

V. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y LOS PROBLEMAS DE COORDINACIÓN A NIVEL SUBNACIONAL

EL MISTERIOSO ÉXITO DE UNA DEMOCRACIA FEDERAL

James A. GARDNER*

SUMARIO: I. *Antecedentes históricos.* II. *Conflictos conceptuales y metodológicos.* III. *Enredos operacionales.* IV. *Diseño constitucional híbrido.* V. *¿Funciona la hibridación?* VI. *Conclusión.*

En la actualidad, la mayoría de la población libre del mundo vive en Estados que son democracias federales.¹ De acuerdo con el modo de organización, cuando digo “democracia federal” estoy aludiendo a un Estado que es democrático y libre en sus decisiones políticas; un Estado federal cuyos líderes son electos en elecciones donde el poder del Estado está dividido en dos niveles de gobierno que gozan de cierto grado de autonomía mutua. La mayoría de los Estados libres más grandes del mundo se adaptan a esta descripción, incluyendo India, Estados Unidos, Brasil, Alemania, Sudáfrica, Argentina y Canadá, así como otros Estados más pequeños, como Australia, Suiza, Austria, entre tantos otros.

La ubicuidad de la democracia federal en el mundo moderno, en consonancia con el éxito comparativo que tienen los Estados que la utilizan, puede crear la impresión de que ninguna forma de organización estatal podría ser más natural. En efecto, mientras con frecuencia se observa que el federalismo está histórica y característicamente asociado con la

* Profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad de Buffalo, Nueva York.

¹ Según mi propio cálculo aproximado, 79% de la población libre del mundo vive en Estados federales. Para realizar este cálculo utilicé la lista de Estados federales proporcionada por Watts, Ronald L., *Comparing Federal Systems* (3a. ed., 2008), tabla 2, en 12; la lista de los Estados considerados libres en Freedom House, *Freedom in the World 2017*, disponible en: https://freedomhouse.org/sites/default/files/FH_FIW_2017_Report_Final.pdf, en 20-24, y cifras de población de los países disponibles en: Worldometers.info, <http://www.worldometers.info/world-population/population-by-country/>. Para declaraciones similares véase Bednar, Jenna, *The Robust Federation: Principles of Design*, Cambridge, 2009, p. 2; Hueglin, Thomas O. and Fenna, Alan, *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*, University of Toronto, 2015, pp. 1 y 69.

democracia,² algunos autores han ido más allá afirmando que la democracia y el federalismo están indisolublemente unidos en cuanto que la primera es una condición necesaria para el éxito del segundo.³ Más allá de ello, de muchas maneras, estas dos formas de organización estatal (democracia y federalismo) han resultado ser en sí mismas inconmensurables, funcionando a menudo con objetivos contradictorios. Las dos formas de gobierno surgieron de raíces históricas diferentes. Se asientan en concepciones de la política esencialmente divergentes, razón por la cual ambas se encuentran en severa tensión. Aun cuando tanto la democracia como el federalismo pudieran proporcionar mecanismos sociales y políticas de resolución de disputas, la verdad es que ambos se valen de métodos muy distintos. Luego, teniendo en cuenta que sus respectivos métodos son tan diferentes, es también evidente que la imbricación de ambos termina muy a menudo minando la eficacia operativa de ambos sistemas.

Si la misma idea de una democracia federal presenta una contradicción interna, ¿cómo es entonces que tales Estados perduran y prosperan? En este ensayo ofrezco una explicación de democracia federal, que permite entender su éxito. Éste acontece por su formato pragmáticamente útil, dando cuenta de dos mecanismos muy diferentes de resolución de disputa social y política, los cuales se ven activados ante diversas clases de problemas. La democracia federal, luego, incorpora dos características complementarias que en su consecución permiten obtener otros beneficios que exceden con claridad los costos que mutuamente se dispensan por la habilitación de ambos términos opuestos. En este orden explicativo, la democracia federal emerge como producto de un diseño constitucional sólido, aunque, de algún modo, teóricamente desprolijo. Sin embargo, más allá de ello, también presento una advertencia práctica. El éxito de la democracia federal parece estar anclado en su aptitud para determinar exitosamente los problemas que el foro democrático o el federalismo específico pueden mejor tratar. Esta función

