expression in French is added which complements that name. Thus the visibility of French is increased, protecting the *visage linguistique*, without altering the original brand name.

5.1.3. *The extension of the visage linguistique in the sphere of employment*

The range of measures designed to protect the *visage linguistique* seems to be destined to be extended in the near future. The province of Quebec has declared its intention to intervene in the field of labour relations with the aim of regulating companies that develop a temporary project in Quebec, without being established in the province on a permanent basis. *Loi 101* stipulates that the language of work is French – Article 41–; furthermore, companies with 50 employees or more must form a committee responsible for supervising the Francisation of the company –Articles 35 and ss. –²⁰⁹. This committee is responsible for analysing the linguistic situation of the company and, when appropriate, designing a plan for its Francisation. The OQLF will issue a certificate of Francisation if it considers the use of French to be generalised in the company. Otherwise, it may request the implantation of a Francisation plan and may even impose fines if it considers that the latter is not being complied with. Reiterated non-compliance with OQLF requirements may lead to the suspension of the possibility of operating in Quebec.

Foreign companies that develop projects in the province on a temporary basis are exempt from this law. This is fundamentally due to the fact that obtaining the certificate is a long and laborious process, probably longer in duration than the project for which they have been contracted. This means that many companies –the majority construction companies– are not subject to the provisions of *Loi 101* during their activity in Quebec and, therefore, operate solely in English, ignoring the fact that it is obligatory for the language of work to be French. In view of this situation, the Minister of Culture Hèllène DAVID announced that she would propose a legal reform in order to

²⁰⁸ Articles 25.1 to 25.4 of the *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*, chapitre C-11, r. 9.

²⁰⁹ Recently, there has been consideration of the possibility of reducing this exception to around twenty workers in order to promote French as the language of work in small and medium-sized companies.

accelerate the process of obtaining the certificate and to make its obtention obligatory for these companies. From the constitutional point of view, an amendment in this sense does not appear to cause any problems. The extension of the application of Bill 101 to these companies is possible thanks to provincial competence in labour relations included within the competence with regard to property and civil rights within the province (Section 92.13 of the 1867 Constitution), so no conflict arises whatsoever. The only potential source of conflict are the free trade treaties in which Canada participates, as the establishment might be inferred of a non-tariff barrier against the provision of services by foreign companies. The resolution of this kind of conflict requires cooperation between the federal and the executive governments as two different competences come into play: the conclusion of treaties, which is federal, and provincial competence over property and civil rights. However, this project appears to have been shelved without the adoption of any regulatory amendment in this respect.

More problematic from the constitutional point of view is the electoral proposal by the CAQ and the PQ to extend the provisions of Bill 101 to those companies within federal competence, as is the case of banks, as this would represent an *ultra vires* action by the provincial powers. As will be seen in the section related to the distribution of competences, provincial competence in matters of labour relations is not applicable to those sectors that are subject to federal regulation, so the government of Quebec is not authorised to extend the *visage linguistique* to the companies operating in these sectors. The only possible alternative, within the current constitutional framework, would be for the federal government to amend its own legislation by including provisions designed to guarantee the *visage linguistique* of Quebec, an eventuality that appears highly improbable given the clear rejection of this policy among the main federal parties, insofar as it is considered to be an intrusion into entrepreneurial freedom²¹⁰.

5.2. French as language of instruction

5.2.1. *Linguistic rights in education*

Teaching in French is one of the hallmarks of modern Quebec that emerged after the Quiet Revolution. This aspect is so relevant that the Supreme Court has

²¹⁰ This interpretation is consistent with the *laissez-faire* approach that CARDINAL (2016): 187 points out that different federal governments have been applying in linguistic matters.

acknowledged the language of education to be an instrument by means of which to guarantee and protect the identity and culture of its speakers²¹¹.

With the aim of preserving the Francophone majority in Quebec, the provincial legislator has restricted access to Anglophone state education to very limited cases, with French being the default language of instruction under Article 72 of the Charter of the French Language, also known as Bill 101. Freedom of choice of language of instruction in Quebec was a possibility that was discarded in the constitutional *patriation* of 1982, with modulation of the application of the linguistic rights contained in section 23.1.a of the 1982 Constitution in the Francophone province²¹². This article guarantees education in the minority language of the children of those Canadian citizens whose mother tongue is minority in their province of residence, a factor that would enable Anglophone immigrants that acquired Canadian citizenship to educate their children in English, compromising the Francophone majority in the province. The applicability to Quebec of the rights contained in section 23.1. is conditional under section 59 to approval by the National Assembly, a circumstance that has not arisen to date and seems unlikely to arise in the future. Therefore, the mechanism of section 59 of the 1982 Constitution constitutes an asymmetry when applying linguistic rights in education in Quebec in order to preserve the Francophone majority that exists in the province.

Given the inapplicability of section 23.1.a of the Charter of Rights and Freedoms, English state education in Quebec is basically limited to two collectives: on the one hand, those pupils of whom at least one parent is Canadian and most of whose primary education has been in English in Canada²¹³. The other large group of beneficiaries are those pupils, with at least one Canadian parent, who have attended

²¹¹ *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62, paragraph 26.

²¹² From 1969 onwards Quebec followed a policy of free access with the primacy of French, with parents free to choose the language in which their children were educated. This policy was revised in 1974 and pupils were required to demonstrate sufficient knowledge of the English language in order to receive an education in this language. Currently there is only freedom of choice at college level –the stage between secondary education, which is obligatory, and higher education–, although, as is noted by POIRIER and ROUSSEAU (2015): 361-402 the continuity of this system has been questioned.

²¹³ The determination of the collectives with the right to receive public education in English has not been a peaceful issue in Quebec. Bill 101, adopted in 1997, restricted the field of application of the latter to cases where the parents or the pupil, as the case may be, had been educated in English in Quebec, with education in other provinces not being applicable. With the entry into force of section 23 of the 1982 Constitution this restriction constituted an undermining of the contents of the latter by limiting it territorially. Consequently, this regulation was overturned by the Supreme Court in the case *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards et al.*, [1984] 2 S.C.R. 66, and was not replaced by the aforementioned system until 1993. During these nine years the regulation was directly governed by section 23 of the 1982 Constitution, as the provisions of Bill 101 had been abrogated.

most of their primary and/or secondary education in English in Canada²¹⁴. Also eligible for state education in English are the siblings of pupils with access to the latter, as well as beneficiaries of a special authorisation from the Ministry of Education. On this basis, one can see that the quantitative notion of “most” studies taken in English is the decisive criterion in order to have the right to state education in that language.

5.2.2. *The écoles passerelles*

5.2.2.A. The self-generation of the right: *Solski* and *Gosselin*

Some families took advantage of the aforementioned regulation to self-generate the right to educate their children in English in the state school system. The process consisted in enrolling the pupil in a private Anglophone school –known as *école passerelle*– at the beginning of their primary studies. A few months later they requested the right to education in English in a state school, arguing that most of the pupil’s schooling had been in this language. Given that these months represented the entire education of the pupil in question, the requirements of Article 73 of the Charter of the French Language were satisfied, obliging the Quebec government to authorise the state schooling in English.

The calculation of the period of schooling in English in order to determine whether this constitutes most of the education received by the pupil has been the subject of legal controversy, given its possible clash with the right to schooling in the minority language guaranteed by section 23.2 of the 1982 Constitution²¹⁵. The objective of this article is to guarantee educational continuity in the minority language in order to preserve the family unity and mobility of Canadian citizens. The language of schooling of the oldest child –the first to attend school– is a decisive factor, enabling the other siblings to be educated in the same language irrespective of whether this is minority in their province of residence. The Quebec Ministry of Education performed a purely mathematical calculation of the pupil’s school record, taking primary and secondary education as separate categories. In other words, it was only possible to count periods studied at the same educational level, different levels being incompatible with each

²¹⁴ Article 73 of Bill 101 also granted children of foreign parents the right to study in English, provided one of the parents had received most of their primary education in English in Canada. Thus it reserved the right to education in English for factual situations established prior to August 26, 1977, which given the time limit were established with considerable difficulty.

²¹⁵ This article guarantees that all the children in the family unit will be schooled in the same language in which one of their children has been educated in Canada. As with all the linguistic rights contained in the 1982 Constitution, this is a right of citizenship, which is only held if one of the parents is Canadian.

other. This criterion was rejected by the Supreme Court in the *Solski* case, where various groups of parents claimed the right to educate their children in English in state schools, considering that it was incompatible with section 23.2 of the 1982 Constitution²¹⁶.

For the Supreme Court, a strictly quantitative approach such as that adopted by the Quebec government should be rejected as insufficient –*underinclusive*–, as it does not ensure that those students in possession of the right of section 23.2 are admitted into schools in the minority language²¹⁷. The Court considers that a strictly mathematical criterion lacks the necessary flexibility to respond to the particular situation of each pupil, and that it is necessary to take into account qualitative factors such as the time and the nature of the stages completed in each linguistic program, the availability of educational programmes in the minority language or the pupil being affected by disabilities or particular personal circumstances²¹⁸. These factors make it possible to determine the true school trajectory –*parcours scolaire authentique*– in other words, determine the real reasons behind the educational language in question²¹⁹.

As a result, the Supreme Court corrected the Quebec Ministry of Education’s interpretation of Article 73 of Bill 101 affirming its constitutionality provided the concept of “most” is understood in qualitative fashion²²⁰. This interpretation makes it possible to safeguard the Francophone educational model in Quebec while at the same time respecting the rights of linguistic minorities guaranteed by the Canadian Constitution. The constitutionality of Article 73 was confirmed in *Gosselin*, rejecting the attempts of Francophone parents to school their children in English on the basis of the right to equality²²¹. For the SC, it is not possible to invoke the right to equality in relation to the linguistic protection of minorities contained in section 23.2 as this right in itself represents an exception to the general rule, with the same privilege not applicable to the majority linguistic community²²².

²¹⁶ *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 201, 2005 SCC 14; henceforth *Solski*.

²¹⁷ *Ibidem*, paragraph 35.

²¹⁸ *Ibidem*, paragraph 39-50.

²¹⁹ *Ibidem*, paragraphs 32 and 33. The Court underlines that the spirit of section 23 of the 1982 Constitution is to act as a restorative right that permits the reintegration of pupils that have been separated from the community that the minority school seeks to protect.

²²⁰ *Ibidem*, par. 56.

²²¹ *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84.

²²² *Ibidem*, paragraphs 21-22. This doctrine was reiterated in *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board; Casimir v. Quebec (Attorney General); Zorrilla v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 257, 2005 SCC 16, reaffirming the competence of the administrative courts of Quebec to review the appeals against the government decision to deny the right to receive public education in English.

In order to end the use of *écoles passerelles* to obtain state education in English, in 2002 the National Assembly unanimously voted in favour of an amendment of Bill 101 which restricted, even further, access to English language state schools²²³. This intention was made clear during parliamentary debate of the project presented by the PQ. Culture Minister Diane LEMIUX expressed the government's intention to prevent the "purchase" of the right to study in a government-funded Anglophone school by means of a *école passerel*, a goal that was also shared by the Liberal opposition²²⁴. To this end, a subsection was added to Article 73 to the effect that the authorities would no longer take into account, when determining the right to be educated in English, periods of education in nonsubsidised private schools, nor those deriving from special authorisation for pupils with serious learning difficulties or temporary migrants²²⁵. Via this legal amendment, the government of Quebec sought to put an end to the controversy over the *écoles passerelles*. However, the issue was far from resolved, since, as will be seen now, these amendments would also be contested in court.

5.2.2.B. The accommodation of difference without need for extraordinary mechanisms: the *Nguyen* case

Seven years after their adoption, the amendments relating to the *écoles passerelles* included in Bill 101 were examined by the Supreme Court in the *Nguyen* case²²⁶. The origins of this litigation lay in two different cases. On the one hand, the appellants in the *Nguyen* case were Canadian citizens who had received no education whatsoever in Canada and had enrolled their children in Anglophone private schools for short periods of time. After a few weeks and/or months at these schools, they had requested, under Article 73 of Bill 101, the certificate of eligibility to be able to study in English in the public system. The ruling also addressed the situation of the Bindra family, which demanded that their younger son be educated in English, as his sister had a special authorisation to do so granted by the Quebec Ministry of Education.

²²³ *Loi 104 2e session 36e législature, 2002, chapitre 28. Loi modifiant la Charte de la langue française.*

²²⁴ Liberal MP B. PELLETIER defended his group's support for the amendment with the aim of keeping the linguistic peace in Quebec and guaranteeing the objectives of the Charter of the French Language. *Journal des débats de l'Assemblée nationale. Vol. 37 N° 114. 36e législature, 2e session 12 juin 2002.*

²²⁵ The authorisations for temporary migrants, conceded under Article 85 of the Charter of the French Language, permit the schooling in English of those students that are in Quebec on a temporary basis and do not intend to settle in the province.

²²⁶ *Nguyen v. Quebec (Education, Recreation and Sports)*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208. Herneforth, Nguyen.

The appellants' claims had been denied by the Quebec Ministry of Education on the basis of the legislative amendment of Article 73 effected in 2002. Given that neither periods of schooling at private centres nor those resulting from special authorisation should be counted, none of the pupils in question had taken most of their schooling in English, therefore, they could not benefit from the right to study in English in the public system. All those affected appealed before the various courts of Quebec and their claims were partly supported by the Court of Appeal²²⁷. This court declared the unconstitutionality of the two sections of Article 73 introduced in 2002, finding them to be contrary to the linguistic rights contained in section 23 of the Charter of Rights and Freedoms, and ordered a reassessment of the eligibility of these pupils to receive education in English in the public sector in the light of this decision.

The Quebec government appealed before Supreme Court in an attempt to maintain the drafting of Article 73 and, thus, safeguard its policy vis-à-vis the *écoles passerelles*. In its analysis, the Supreme Court continues to develop the theory of the *parcours scolaire authentique* outlined in the *Solski* case. According to this argument, it is necessary to take into account the pupil's entire academic history in order to perform a complete analysis thereof and determine whether or not there is compliance with the requirements under section 23.2 of the 1982 Constitution²²⁸. The exclusion from the calculation of periods of attendance at a private school makes it impossible accurately to determine the *parcours scolaire authentique*, undermining the rights enshrined in section 23²²⁹. For the Court, this limitation of rights is excessive and not justified in a democratic society. Though the SC regards the objective –limiting the action of the *écoles passerelles*– as legitimate, it considers that a total and absolute ban is not a proportionate measure given the reduced number of students that use these schools²³⁰.

Consequently, the justices decided unanimously to overrule the provisions of Article 73 of Bill 101 introduced in 2002 on the grounds that they undermined the linguistic rights established in section 23 of the 1982 Constitution. Although this overruling dealt a blow to Quebec's linguistic policy in the area of education, the ruling

²²⁷ *Quebec Court of Appeal, 2007 QCCA 1111, [2007] R.J.Q. 2097 (Nguyen) and Quebec Court of Appeal, 2007 QCCA 1112, [2007] Q.J. No. 9482 (QL) (Bindra).*

²²⁸ Nguyen, par. 33.

²²⁹ *Ibidem*, par. 34.

²³⁰ The SC estimates, in the light of the data provided by Quebec, the number of students attempting to obtain the certificate of entrance into English schooling via the *écoles passerelles* at around 1.5% of those with a right to be educated in English, though acknowledges that numbers doubled between the academic years 2001-2002 and 2007-2008. (Nguyen, par. 42).

reveals a clear attempt by the Supreme Court to accommodate the Quebecois difference within Canada.