² Elazar, Daniel J., “Federalism: An Overview”, p. 13 (*Human Sciences Research Council*, 1995). Véase también Saunders, Cheryl, *Constitutional Arrangements of Federal Systems*, 25(2) *Publius*, pp. 61 y 77 (1995); Stepan, Alfred, “Federalism and Democracy: Beyond the U. S. Model”, 10(4), *Journal of Democracy* 19 (1999). Otros, por supuesto, niegan esto enfáticamente. Véase e. g., Neumann, Franz L., “Federalism and Freedom: A Critique”, in *Federalism, Mature and Emergent*, p. 52 (Arthur W. MacMahon ed., 1955).

³ Stepan, Alfred, *Arguing Comparative Politics*, pp. 318 y 319 (Oxford, 2001); Kahn, Jeffrey, *Federalism, Democratization, and the Rule of Law in Russia*, p. 45 (Oxford, 2002); Filippov, Mikhail and Shvetsova, Olga, “Federalism, Democracy, and Democratization”, in *Federal Dynamics: Continuity, Change, and the Varieties of Federalism*, p. 167 (Arthur Benz and Jörg Broschek (eds.), 2013); Hueglin, Thomas O. and Fenna, Alan, *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*, p. 24 (University of Toronto, 2015).

de asignación, por lo tanto, en general, es mejor determinada por la Constitución del Estado federal. Sea como fuere, dado que las circunstancias se muestran a menudo cambiantes, es lógico, el foro más (o nivel de decisión) apto para resolver problemas comunes también puede estar sometido a cambios. En resumidas cuentas, las democracias federales, por lo general, no parecen haber concebido ningún método particularmente efectivo o sistemático que permita adaptar la asignación constitucional de problemas a un foro u otro. Como resultado de ello, las discordancias entre los problemas y los foros a los cuales éstos son asignados, en definitiva, parecen estar condenadas a ser resueltas en el escarpado terreno de la política constitucional, lugar éste donde las soluciones sólidas y duraderas que la estabilidad del Estado requieren no parecen fluir con naturalidad.

La presente argumentación se desarrolla de la siguiente manera: la parte 1 explora las distintas raíces de la democracia y el federalismo. Aludiendo a su inconmensurabilidad fundamental, la parte 2 examina las bases y métodos conceptuales de la democracia y el federalismo. La parte 3 analiza cómo estas contradicciones internas crean costos en forma de “enredos operativos” que afectan la eficacia de ambos sistemas. La parte 4 ofrece una explicación de diseño constitucional híbrido para ayudar a explicar por qué la democracia federal ha probado ser una forma de gobierno exitosa a pesar de estas contradicciones internas y más allá de los citados impedimentos operativos. La parte 5 evalúa esta explicación a la luz de algunas características y actividades específicas de los Estados federales, concluyendo que tal entendimiento no logra echar luz sobre el misterioso éxito de la democracia federal, sino que, por el contrario, apenas si permita redefinir el misterio sobre cómo ha sido posible que los Estados federales hayan podido sobrevivir en el tiempo.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Tanto el federalismo como la democracia tienen raíces antiguas. De todos modos, con el propósito de resolver problemas diferentes, ambos aparecieron en la escena histórica en circunstancias distintas. Dicho de manera simple, la diferencia se resume en lo siguiente: el federalismo apareció como forma de organización de grupos autónomos, mientras que la democracia surgió a manera de organización pública para individuos autónomos.

Generalmente se dice que las raíces del federalismo moderno se asientan en antiguas alianzas y ligas. Entre las primeras expresiones de una forma de organización de corte federal, los expertos en federalismo re-

conocen, por ejemplo, la Liga Amfitiónica y la Liga Aquea de la antigua Grecia; las Doce Tribus del Israel bíblico; la Confederación de los aborígenes iroqueses, y las alianzas de las tribus beduinas.⁴ Éstas eran alianzas laxas que, en general, tenían un solo propósito. Eran alianzas formadas con objetivos militares, y en algunos casos, con propósitos económicos o religiosos. La acción conjunta requería por lo tanto un acuerdo mutuo de sus miembros.