The Court is aware of the importance of the provisions that are declared unconstitutional, and of the relevance of the latter for Quebec society and the province's linguistic policy. For this reason it suspends the declaration of unconstitutionality for a year in order that Quebec can address the difficulties involved in the articulation of an alternative system restricting the use of the *écoles passerelles*²³¹. With this decision, the Court shows deference towards Quebec's linguistic policy, granting the province a suspension that prevents the problem of the *écoles passerelles* from worsening during the time that it takes to set up a new regulatory framework. The judges understand the fear in Quebec of the *écoles passerelles* being used to circumvent the objectives of Bill 101, artificially generating the right to be educated in the minority language²³². In fact, in the *Nguyen* case the Supreme Court reiterates the considerations expressed in *Solski vis-à-vis* determination of the *parcours scolaire authentique*. For the Court, the fact of having attended an English educational programme for weeks or months is not sufficient to the request the certificate of eligibility for Anglophone schooling, with particular attention needing to be paid to those situations where there is an attempt to create an artificial *parcours scolaire* in order to appear to be in possession of the rights set out in section 23 of the 1982 Constitution.

The Supreme Court's decision did not go down well in Quebec, particularly in sovereigntist sectors. They believed that the Court's decision meant that families with means could purchase the right to government-funded education in English thanks to a *école passerel*. Once again, the Charter of Rights and Freedoms was the target for all the anger, being regarded as an obstacle to the development of the French language in Quebec. Constitutionalist Eugénie BROUILLET foresaw serious consequences for the Quebecois educational model, as did the BQ leader Gilles DUCEPPE, who believed that the ruling eroded the policies of protection of the French language in Quebec²³³.

However, unlike on previous occasions, the government of Quebec did not resort to the *notwithstanding* clause to protect Bill 101, but made use of the suspension period granted by the SC to articulate a new regulatory framework. In June 2010 the National Assembly voted in favour of Bill 103, which derogated the provisions repealed by the

²³¹ Nguyen, par. 46.

²³² Nguyen, par. 38.

²³³ RADIO CANADA (2009).

Supreme Court²³⁴. Moreover, this regulation created an Article 73.1 in Bill 101 which authorised the government legally to establish a mechanism in order to assess whether or not pupils satisfied the requirements, in both the quantitative and the qualitative sense, of having attended most of their schooling in English. This mechanism responded to the directives expressed by the Supreme Court in the *Nguyen* and *Solski* cases, making it possible to combine limitation of the role of the *écoles passerelles* with respect for linguistic rights under section 23 of the 1982 Constitution.

By virtue of its regulatory powers the government of Quebec established a points system to decide whether a pupil fulfilled the conditions in order to obtain the certificate of eligibility to attend an Anglophone school. The system was designed in such a manner that fifteen points would be needed to obtain this right, something only possible after a minimum of three years at a private school. Thus the government tightened the entry conditions given the high cost of attending one of these schools. This measure prevented access by those pupils who enrolled for short periods with the sole purpose of circumventing the application of the law.

In spite of the aforementioned bad omens for the French language in the wake of the Supreme Court, none of these have materialised. The changes introduced in 2010 to adapt the law to the Supreme Court ruling have had the effect of considerably reducing the number of pupils who opt for this means of accessing Anglophone state education. Between mid-2010 and 2015 there were only 519 requests for eligibility, of which 429 were accepted, which is an annual reduction in applications of practically 50%.

Though the Supreme Court ruling might at first glance seem drastic, time has shown that the government of Quebec acted intelligently in opting for prudence and avoiding confrontation by not invoking the *notwithstanding* clause. Recourse to this mechanism would have exacerbated a situation that, in terms of numbers, was not as crucial to the French language as first appeared. For this reason, it seems sensible to say that the one-year suspension granted by the Supreme Court contributed to reducing the tension created by the ruling, allowing for the establishment of a new regulatory framework that reconciled the rights contained in the Charter with the political will of the National Assembly. Paradoxically, the combination of the criteria established by the Supreme Court in *Solski* and *Nguyen* are those that have enabled Quebec to reduce the impact of the *écoles passerelles* in its educational model, without the need to resort to

²³⁴ *Loi modifiant la Charte de la langue française et d'autres dispositions législatives* 2010, chapitre 23.

absolute bans that would seriously undermine the linguistic rights enshrined in the Constitution.

The deference shown by the Supreme Court in such a sensitive area for Quebec as linguistic policy in education represents a step towards greater integration of Quebec within Canada. This kind of decision illustrates a new way of addressing conflicts on the part of the government of Quebec. The flexibility permitted by the federal model makes it possible to reach satisfactory solutions that advance the process of recognition of the Quebecois difference, and its constitutional accommodation within the Canadian federation.

5.3. Towards the end of the crisis: the national affirmation of Quebec within the Canadian federal framework

Although constitutional tensions have decreased significantly, the Canadian constitutional crisis is not over. Thirty six years after *patriation*, Quebec remains outside the constitutional consensus, perpetuating an anomaly that makes it impossible to put an end to the period of constitutional crisis. Leaving behind this situation of confrontation requires commitment on the part of both levels of government. This process of integration should finally culminate in the ratification of the 1982 Constitution, or of an amended version of the latter, by the National Assembly. Although it is true that it would be naive to think that the National Assembly could give its approval to this norm in its current terms, as this would involve a renunciation of the province's historical grievances with the corresponding risk of this being interpreted as a surrender that might generate tension anew, constitutional amendment does not appear to be imminent and, in any case, should be the final step in a process of integration of the Quebecois national difference via other facets of the federal model.

The question is, after the gradual integration alluded to above, what is the current status of Quebec's demands?

5.3.1. Outstanding issues: from Lake Meech to the Affirmation Statement

The five conditions set by BOURASSA during the negotiations prior to the Lake Meech Accord have traditionally been the framework of reference when addressing Quebec's integration within the constitutional consensus. Since they were issued in 1985 there has been undeniable progress towards their being satisfied. Thus, the materialisation of the right to veto future constitutional reform, an increase in

competences with regard to immigration and progress in the recognition of the distinctive characteristics of Quebec via the resolutions adopted in 1995 –distinct society– and 2006 –nation–. There has also been some progress vis-à-vis provincial participation in the appointment of the three civil law justices of the Supreme Court (as will be seen in due course), whilst as far as limitation of spending power is concerned, there has been little in the way of novelty.

In 2017, the Quebec Government decided to renew its commitment to the integration of Quebec within the Canadian federation, drafting a document entitled *Québécois, notre façon d'être Canadiens* (Quebecers, our way of being Canadian) which presented what might be described as an updated vision of the Lake Meech demands. In this document the Government of Quebec issues an “Affirmation Statement” in which it declares its capacity to decide its future, its destiny and its development (*Le Québec est libre de ses choix et capable d’assumer son destin et son développement*)²³⁵. By means of this statement, it calls on the rest of Canada to recognise the distinctive national character of Quebec, which is based upon its status as a francophone society, its system of civil law and its own institutions in political, economic, educational, cultural and social fields²³⁶.

At the purely constitutional level, Quebec defends federalism as a form of government based on the principles of equality between governments and respect for the system of distribution of powers. With regard to the latter, the province demands an asymmetric federalism that would act as an integrating mechanism, providing Quebec with competences to develop its distinctive characteristics without thereby upsetting the existing constitutional order, and affirms its desire to increase its participation in the sphere of international relations²³⁷. At an institutional level, the province reiterates its desire to reform the Senate and the Supreme Court so that these institutions reflect its national reality. Finally, Quebec requests an end to the federal recourse to spending power, which it considers should be replaced by unconditional financial transfers or a transfer of tax room.

As we can see, this statement is heir to the five points of Lake Meech, with visible parallels in relation to the recognition of Quebec’s singular characteristics,

²³⁵ SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES (2017) : 132. The last part of this sentence evokes the aforementioned words of BOURASSA after the failure of the Lake Meech Accord establishing a parallel between these demands and the current ones as a continuation thereof.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*. p. 133

spending power and reform of the Supreme Court, a question that is now also extended to the Senate. The disputes over immigration and the right of veto continue to be present, although given the progress made in these matters Quebec request the constitutionalisation of the legislative instruments that regulate them in order to avoid the possibility of their being reversed²³⁸. In addition, we perceive the emergence of a new grievance, the demand for increased participation in international relation, following in the slipstream of the province's participation in the UNESCO.

The importance of these factors vis-à-vis the integration of the Quebecois difference within the Canadian federation make it necessary to describe and analyse the elements of the federal system by means of which it might be possible to accommodate these demands, a question that will be addressed in the following chapters.

5.3.2. *The sovereigntist movement today, quo vadis?*

After the 1995 referendum the advocates of secession believed that it was just round the corner and, therefore, would fall from the sky like ripe fruit. In order to avoid a repeat of a situation of frustration amongst his supporters, BOUCHARD, following his election as Premier in 1996, pledged not to call a new referendum until the existence of “winning conditions” –*conditions gagnantes*–, in other words, until support for secession were sufficient to guarantee victory²³⁹. However, not only has the dreaded third referendum not materialised²⁴⁰, but it seems farther away than ever, as is evidenced by the PQ's decision not to call one in the event of its return to power, an action that would be postponed until a second term in office²⁴¹.

Determining the causes of the decline of the sovereigntist movement is difficult, given that secession is a complex phenomenon with multiple angles. Historically, the sovereigntist movement has required a situation of grievance in order to catalyse its demands so as to extend the base of the movement beyond the generation of the baby-boomers²⁴². The 1995 referendum cannot be understood without factors such as the

²³⁸ *Ibidem.* p. 55.

²³⁹ SÉGUIN (1999).

²⁴⁰ YOUNG (1999): 137-140 y WOEHLING (1999): 430-436 analyse the possible consequences of a hypothetical victory of the secessionist option, which could lead to a disorderly secession with unforeseeable consequences.

²⁴¹ The leader of the PQ at the time, Jean-François LISÉE, publically committed to this idea vis-à-vis the 2018 elections (RADIO CANADA, 2016), an aspect finally confirmed in the first point of his election manifesto (PARTI QUÉBÉCOIS, 2018: 7)

²⁴² GUAY (2017): 15-16. This generation, formed by those born between 1945 and 1962, is the one that has traditionally been most supportive of the sovereigntist cause, filling, since its beginnings, the ranks of the PQ.

constitutional isolation during the *patriation*, the *Ford* case ruling or the failure of the Lake Meech Accord, all of which played a decisive role in the construction of the secessionist narrative. Landmarks such as the Clarity Act temporarily rekindled the secessionist flame, but within a general trend of decline in support for the sovereigntist cause. The absence of major constitutional conflicts has been a decisive factor in the decrease in secessionist tension in Quebec. The lack of political will to reopen the constitutional question seems to stave off, for the time being, any situation that might be presented as an affront to Quebec, and leads in turn to a new constitutional crisis.

Economic factors, very present during the Quiet Revolution when the average salary of a Francophone was barely half that of an Anglophone, have faded into the background thanks to the economic convergence between the two communities²⁴³. In fact, recent studies show that the proportion of people living below the poverty line is higher among the Anglophones and allophones of Quebec than among those whose mother tongue is French²⁴⁴. Thus data reflects the enormous economic progress made by the Québécois since the Quiet Revolution, attaining levels of wealth equal or superior to those of the Anglophone minority in Quebec. This progress is illustrated by the advance of French as language of work, employed in the workplace by 79% of the inhabitants of Quebec²⁴⁵, in clear contrast with the 1960s when practically all upper management positions were occupied by Anglophones.

The predominant role of the French language, the central element of *Québécoise* identity, has held steady, albeit the proportion of Francophones has fallen slightly²⁴⁶. Agreements in immigration have put a brake on the depopulation of Quebec, opening the door to Francophone immigration, although in recent years it is the allophone community that has grown most, whose mother tongue is neither of Canada's two official languages. Linguistic tension, with its epicentre in the *Ford* case, which marked the period prior to the 1995 referendum, has fallen considerably. It was a central element in the PQ's political strategy prior to the referendum, acting as one of the integrating vectors of the sovereigntist movement. In a sense, the sovereigntist movement has been the victim of its own success with regard to language. The linguistic policy

²⁴³ FORTIN (2010): 2-3.

²⁴⁴ ACS (2017).

²⁴⁵ STATISTICS CANADA (2017). This proportion has fallen in recent years in favour of equal use of the two official languages of Canada.

²⁴⁶ According to STATISTICS CANADA (2018), in 2016, 77.1% of the inhabitants of Quebec had French as their mother tongue, compared to 78.1 in 2011. The allophone population rose from 12.3 to 13.2%, while the Anglophone population fell from 7.7 to 7.5%.

deployed in Quebec after the Quiet Revolution has fulfilled its objective of guaranteeing the *visage linguistique*, making it possible to lead a full life in French within Quebec. This guarantee of a French environment has reduced the perception of a threat to Quebec's own language, a threat that existed throughout much of the 20th century. Nonetheless, there is still sporadic conflict, as is illustrated by the disputes over business names, the *écoles passerelles* or the controversy surrounding the freedom of linguistic choice in school education²⁴⁷.

This combination of factors has had its impact on the political change, where the PQ's status as dominant party since the mid-1970s is being put to the test. Except for the brief minority legislature led by MAROIS between 2012 and 2014, the PQ has not governed the province for over fifteen years. The 2018 elections saw another setback for the party, which obtained only ten seats with barely 17% of the votes. These elections brought the triumph of the new parties, the CAQ, a centre-right pro-autonomy party, and *Québec Solidaire*, a sovereigntist anti-capitalist formation; as opposed to the traditional parties, which had taken turns to govern the province taking enormous advantage of the dichotomy between federation and independence.

The PQ's decline cannot be attributed solely to the postponement of a hypothetical third referendum to a second mandate, a renouncement of its *raison d' être*, but is also explained, in part, by other factors such as the loss of support amongst the young, for whom the *question nationale* is not a priority, and competing with the QS for the votes of the left-wing electorate. The relegation of sovereignty to the background has not only cost the PQ support, but has also had consequences for the liberals, who had traditionally exploited the polarisation over independence as a means of attracting voters opposed to the latter. The electoral decline of the PQ could also affect relations between Quebec and the federal government, as the reduction of the risk of secession discourages the latter from making political concessions in the face of the province's future demands of greater autonomy or an improved accommodation.

The combination of these factors seems to have averted the possibility of secession. However, it would be a mistake to write off the sovereigntist movement, as support for the latter remains stable at around 35%, although now distributed between

²⁴⁷ In relation to this latter question, the PARTI QUÉBÉCOIS (2018): 64 pledged in its election manifesto to eliminate the freedom of linguistic choice in sixth-form education and to apply the same policies already deployed for primary and secondary education. POIRIER and ROUSSEAU (2015): 361-402 analyse the compatibility of this proposal with the linguistic rights contained in both the Charter of Rights and Freedoms and the Quebecois Charter.

two political formations²⁴⁸. The secessionists appear to be in hibernation, awaiting some future event that will enable them to take up arms once again and join forces in pursuit of a common cause: the independence of Quebec. The election results have opened the door to a new dynamic in which the electoral contest no longer revolves around the sovereignty-federalism axis that has divided Quebec society for fifty years, with a return to the traditional left-right dichotomy. This change would represent the end of an era of alternation between the PQ and the PLQ focused on the *question nationale*, consolidating a tetra-partisanship in which the majority appear to conceive of sovereignty as something from the past, opting to build a stronger Quebec within Canada.

²⁴⁸ CASTRO-REA and WELLER (2019): 105-110 agree with this thesis, detailing how support for the sovereignist parties remains stable over the years, though the number of MPs fluctuates considerably due to the first-past-the-post system. Similarly, support for the sovereignty of Quebec remains stable between 35 and 45% after the 1995 referendum. In view of this data, the authors conclude that it is not possible to judge the status of the sovereignist movement according to electoral support. In their opinion, the latter reflects fatigue with regard to current sovereignist leaders, not sovereignty itself, an option that is still alive, with the possibility of a third referendum in the future not to be ruled out.