Hacia el final de la Edad Media, aparecieron otras formas de organización en cierto modo más elaboradas. Tratábase de organizaciones que asumían un amplio ámbito de cooperación y delegación de algunas funciones, como la defensa, la recaudación de ingresos públicos; con algunas formas de gastos que denotaban la existencia de un gobierno central rudimentario. Los expertos reputan como tales organizaciones a confederaciones, entre las que suelen incluir por caso a la Liga Lombarda, la Liga Hanseática, la Confederación Suiza, las Provincias Unidas de los Países Bajos, y a los Estados Unidos bajo los Artículos de la Confederación.⁵ Independientemente de la forma, sin embargo, la característica común de estas primeras confederaciones es que refieren a organizaciones compuestas de Estados o comunidades independientes y autónomas. No importan individuos, razón por la cual su existencia se justifica en aras de objetivos comunes de los grupos integrados.

A contramano de ello, la democracia siempre se ha caracterizado por el modo en que los individuos se relacionan con el Estado. Las concepciones antiguas de democracia se asientan en nociones de ciudadanía elaboradas en función de la organización política del Estado. Como escribió Aristóteles: ser ciudadanos es compartir un Estado.⁶ La clave, por lo tanto, es la noción de organización política del Estado, y así, las organizaciones protofederales no fueron entendidas como tales. De tal suerte, al no contar con ciudadanos, la idea de democracia se volvió irrelevante. Luego, al desconocer el concepto de ciudadanía, tal como sucede hoy con la NATO o el NAFTA, no nos molestamos en preguntar si las antiguas alianzas militares

⁴ Palermo, Franceso and Kössler, Karl, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law* (Hart Publishing, 2017); Watts, Ronald L., *Comparing Federal Systems* 3 (Institute of Intergovernmental Relations, 2008); Davis, S. Rufus, *The Federal Principle: A Journey through Time in Quest of a Meaning* (University of California Press, 1978).

⁵ Davis, S. Rufus, *The Federal Principle: A Journey through Time in Quest of a Meaning* (University of California Press, 1978); Palermo, Franceso and Kössler, Karl, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law* (Hart Publishing, 2017); Watts, Ronald L., *Comparing Federal Systems*, p. 3 (Institute of Intergovernmental Relations, 2008).

⁶ Aristotle, *The Politics*, bk. II, ch. 1 (Ernest Barker, ed. & trans. 1978).

o si las ligas comerciales fueron democráticas. El concepto simplemente no es aplicable.

Aunque las concepciones de democracia han evolucionado considerablemente desde los tiempos antiguos y medievales, las concepciones de democracia que siguieron al ‘iluminismo’ no han alterado la noción fundamental de la democracia. Esa noción se sostiene sobre la relación directa entre los ciudadanos y el Estado. La teoría del contrato social, en particular, trata a todos los gobiernos como la creación razonada y decidida de una sociedad civil que es, en sí misma, una asociación voluntaria donde individuos libres e iguales se reúnen con el propósito de dar existencia al Estado.⁷

Lejos de rechazar el unitarismo estatal, los conceptos de democracia del iluminismo emergieron como una resistencia ideológica a una forma particular de unitarismo: la autocracia. El objetivo político y conceptual de la teoría política del iluminismo, entonces, no era cuestionar al unitarismo, sino simplemente sustituir un soberano absoluto (real o divino) por la soberanía *popular*. Conceptualmente, de tal suerte, la democracia se desarrolló como respuesta a esos esfuerzos: no por oponerse al unitarismo, sino por refundarlo.

El federalismo y la democracia se fusionaron en circunstancias inusuales en Estados Unidos a fines del siglo diecinueve. Ninguno de los dos despertaba gran entusiasmo entre los fundadores. La Confederación había sido menoscabada por la pobre actuación de Estados Unidos bajo los artículos de la Confederación. Esta circunstancia, en rigor de verdad, fue lo que llevó a muchos fundadores a presionar para lograr un Estado considerablemente más centralizado.⁸ Los fundadores, por otro lado, tampoco tenían estima por la democracia. Siguiendo la enseñanza de los antiguos, interpretaban que ella permitía una suerte de gobierno del populacho. Madison notaba que las democracias eran proclives a inclinarse sobre la pasión, y podían caer en la tiranía de la mayoría. Madison llamaba a esto espectáculos de “turbulencia y contienda” incompatibles con garantías a la seguridad personal.⁹ Con todo, los redactores de la Constitución acordaron sobre bases pragmáticas que alguna forma de organización federal era indispensable para asegurarse el acuerdo de todas las antiguas colonias.