CONCLUSIONS

1. The origins of the Canadian constitutional crisis can be traced back to the dawn of the Confederation. Relations of cooperation between the Francophone and Anglophone communities were decisive when it came to choosing the federal option, and contributed to its evolution and development. However, both communities have adopted diametrically opposed visions of how the Confederation was forged, resulting in the absence of a common narrative vis-à-vis the federal pact. While what prevails in Quebec is the conception of the Confederation as an agreement between two equal peoples, in accordance with the *Compact Theory* described by the Tremblay Commission, the dominant Anglophone school of thought understands the federation as a union of provinces, denying Quebec a special status differentiating it from the rest.
2. The Quiet Revolution initiated in the 1960s involved a series of changes directed towards ensuring the political and economic autonomy of Quebec as a Francophone society. The main product of this was the redefinition of Quebec's national community, replacing the French Canadian identity, constructed around the French language and Catholicism with the Catholic Church as key institution, with a new *Québécoise* identity the goal of which was to increase the province's political autonomy. This new identity, of a territorial nature, would have the French language as its central axis, with the Quebec government becoming the key institution, institutionalising this concept of nation. This change of paradigm in the cosmovision of Quebec society represents the end of Francophone subordination to Anglophone political and economic domination in Quebec, sowing the seeds of the sovereignist movement.
3. The Quiet Revolution was followed by the creation of the *Parti québécois* as a formation that expressed the demands for greater autonomy at a political level. The PQ's accession to power in 1976 and the calling of the referendum on sovereignty-association in 1980 was the first challenge to the Canadian constitutional order, initiating a period of constitutional crisis that would dominate relations between the province and the federal government.
4. The crisis continued during the process of constitutional *patriation*. This was the legacy of numerous attempts to agree upon a specific mechanism of constitutional reform, which failed on account of the misgivings expressed by Quebec, which demanded a right of veto given its status as founding people. The

constitutional *patriation* conceived of by P.E. TRUDEAU sought to create a pan-Canadian identity based upon values like multiculturalism and bilingualism with the Charter of Rights and Freedoms as the core component. This national construction, which competed with the *Québécoise* identity that emerged in Quebec after the Quiet Revolution, was aimed at avoiding a resurgence of sovereigntist tension, creating a sense of belonging to Canada.

5. Disagreements between the federal government and the provinces over the process and the fear of a unilateral *patriation* led to a constitutional conflict resolved by the Supreme Court in the *Patriation Reference*. The existence of a constitutional convention that required a substantial degree of provincial consensus encouraged negotiations, leading to an agreement from which Quebec was excluded. This agreement incorporated a singular new element, the notwithstanding clause, which made it possible to overcome provincial misgivings with regard to possible centralising interpretations of the Charter of Rights and Freedoms.
6. After Quebec's exclusion from the *patriation* process, Quebec argued that the province had a conventional veto over the amending process, on the basis of its status as founding people and its nature as different society. This claim was rejected by the Supreme Court in the *Veto Reference*, denying the dual conception of the Confederation as a product of the *Compact Theory*. This decision represented the triumph of the Anglophone narrative of the origin of the federal pact and of the relationship between Quebec and Canada, deepening the constitutional crisis and increasing Quebec's isolation within the federation.
7. In order to put an end to Quebec's constitutional isolation after the patriation and reduce the existing feelings of rejection, MULRONEY's government opened negotiations with the objective of reintegrating Quebec within the constitutional consensus. On the basis of the five points demanded by BOURASSA the Lake Meech Accord was negotiated. This agreement answered all of Quebec's demands except the right of veto, though progress was made in this question with the requirement of unanimity to reform matters included in section 42 of the 1982 Constitution.
8. The long period of ratification and the fierce criticism of TRUDEAU mobilised critics of the agreement. The linguistic tension created by *Ford* case ruling, in which the SC ruled as contrary to the Charter various provisions of *Loi 101*

which banned commercial signage in a language other than French, and the subsequent decision by the Quebec government to invoke the *notwithstanding* clause, along with the growing demands of the First Nations, increased mistrust of Lake Meech, reducing its chances of success.

9. The use of the *notwithstanding* clause helped to resolve the crisis in the long term, once tension had been reduced. However, this furious decision on the part of the Quebec government worsened the constitutional crisis, frustrating the more ambitious attempt to integrate Quebec in the post-1982 era.
10. The failure of the Lake Meech Accord increased the feeling of rejection and isolation in Quebec, which decided to again explore the path of sovereignty following the conclusions of the Belanger-Campeau Commission, establishing the deadline for the calling of a new referendum. Faced with this situation, the federal government decided to embark on a search for a new agreement, the negotiation of which Quebec excluded itself from until the federation made a firm offer. Unlike the Lake Meech Accord, the Charlottetown Accord was not focused on Quebec, but also sought to respond to the demands of those collectives that were critical of Meech, and was less more ambitious than its predecessor in relation to the integration of the Francophone province, especially with regard to the different society clause.
11. The rejection by referendum of the Charlottetown Accord represented the end of the constitutional path towards integrating Quebec and achieving the ratification of the 1982 Constitution by the National Assembly. The failure of both Accords strengthened the PQ's sovereignist arguments, with this party returning to the government of Quebec with a programme in which it pledged to hold a new referendum on the sovereignty of Quebec.
12. The 1995 referendum represented the culmination of the Canadian constitutional crisis, being the most critical moment in the federation's history. The narrow victory of the "no vote" evidenced the high degree of polarisation that existed in Quebec society, illustrating the need for the federal government to adopt measures to integrate Quebec and reduce secessionist tension.
13. After the referendum, the federal government articulated measures to counter the rise of sovereignism and avoid a new constitutional crisis. This approach combined two strategies: Plan A, via which a right of veto was granted to Quebec and other provinces as it was not based on a dual conception of the

- Confederation, and B, which opted for a hard line on sovereignty, requesting that the Supreme Court issue an advisory opinion on the legality of a hypothetical unilateral secession of Quebec.
14. From the perspective of International Law, the SC denies the existence of a right to self-determination applicable to Quebec, since this right is restricted to those peoples that are oppressed or subjected to colonial rule, circumstances that do not obtain in a democratic state like Canada.
 15. In its ruling, the Supreme Court expanded the Constitution in stating that the latter transcends its written text, identifying a series of structural principles – federalism, democracy, constitutionalism and respect for minorities which underlie the constitutional text. From the interrelationship between these principles, the Court infers a reciprocal duty to negotiate in good faith the question of secession in the event of there existing a clear majority, as a qualitative evaluation, in response to a clear question in this respect.
 16. The Supreme Court's interpretation of the *Reference re Secession of Quebec* represents a paradigm shift in terms of understanding the Constitution with regard to secession compared with the traditional interpretation of US federalism, which denies any possibility of secession given its conception of the federal union as perpetual and indissoluble. This new paradigm means that in the event of there being evidence of the strong desire of a province, expressed by a clear majority in a qualitative sense in response to a clear question on secession, to cease to form a part of Canada, political actors will be obliged to negotiate the possibility of reforming the Constitution, via the appropriate procedure, in order to politically address this desire for secession. The paradigm shift makes the Canadian constitutional system ductile, increasing its flexibility and equipping it with a tool with which to respond, via domestic law, to a constitutional crisis caused by the threat of the secession of a province, avoiding the breakdown of the federal system.
 17. Redirecting secession to the realm of domestic law means that in the event of the result of negotiations leading to secession, the latter should be articulated by means of constitutional reform. The reform procedure to be observed is an open question, as this has not been established by the SC. Despite the existence of conflicting opinions, that which advocates unanimity is based on more solid arguments, as this formula alone guarantees that both parties involved – the