⁷ Por ejemplo, véase Locke, John, *The Second Treatise of Government* 4, pp. 87 y 89 (Thomas P. Peardon (ed.), Bobbs-Merrill 1952) (1690); Hobbes, Thomas, *Leviathan*, ch. 1:13 (Bobbs-Merrill 1958) (1651).

⁸ Entre los principales propulsores de este punto de vista estaban los tres autores de *The Federalist Papers*, James Madison, Alexander Hamilton, y John Jay, conocidos colectivamente como Publius.

⁹ *The Federalist*, núm. 10 (Madison).

En miras de la ratificación popular de la Constitución propuesta, se tornaba imprescindible atender a algún grado de voz popular al interior del gobierno propuesto y del nuevo Estado en ciernes.

Al momento de la fundación de Estados Unidos, democracia y federalismo no presentaban ninguna incompatibilidad ostensible. En su forma primitiva, lo que hoy llamamos democracia significaba solamente soberanía popular, algo así como el gobierno del pueblo por medio de la delegación del poder a agentes debidamente elegidos.¹⁰ La soberanía popular, por lo tanto, era compatible con cualquier forma de gobierno, incluyendo la monarquía, siempre que el pueblo lo deseara, claro está. Locke, después de todo, desarrolló su teoría para justificar la monarquía constitucional, mientras que, para Hobbes, la soberanía popular sólo podía dar fundamento a la monarquía absoluta. En este tiempo, la democracia era vista bajo un manto de sospecha por parte de las elites establecidas. En Estados Unidos, cualquier tufillo a democracia en la primera estructura constitucional tuvo que ser moderado en gran medida por medio del diseño institucional. Publius, de hecho, se jactaba de la absoluta exclusión del pueblo en su capacidad colectiva respecto a participar dentro del gobierno.¹¹ Esta exclusión se consolidó por medio de acuerdos institucionales, como el Colegio Electoral,¹² que vino a secuestrar la elección del presidente del *demos* para dejarla en las manos de elites virtuosas y sabias.¹³ Lo mismo sucedió con la elección indirecta de los senadores a través de designación hecha por parte de las legislaturas estatales.¹⁴ De modo que, después de las primeras palabras de la Constitución con la fórmula “Nosotros el Pueblo”, la organización política nacional no tuvo ninguna otra irrupción en esa capacidad en la escena política. Las instituciones constitucionales fracturaron la organización política por medio del Estado, y después de 1842, la ley federal se dividió aún más por medio de distritos electorales congresionales.¹⁵ Hasta el presente, no existe en Estados Unidos un instrumento de gobierno capaz de habilitar la consulta o de agregar directamente la voluntad única del orden

¹⁰ Declaración de la Independencia (U. S. 1776), § 2.

¹¹ *The Federalist*, núm. 63 (Hamilton or Madison).

¹² Constitución EEUU, artículo II, 1.

¹³ *The Federalist*, núm. 68 (Hamilton).

¹⁴ Constitución EEUU, artículo I, 3.

¹⁵ Acta de Distribución de 1842, 5 Stat. 491 (1842). Ackerman ha aseverado que el sistema gubernamental nacional todavía opera subrepticamente e impone su voluntad sobre el contenido de la Constitución por medios informales. Bruce Ackerman, *We the People* (Foundations 1991).

político nacional gubernamental de Estados Unidos. No hay un vehículo para celebrar un referéndum a nivel nacional.