- province that wishes to secede and the rest of the federation – have the same decision-making power during the negotiation process.
18. The *Secession Reference* did not completely satisfy either of the parties, with both the federal and the Quebec government passing laws that set out their own interpretation of Court's decision, reiterating their previous arguments. The conflict between the two laws does not affect their applicability, since their field of action is different, but it would have an impact upon a hypothetical negotiating process vis-à-vis secession. Although the Clarity Act was a landmark in Canadian constitutionalism, establishing the Federal Parliament's position with regard to secession, the underlying conflict between both laws questions the suitability of this instrument as a tool by means of which to defuse and resolve conflicts. In view of events, one should reject the hypothesis that the Clarity Act has played a decisive role in reducing secessionist tension in Quebec, since there is no evidence of this law making a clear contribution to avoiding a new constitutional crisis.
 19. In an attempt to end the constitutional crisis and avoid a repeat thereof, there is evidence of a change in the pattern of conduct of constitutional actors, in the quest to reduce tension with Quebec, not addressing matters of particular constitutional relevance and opting not to initiate a new process of constitutional reform. The conservative agenda followed by HARPER, whose vision of the federal model resembled the system of watertight compartments, continued this policy of relaxation. It benefited from a bilateral approach when addressing federal-provincial relations, making it possible to improve Quebec's accommodation within the federation thanks to significant advances in some of the questions that had remained unresolved after the failure of the Lake Meech Accord: participation in UNESCO and recognition of the *Québécoise* nation. J. TRUDEAU has followed the conciliatory line of his predecessors, without any significant progress having been made in pursuit of better accommodation of Quebec within the federation.
 20. Over thirty years since it came into force, one can say that the *notwithstanding* clause, particularly as a consequence of its use by the government of Quebec, is perceived as negative by a part of Canadian society, with its use producing a signalling effect accompanied by a high political and social cost. This has obliged legislators to anticipate the result of a judicial decision with regard to

this law's compatibility with the Charter, resulting in an a priori control of constitutionality which elevates the protection of fundamental rights in the Canadian constitutional system. The signalling and mobilising effect of the *notwithstanding* clause and the desire to avoid parallels with Quebec have resulted in practically zero use of this mechanism of integration by the federal government and the Anglophone provinces and territories, with the exception of the recent attempt to apply it in Ontario under premises that would distort the function for which it was conceived.

21. The successive governments of Quebec also appear to have assimilated the risks implicit in the notwithstanding clause, recognising the need to eschew unilateral solutions and radical responses so as to avoid a new constitutional crisis, which is why, though this has been the subject of public debate, they have ruled out, to date, once again using the mechanism of section 33¹.
22. Once the tension generated by the referendum had been reduced, there began a process of gradual accommodation of the Quebecois difference with two main axes: language and education. As far as the *visage linguistique* is concerned, the Ford case doctrine still applies. In spite of this, and in clear contrast with what occurred thirty years ago, one notes a change in the *modus operandi* of the provincial legislator, who has recognised the need to avoid the conflict born of radical responses, as was evidenced by the dispute over commercial signage, in which the Quebec government opted to comply with the court decision and undertake the necessary legal reforms without resorting to the *notwithstanding* clause as a radical solution.
23. In matters of education, the recent legal disputes in relation to *écoles passerelles* confirm the hypothesis that constitutional actors are aware of the need to avoid conflict as far as is possible in pursuit of better integration of the Quebecois difference within the federation. In its rulings, the Supreme Court recognised the significance for Quebecois society of the protection of the French language, granting the province a year in which to correct the legislation that had been ruled unconstitutional. The Quebec government took advantage of this deadline to adopt the necessary measures that made it possible to reconcile

¹ The eventual approval of the *Loi sur la laïcité de l'État*, presently at first reading, would put an end to this tendency, opening a phase of confrontation with the federal government, which strongly opposes the content of the norm.

defence of its postulates with respect for the Charter of Rights, without resorting to extraordinary mechanisms, in a demonstration of the flexibility afforded by the Canadian federal model.

24. Twenty-three years after the referendum, the Canadian constitutional crisis is not over. Though unquestionable progress has been made towards compliance with the five points of the Lake Meech Accord, there are still unresolved issues, such as the limitation of spending power or the inclusion of the national recognition of Quebec in the Constitution. The Affirmation Statement represents a further example of Quebec's commitment to the federal option based on the principle of equality between governments and respect for provincial competences, containing an updated version of outstanding questions, with growing emphasis on provincial participation in the field of international relations, especially in terms of their areas of competence.
25. Since 1995, support for the sovereignist cause has declined in the absence of major constitutional conflicts. Experience shows that, in order to gain more support, the sovereignist movement needs extraordinary circumstances (*hiccups*) that generate a feeling of grievance, creating tension within Quebecois society; a circumstance that has not arisen since the referendum itself. This decline has called into question the PQ's dominant position, revolutionising the party system in the province where, for the first time in fifty years, the electoral dynamic has not revolved around the sovereignty-federalism dichotomy. Although the prospect of a future secession has receded, the sovereignist movement, support for which has stabilised at around 35%, rather than defeated, remains latent, awaiting the emergence of new circumstances that could put a strain on the federal model and benefit the secessionist cause. The Canadian federal model's flexibility and ability to adapt, insofar as is possible, to Quebec's demands and facilitate the province's integration within the federation, are the best tools in order to maintain secessionist tensions at a low level.
26. Canadian federalism's model of distribution of competences observes a formal structure of watertight compartments that is a product of its historical origins. The lists of competences in sections 91 and 92 contain enabling provisions of a broad and flexible nature that enable an old Constitution to evolve and adapt to new times. These classes of subjects include a multitude of specific matters that

are not detailed in the constitutional text, so their legal interpretation is crucially important.

27. In spite of the general quality of these provisions, there are some the nature of which is closer to that of the matter, given its specificity, with the aim of avoiding their inclusion within the sphere of competences of the other level of government, enshrining a system of distribution of competences in the form of a Swiss cheese. *The Swiss cheese system* of competences means that there are holes in the regulation of a matter, since parts of the latter fall within the competence of the other level of government, so its complete regulation is the responsibility of both levels of government.
28. Broadly speaking, the competences assigned to the federal government in Canada do not differ from those to be found in comparative federalism. Analysis of these enables us to identify certain characteristic features of the Canadian model, such as federal attribution of competences in criminal matters, a factor that separates the Canadian model from other contemporary federal systems, such as those of the USA or Australia. Another characteristic feature is the absence of constitutional anchorage of competence in international relations, a product of Canada's colonial origins and its links with the British Empire. The division of this competence between the two levels of government has enabled a Quebec to assume a significant role in this field through which to affirm its national character vis-à-vis matters such as language, education or culture.
29. The constitutional design outlined by the Fathers of the Confederation has evolved in accordance with its judicial interpretation, nuancing the original rigidity of the model of competences and resulting in its current format. Although the Fathers of the Confederation opted for a model in which the federal government had the widest possible powers in the economic sphere, the *Privy Council* adopted a restrictive interpretation of the *trade and commerce* clause, limiting its radius of action. Unlike the *Privy Council*, the Supreme Court has opted for a flexible interpretation of the *trade and commerce* clause, in which priority has been given to unity and economic efficiency as transforming vectors in the system.
30. The interpretative line adopted by the Supreme Court has led to the incorporation within the *trade and commerce* competence of a host of specific matters that initially fell within the provincial sphere, resulting in a centralising

force. In spite of this, it is less intense than in other federal models, favouring a balance between the two spheres of competences, by combining economic efficiency and territorial integration. In the same way, criteria of efficiency and natural interest have marked legal interpretation, by means of which there has been a broadening of federal competences in fields like unemployment benefit, criminal law, energy, communications or transport, incorporating into these more matters than they initially included.