Si la democracia y el federalismo comenzaron como formas compatibles para la organización estatal, la evolución en las concepciones públicas de la democracia hizo que luego se separaran. En Estados Unidos, después de la Revolución, las ideas públicas sobre la democracia evolucionaron con rapidez, especialmente durante el periodo de Jackson de las décadas de 1820 y 1830. Durante este lapso, la democracia comenzó a asociarse más y más en el imaginario público con el plebiscitarianismo. Vale decir, se la asoció con el control directo del electorado sobre la identidad de los líderes; con el dominio sobre el contenido de las políticas públicas, sin que hubiera mediación alguna de parte de elites o de instituciones que sustituyera el juicio original del pueblo.¹⁶ La contribución más importante de Andrew Jackson a la comprensión pública del gobierno de Estados Unidos tuvo que ver con el anuncio de una doctrina singular. Ésta sostenía que el presidente de Estados Unidos, en virtud de ser el único funcionario del gobierno elegido por toda la nación, representa y, en efecto, encarna físicamente, la totalidad del sistema de gobierno nacional.¹⁷

Esta evolución en las ideas, prontamente, produjo una considerable tensión entre las pertinentes concepciones públicas de autogobierno popular y la estructura heredada de las instituciones de gobierno estadounidenses. Esta tensión, en cierta medida, se vio luego aliviada por cambios sustanciales en las instituciones gubernamentales, que se vieron plenamente alineadas con el crecimiento de demandas a favor de la democracia plebiscitaria. A nivel nacional, al Colegio Electoral se le descartó en un principio en favor de un sistema pensado para imitar de la mejor manera posible la elección directa, plebiscitaria del presidente.¹⁸ A partir de 1917, la Constitución había sido enmendada para permitir la elección popular directa de los senadores.¹⁹ A nivel subnacional, por otro lado, el número de funcionarios electivos se multiplicó rápidamente. Este crecimiento incluyó la elección de jueces, sin soslayar la irrupción de institutos de democracia semidirecta en

¹⁶ Wood, Gordon S., *The Radicalism of the American Revolution* (Vintage 1992); Morone, James A., *The Democratic Wish: Popular Participation and the Limits of American Government* (Yale University Press rev. ed. 1998); Wiebe, Robert H., *Self-Rule: A Cultural History of American Democracy* (University of Chicago Press 1995).

¹⁷ Dahl, Robert A., *Myth of the Presidential Mandate*, *Political Science Quarterly*, vol. 105(3), pp. 355-372 (1990).

¹⁸ Diamond, Martin, *The Electoral College and the American Idea of Democracy* (AEI Press 1977).

¹⁹ Constitución EEUU, enmienda XVII.

una gran variedad de formas. Así, se puede notar la aparición de referendums locales sobre impuestos y sobre medidas financieras, sin dejar de lado la habilitación de legislación popular directa y la posibilidad de enmiendas constitucionales subnacionales.

A medida que el federalismo fue considerado un obstáculo para la evolución de nociones plebiscitarias de democracia, lo cierto es que las concepciones públicas acerca de la correcta distribución del poder del Estado también fueron susceptibles de cambios. En este punto, la guerra civil en Estados Unidos marcó un importante punto de inflexión. Para sostener el apoyo popular del Norte a una intervención militar centralizada, los formadores de opinión empezaron a difundir, por primera vez, con mucho énfasis, la idea de que Estados Unidos era una nación unificada,²⁰ una nación con un *demos* nacional irrompible.²¹ La exitosa prosecución de la guerra civil por parte del gobierno nacional, junto con la promulgación de las enmiendas de reconstrucción de la Constitución de Estados Unidos,²² robustecieron las concepciones públicas acerca de las apropiadas funciones del gobierno nacional. Éstas remarcaron la pertinencia, y aun la necesidad, de que hubiera políticas nacionales uniformes en algunos territorios. En cambio, al otro lado de la frontera norte del país, en Canadá, el federalismo estadounidense fue estigmatizado como un factor negativo que contribuyó a la guerra. A partir de 1867, este entendimiento hizo que los canadienses diseñaran para sí mismos una federación mucho más centralizada. De todos modos, a pesar de ello, la verdad es que en definitiva el federalismo canadiense evolucionó precisamente en la dirección opuesta.²³ En el siglo veinte, el éxito del gobierno nacional de Estados Unidos es notorio luego de su participación en las dos guerras mundiales. Ello permitió sacar a la nación de la Gran Depresión, y, eventualmente, el movimiento de los derechos humanos protegido a nivel federal fue responsable de tomar medidas decisivas en contra de la segregación racial. En este proceso, la reputación del federalismo se vio deteriorada, en tanto el mismo implicaba una rémora para un gobierno efectivo y racional. Hacia la mitad del siglo veinte, intelectuales importantes como

²⁰ Nagel, Paul C., *One Nation Indivisible: The Union in American Thought 1776-1861* (Oxford University Press 1964); Stampp, Kenneth M., "The Concept of a Perpetual Union", *Journal of American History*, vol. 65(1): pp. 5-33 (1978).