31. The existence of a residual clause in favour of the federal level is a characteristic feature of the Canadian federal model, differentiating it from most federal models, in which this kind of clause is contemplated only in relation to sub-state units. Although this mechanism was designed as a *closure clause*, attributing to the federal level all those matters that are not included in section 92 of the 1867 Constitution, the *Privy Council* opted for a restrictive interpretation of the clause, limiting it to those matters not listed in section 92 that are of unquestionable importance to Canada and that do not undermine provincial legislation with regard to matters on the provincial list.
32. The POGG clause's status as residual power has been rejected by some authors who understand it to be a general power to legislate, defining the list in section 91 as mere example of this power. However, the federal list of competences has its own significance, since in its absence it would be impossible to delineate some matters included in the provincial competence regarding property and civil law.
33. A residual clause in favour of the federation does not mean a greater degree of centralisation compared with other federal models which lack this clause, as this circumstance depends upon the interpretation of the scope of provincial competences. Moreover, the centralising force of the POGG clause has been lessened by the presence of a residual clause a favour de provincial parliaments. Consequently, the POGG clause is simply a mechanism for attracting those matters that do not find accommodation within provincial competences, whose practical scope, both in its purely residual sense and in terms of national interest, has been limited by the courts, maintaining a balance between efficiency and provincial autonomy. Along with the facet of residual clause, the POGG clause also fulfils the function of emergency power that allows for temporary alteration

- of the model of division of powers, rendering the federal system more flexible, so as to be able to address situations of extreme gravity.
34. Unlike federal models like those of Australia or the USA, in Canada the provinces' competences are defined in positive fashion by means of listing rather than exclusion. This difference does not prevent the Canadian provinces from having a nucleus of competences similar to that of other sub-state entities in comparable federal states, assuming powers in economy, health, education, social assistance or public administration. Within the competences assigned to the provinces, of particular interest are the complementary competences that supplement federal powers, completing the system of distribution of powers, consolidating a system of distribution of competences in the form of a Swiss cheese. The *Swiss cheese design* has endowed the federal system with flexibility, facilitating the integration of provincial diversity, and in particular that of Quebec, as is illustrated by the example of marriage, the legal regulation of which is a federal responsibility, while the form or rite of celebration is a matter for the provinces, a factor that makes it possible to respect Quebec's Catholic tradition.
 35. Analysis of the provincial system of competences evidences the existence of constitutional asymmetries vis-à-vis education and civil law. These asymmetries make it possible to guarantee two distinctive features of Quebecois identity, namely education in French and the *Code Civil* system, demonstrating the integrating quality of asymmetric federalism by reinforcing the distinctive nature of Quebec without undermining provincial autonomy.
 36. Judicial interpretation has extended provincial competence over property and civil rights, transforming it into the provincial residual clause. Among the matters assigned to the provincial level through this clause are securities market regulation and labour relations. Both fields are examples of the *Swiss cheese system* with segments of the regulation subject to federal competence. The case of the securities market is indicative of the tension between autonomy and economic efficiency, since provincial regulation of the latter is one of the distinctive features of the Canadian system, the Supreme Court having put a brake on the expansionism of the *trade and commerce* clause by blocking federal attempts to introduce homogeneous regulation.

37. The interrelationship between both residual clauses has made it possible to modernise, by dint of judicial interpretation, the system of distribution of competences without needing to reform the Constitution. The residual nature of both clauses has accentuated the *Swiss cheese system*, rendering the model highly complex in practice, far removed from the apparent simplicity of the constitutional text.
38. Given the ancient nature of the Canadian Constitution and the enormous difficulty involved in successfully implementing a reform thereof, exacerbated by the *patriation* of 1982, it is judicial interpretation that has determined the evolution of the model. The traditional approach, based on the watertight compartments theory, has evolved from the initial rigidity to a more flexible conception of the federal model. Thus, it allows for a greater degree of concurrence than the content of the constitutional text, which only contemplates the latter for agriculture and immigration – applying federal primacy in the event of conflict – and for pensions – where provincial prevails over federal legislation–. These asymmetries have enabled Quebec to administer its own pension fund and assume competences in relation to immigration, differentiating it from the other provinces that have opted not to exercise competence in pensions and have exercised that of immigration to a lesser degree.
39. The evolution of the interpretative criteria employed by the Supreme Court reveals a clear intention to encourage interaction between both levels of government and promote a cooperative vision of the federal model. However, the scope of this principle is still reduced, as it can neither limit legislative action nor alter the constitutionally established model of division of powers. The evolution of the latter will determine the future of the federal system, given that an extension of its scope would increase the flexibility of the system of distribution of competences, increasing interrelation and concurrence between the two jurisdictional spheres.
40. From the beginning, the institutional system designed in 1867 struggled to channel provincial participation, evidencing the difficulty involved in combining the traditional British system with the federal model. In the House of Commons, this has resulted in a patching up of the system, given the inability to undertake a thorough reform. In the case of the Senate, the combination of two conflicting traditions like those of Britain and the USA has resulted in various

dysfunctionalities, essentially arising from its appointed nature and iron party discipline, which have prevented this institution from acting as a chamber of territorial representation through which to channel the tensions between centre and periphery.

41. The 2015 has not brought about significant changes in the dynamic of the Senate with regard to its role as chamber of representation, though it is possible to observe some progress in pursuit of the defence of provincial interests on the part of senators. With regard to Quebec, the Senate has channelled some of the province's demands – acting in representation of its interests–, the federal government's acknowledgement of which has reduced existing tensions, favouring the province's integration within the federal model.
42. Given the Senate's limited influence upon the federal model, particularly apparent during the constitutional crisis, and its inability to act as a chamber of territorial representation, it would be advisable to consider the reform of the institution, or even its abolition. However, neither of these two options appears to be possible in the near future due to the need for them to be articulated via constitutional reform, given that there is currently no political will in this sense.
43. The considerable rigidity of the Canadian Constitution following *patriation* means that judicial interpretation is the only mechanism available in order to update the constitutional text. As a result, the Supreme Court has become the vector of territorial organisation, acting as territorial arbitrator between the federation and the provinces in the absence of consensus regarding whether Supreme Court jurisprudence has had centralising or decentralising effects.
44. The controversy over the constitutional nature of the *Supreme Court Act* and its reform in relation to the three magistrates from Quebec crystallised in the legal recognition of the importance of the civilist tradition as one of the values whose content forms part of the nucleus of Quebecois identity. The latest reforms have not introduced any mechanism that allows for provincial participation in the selection process, beyond round of consultations with the provinces similar to the Australian model.
45. One observes acceptance of the need for the Supreme Court to have a diverse territorial composition that allows for all regional sensibilities to be represented in the ultimate interpreter of the Constitution, reinforcing its legitimacy and preventing it from being perceived as a federal institution that is insensitive to

provincial interests. This circumstance makes it possible to conceive of the Supreme Court as an institution that is representative of Canada's territorial diversity, a question of particular importance to Quebec, since the SC has shown itself to be more in favour of recognition of Quebec's distinctive character than any other institution. Finally, there is also evidence that the government is more prepared to assign the Supreme Court an inclusive and symbolic nature, with particular emphasis upon indigenous peoples and the Francophone minority.

46. Spurred on by the rigidity of the constitutional text, Canada has developed an important system of intergovernmental relations through which to channel tensions between centre and periphery, a process that has benefitted from the Senate's inability to act as a chamber of territorial representation. The numerous agreements that have been reached are confirmation of the flexibility that allows for a system of intergovernmental relations as an alternative to a process of constitutional reform, increasing cooperation between the different governments.
47. Vertical relations, with the FMC as cornerstone, have served to articulate the dialogue between both levels of government, content of which has revolved around three key axes: constitutional reform, economic union and public policies. After the failures of Lake Meech and Charlottetown, the system of intergovernmental relations established itself as an alternative to the constitutional path in order to modernise and improve the functioning of the federal system, leading to agreements such as the AIT or the CFTA.
48. Vertical intergovernmental relations have made it possible to introduce a greater degree of asymmetry in the Canadian federal system, in response to different provincial needs. These asymmetries have made it possible for Quebec to receive different treatment in areas like immigration, health, social assistance or even permit the province's participation in the UNESCO, improving its accommodation within the federation and reducing secessionist tension. These asymmetries have not been perceived by the other provinces as privileged treatment, with signs of "catching-up" in some areas.
49. The creation and promotion of the Council of the Federation at Quebec's initiative responded to two main objectives: modernise the federal system via horizontal cooperation and guarantee respect for provincial autonomy, consolidating an asymmetrical federal model allowing Quebec to develop and protect its distinctive characteristics. The COF has proved to be far more

proactive than the FMC, learning from the latter's mistakes, and becoming a relevant actor, generating a *bottom-up* force capable of influencing the shaping of federal will. Nevertheless, interprovincial dialogue remains fragile, revealing shortcomings when it comes to addressing politically controversial matters.