²¹ *Texas v. White*, 74 U.S. 700 (1869).

²² Estas son las enmiendas número trece, catorce y quince de la Constitución de los EEUU.

²³ McWhinney, Edward, *Comparative Federalism: States' Rights and National Power*, p. 16 (University of Toronto Press 1962); Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5.3(a), (b), (c) (Thomson Carswell 2007).

Harold Laski y William Riker, habían condenado al federalismo como una noción institucionalmente obsoleta y políticamente regresiva.²⁴

II. CONFLICTOS CONCEPTUALES Y METODOLÓGICOS

En un lugar aparte de su evolución histórica, las nociones modernas de federalismo y democracia se encuentran en severo desacuerdo. Ello es así tanto conceptual como metodológicamente.

En primer lugar, la democracia y el federalismo difieren en el respectivo orden de sus justificaciones. La democracia se basa en el principio de que la mayoría de los ciudadanos están habilitados para gobernar, es decir, para determinar las políticas bajo las cuales vivirá el *demos*. El federalismo, por el contrario, niega que una mayoría deba gobernar, y debilita esa posibilidad al negar a las mayorías nacionales la autoridad para adoptar e imponer políticas a lo largo de la nación, al menos en algunos dominios de la vida pública, y a menudo en muchos de los aludidos dominios.²⁵ Las únicas ocasiones en las cuales estos dos órdenes de justificaciones convergen es cuando el consenso popular es tan extendido que el principio de la mayoría no opera significativamente.

En segundo lugar, la democracia y el federalismo se asientan en concepciones de igualdad que se manifiestan en conflicto. La democracia se basa en un principio de igualdad de los ciudadanos vistos individualmente. El federalismo se basa en un principio de igualdad de grupos, en particular, de las comunidades territoriales. Estas dos formas de igualdad son incompatibles en todas las circunstancias, a excepción de las más inusuales, según lo observaba el teórico político estadounidense Robert Dahl. En general, a menos que todas las organizaciones tuvieran un mismo número de integrantes, la igualdad entre todas las organizaciones impide aplicar el principio de la igualdad de voto a los individuos. Dado que para él este era una exigencia ineludible en los sistemas federales, ello no podía ser de otro modo.²⁶ En efecto, el federalismo produce a menudo distribuciones de poder y de influencia, que causan violaciones ofensivas de la concepción de igualdad de la ciudadanía nacional. Esto ocurre más comúnmente con las desigual-

²⁴ Laski, Harold *The Obsolescence of Federalism* (Palgrave MacMillan 1939); Riker, William, *Federalism: Origin, Operation, Significance*, p. 155 (Little, Brown and Company 1964).

²⁵ Vile, M. J. C., *The Structure of American Federalism*, p. 30 (Oxford University Press 1961); Dahl, Robert A., *Democracy and its Critics*, pp. 197-204 (Yale University Press 1989).

²⁶ Dahl, Robert A., *Dilemmas of Pluralist Democracy: Autonomy vs. Control*, p. 83 (Yale University Press 1982).

dades de representación en la legislatura nacional, especialmente —aunque no exclusivamente— en una segunda cámara o senado, institución ésta que se la entiende como característica de las verdaderas federaciones.²⁷ Estas desigualdades en la población pueden ser serias: en la legislatura nacional de Brasil, por ejemplo, el compromiso con el principio de igualdad regional produce disparidades de población entre las regiones que llegan hasta 140 o 150 a uno, en Argentina, hasta 85-1, y en Estados Unidos hasta 66-1.²⁸

En tercer lugar, la democracia y el federalismo difieren en la relación que establecen entre los ciudadanos y el Estado. La democracia crea una relación directa entre los ciudadanos y un gobierno; el gobierno del Estado al cual ellos pertenecen, en palabras de Jefferson. Se trata, entonces, del derecho del pueblo a instituir su gobierno, fundándolo en tales principios. Se trata del derecho del pueblo a organizar sus poderes de la manera que ellos entiendan es la mejor para realizar la seguridad y la felicidad comunes.²⁹ En consecuencia, el vínculo creado entre el pueblo y su gobierno constituye la ruta principal por la cual los ciudadanos influyen en la conducta del Estado.³⁰

En gran medida, el federalismo complica esta relación. Lo hace de la manera más obvia, al establecer relaciones directas entre los ciudadanos y dos Estados: uno nacional y otro subnacional. Esta circunstancia crea un conflicto inmediato, extraño y a veces misterioso respecto a las exigencias de lealtad al ciudadano, que, según Rousseau, está negando la *bona fides* democrática del gobierno nacional. De acuerdo con este punto de vista, la voluntad de estas sociedades particulares (subnacionales) siempre exhiben dos aspectos: en lo que atañe a los miembros de la asociación, trátase de una voluntad general; pero en lo que respecta a la sociedad más grande, es una una voluntad particular. Lo cierto es que usualmente sólo se encuentra esta voluntad en el primer caso, mientras que asoma viciada en el segundo.³¹ Es decir, la volun-

²⁷ Por ejemplo, véase Davis, Rufus, *The Federal Principle: A Journey through Time in Quest of a Meaning*, p. 142 (University of California Press, 1978); Watts, Ronald L., *Comparing Federal Systems*, p. 9 (Institute of Intergovernmental Relations, 2008). Otros, sin embargo, niegan cualquier asociación necesaria entre el federalismo y el bicameralismo. Véase, por ejemplo, King, Preston, *Federalism and Federation*, p. 95 (Johns Hopkins University Press 1982); Duchacek, Ivo D., *Comparative Federalism: The Territorial Dimension of Politics*, pp. 202, 207, 244-252 (Holt, Rinehart and Winston 1970).

²⁸ Stepan, Alfred, “Federalism and Democracy: Beyond the U. S. model”, *Journal of Democracy* 10 (4), pp. 24-27 (1999).

²⁹ Declaration of Independence (U. S. 1776), § 2.

³⁰ Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy* (Harper and Row 1957).

³¹ Rousseau, Jean-Jacques, *Discours sur l'économie politique*, p. 10 (1755), disponible en: http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/discours_economie_politique/discours_eco_pol.pdf (tra-

tad democrática en Estados divididos opera como una adecuada voluntad, democráticamente legítima. Esto es, la misma funciona como la voluntad general respecto a las unidades menores, aunque de todos modos es también una voluntad particular, instrumental; una voluntad en efecto viciada respecto de la sociedad más grande. En este sentido, la misma está mancillando la legitimidad democrática.

Aun dejando de lado esta dificultad teórica, lo cierto es que el federalismo también complica la relación entre el ciudadano y el Estado en términos prácticos. Específicamente, ello sucede al estar creando una relación directa entre los ciudadanos y las unidades subnacionales. A partir de esta instancia, el federalismo propone una relación adicional indirecta entre los ciudadanos y el gobierno nacional. En los sistemas federales, una de las misiones principales de los gobiernos subnacionales es hacer avanzar los intereses de sus ciudadanos en los ámbitos donde las políticas nacionales son concebidas.³² Vale decir, el gobierno subnacional viene muy a menudo a comportarse como intermediario de las relaciones con el Estado central, tal cual lo había anticipado Rousseau, en el sentido de que, al defender los intereses de sus propios ciudadanos en los diversos foros nacionales, potencialmente, puede estar conspirando contra los intereses del sistema político superior.³³ Los vínculos de tal suerte establecidos —entre el gobierno nacional y los subnacionales—, no resultan mecánicos ni pueden estar sujetos a reglas fijas. Por el contrario, son indeterminados, a menudo fluctuantes, y por lo general operan a través de medios diplomáticos o políticos. En rigor de verdad, las relaciones transparentes o fijadas constitucionalmente no siempre dominan estos vínculos.³⁴ Luego, los ciudadanos cuentan de manera simultánea con dos avenidas muy diferentes por las cuales pueden llegar a influenciar al gobierno nacional: una directa, plebiscitaria, sujeta a reglas de procedimientos democráticos predecibles y transparentes, y otra indirecta, mayormente diplomática, que opera de manera opaca e impredecible. Esta última relación es altamente antidemocrática.