50. The system of intergovernmental relations, in particular, the FMC, could become an alternative to the dysfunctional Canadian Senate. For this to occur, its main deficiencies would have to be resolved: the need to institutionalise the system and the fact that its agreements lack legal force, establishing regular sessions and implementing decision-making mechanisms based on majority rule, dispensing with consensus. The FMC has the competence to fulfil the role of chamber of territorial representation that the Senate has been incapable of undertaking, providing a voice for provincial governments in shaping federal will. However, it seems more appropriate to conceive of this system as a complement rather than an alternative, as one should not underestimate the value of the functions of sober second thought and improvement of legislative texts performed by the Senate.
51. Combining the system of intergovernmental relations with a Senate that acts as a chamber of reflection might improve the functioning of the federal system, reducing secessionist and other tensions, and channelling dialogue between the federal government and the provinces.
52. The development of a strong system of intergovernmental relations has helped to integrate territorial diversity, channelling dialogue between centre and periphery. Nonetheless, there is still margin for improvement to increase the scope of this system if existing dysfunctions are corrected and there emerges a political will to advance towards a more cooperative conception of the federal model.
53. The Canadian fiscal model is characterised by the existence of a constitutional asymmetry in terms of revenue in favour of the federal level, which enjoys general power in tax matters. Meanwhile, provincial competence is configured in a restrictive fashion, with a limitation upon direct taxation within the province's territory and to finance provincial projects.
54. Judicial interpretation has been decisive in reconciling the original constitutional design with contemporary economic reality. The courts have tempered the constitutional asymmetry, making it possible to widen the provinces' tax bases

- in order to include levies that, given their nature, are regarded as indirect in strictly fiscal terms.
55. The evolution of the model, since the centralisation of the *Wartime Tax Agreements*, evidences a gradual increase in autonomy in tax matters on the part of provincial governments, up to the highest levels in comparative terms. Following a period of gradual homogenization of the system, in which only Quebec expressed a desire to retain complete fiscal autonomy, the current system is characterised by cooperation between governments and growing diversity de tax schemes between provinces. The increased cooperation has prevented the emergence of a new centralising dynamic, channelling existing tensions through the system of intergovernmental relations and reducing the fiscal imbalance that had existed since the beginnings of the Confederation.
 56. In view of the calculations presented here, there is confirmation of the existence of a vertical fiscal imbalance in the terms defined by the Séguin Commission. This imbalance means that the provinces are completely dependent upon federal transfers, since they cannot maintain their current levels of spending in the absence of the latter. The existence of fiscal imbalances between the different levels of government, whether vertical or horizontal, increases territorial tensions, which is why they need to be corrected in order to afford the provinces absolute autonomy when exercising their competences, without the lack of financial resources acting as an impediment to the latter.
 57. The vertical fiscal imbalance existing in Canada is partially alleviated by the federal recourse to spending power, a prerogative that lacks specific constitutional support. This power has assumed three main forms: shared-cost programmes, federal transfers and direct payments.
 58. Shared-cost programmes are characterised by federal unilateralism at the time of their implementation and finalisation. Quebec has refused to take part in any of these programmes, claiming a right to financial compensation in order to implement its own programmes, which the federal government has not accepted. These programmes have gradually been replaced by a dynamic of federal transfers; the design, implementation and reform of which has responded exclusively to federal interests, ignoring those of the provinces.
 59. With the exception of direct payments, the nature of which involves an *ultra vires* operation, it cannot be said that the conditionality implicit within spending

power represents an undermining of the federal principle, although it does act as a centralising force. The degree of intensity of the conditionality existing in Canada and, in particular, of the national standards inherent to the CHT, is reduced. These standards mean that the *Canada Health Act* takes the form of a kind of basic legislation aimed at guaranteeing a certain degree of homogeneity between provinces. The next revision of the system represents an opportunity for its reformulation, so as to improve the efficiency of the federal system and increase provincial autonomy, but while retaining a certain degree of national homogeneity.

60. With the notable exception of the USA and Mexico, horizontal redistribution systems are a constant in federal states, and there is a certain homogeneity in the elements that integrate these programmes. The Canadian system is characterised by the fact that it is accountable exclusively to the federal government without any provincial intervention. The multiple reforms of the system have not affected its core and philosophy, with evidence of a spill over effect, whereby certain changes have led to others, with the aim of adapting the system to the needs of the federal government and, to a lesser extent, of the provinces.
61. In order to promote cohesion and territorial integration, reducing territorial tensions and improving the functioning of the federal system, reforms of the system should be implemented with a view to establishing a financing formula for the programme, and there should be consideration of the advisability of adopting a global approach in the calculation of natural resources revenues.
62. Horizontal redistribution programmes can be designed as an instrument through which to channel territorial tensions with the goal of avoiding a secessionist crisis. For this reason, the desire to integrate Quebec and end its isolation in the tax field featured in the creation of the Canadian equalization program, though the latter was not conceived in order to accord special treatment to this province. These programmes increase the costs of secession when secessionist tension affects a sub-state entity that, like Quebec, is a net recipient of funds. Moreover, they have an integrating function, promoting an idea of solidarity and belonging to a common project that strengthens ties between communities and reduces secessionist tension.
63. Canada's equalization program has acted as a catalyst for Quebec's integration within the federation, reducing the province's fiscal isolation and helping to

materialise one of the main demands for change expressed by Quebecois society during the Quiet Revolution: the economic development of the Francophone province, so as to put an end to its backwardness in comparison with Canada's Anglophone majority. In spite of the considerable integrating potential of the equalization program, in Canada it is often employed as political weapon, pitting one province against another, far removed from the integrating idea behind its conception.

64. As a final conclusion, we should return to the questions presented at the beginning of this work. Firstly, the hypothesis that, given the extreme rigidity of the Constitution, other channels of accommodation and integration of territorial diversity have been developed, avoiding a repeat of the constitutional crisis at the end of the 20th century and reducing support for secession. This hypothesis has been confirmed, as the federal system has been able gradually to integrate Quebec by means of different mechanisms, with support for secession having fallen to its lowest levels, without a new constitutional crisis arising. A description of the federal system facilitated identification and analysis of the elements – the case of the paradigm shift in the design of the Constitution with regard to secession, the *notwithstanding* clause, the judicial interpretation of the system of competences or intergovernmental cooperation – that have made it possible to find alternative channels of accommodation to constitutional amendment, confirming that the federal model may offer an alternative to secession, since the flexibility it provides makes it possible to integrate different sensibilities, especially that of Quebec, within a strong state. This integration has been possible thanks to the fact that most political actors have modified their pattern of conduct, proving to be more sensitive to the integration of difference and acknowledging the need to abandon unilateral solutions in search of negotiated and cooperative proposals. Similarly, there is no evidence, with the notable exception of the Senate, of serious dysfunctions in the implementation of the federal model which preclude this from being an instrument by means of which to accommodate discounted national communities, so it can be said to have functioned correctly. The success enjoyed by this model vis-à-vis the accommodation of Quebec, defusing a secessionist crisis that put an enormous strain on the constitutional system and returning it to stability, may be of great interest to Spain. Accordingly, the lessons drawn from

the Canadian experience should help us to develop future lines of research in order to develop a legal framework with which to lend flexibility to the constitutional system and achieve appropriate accommodation of different territorial sensibilities, reducing support for secession and preventing the collapse of the system.