ducción propia). En el original: “A la volonté de ces sociétés particulières a toujours deux relations; pour les membres de l’association, c’est une volonté générale; pour la grande société, c’est une volonté particulière, qui très souvent se trouve droite au premier regard, et vicieuse au second”.

³² Gardner, James A., *Interpreting State Constitutions: A Jurisprudence of Function in a Federal System*, pp. 88-98 (University of Chicago Press 1995).

³³ Poirier, Johanne, Saunders, Cheryl and Kincaid, John (eds.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics* (Oxford University Press 2015).

³⁴ Simeon, Richard, *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada* (University of Toronto Press 1972).

En cuarto lugar, la democracia y el federalismo difieren en los métodos por medio de los cuales persiguen sus respectivos objetivos. El poder se distribuye de manera diferente en los dos sistemas: la democracia empodera a las mayorías; el federalismo empodera a las minorías (definidas territorialmente). La democracia fabrica la unidad a partir de la diversidad; no llega a acuerdos con la diversidad, sino que intenta eliminarla o, al menos, intenta hacer que los efectos de ella sean irrelevantes para la toma de decisiones. Como observó astutamente el sociólogo de vanguardia alemán Georg Simmel, en la democracia mayoritaria, la voz de la mayoría [no es] la voz del mayor poder dentro del grupo. Se trata más bien de una señal indicativa de una voluntad homogénea dentro del grupo que ha tomado una decisión a favor de ese lado. Todo conflicto entre la voluntad de la mayoría y la de la minoría se resuelve asumiendo que la mayoría sabe o representa mejor esta voluntad que la minoría. Ahora bien, la minoría, por principio, no queda excluida, sino que se está incluida mientras la mayoría actúa, no sólo en nombre de su propio poder mayor, sino que lo hace en nombre de la unidad y sobre una totalidad ideal. Sólo en este sentido —hablando a través de la voz de la mayoría— es que la minoría acepta subordinarse.³⁵

El federalismo, por el contrario, es en sí mismo un arreglo entre la unidad y la diversidad. Trátase de un acuerdo que deja a la diversidad relativamente intacta *después* de que sea ha decidido un curso de acción. La democracia, por lo tanto, resuelve las disputas. El federalismo, mientras tanto, deja abiertas y sin resolución tales disputas. La democracia hace esto posible a través de un ejercicio crudo del poder de los números. El federalismo, a contramano, ha sido diseñado para evitar la dominación a través de ese crudo ejercicio del poder. El federalismo necesita diplomacia; la democracia sólo necesita los números convenientes.

Además, en ambos sistemas, el principal sitio de resolución de conflictos es distinto. Para la democracia, el lugar de resolución de conflictos es la legislatura elegida democráticamente. La diversidad de opinión se ve reflejada en los acuerdos de los representantes electos, quienes están llamados a resolver sus diferencias a través de la deliberación y las negociaciones. Para el federalismo, en cambio, los conflictos se resuelven en la esfera de la disputa intergubernamental. Vale decir, para el federalismo cada nivel de gobierno puede promover sus intereses de todas las maneras posibles. Ésta es la razón por la cual los conflictos en este nivel son resueltos por medio de la

³⁵ Simmel, Georg, *The Phenomenon of Outvoting* (1917).

diplomacia intergubernamental.³⁶ Reglas claras y bien establecidas, por lo tanto, guían la resolución del desacuerdo en la legislatura. En la esfera del conflicto intergubernamental, en cambio, no hay reglas de decisión claras y concluyentes por las cuales es posible reconocer una manera confiable de resolución de conflictos. En la democracia, de manera sistemática, las preferencias de políticas públicas se proyectan a nivel nacional sumando las preferencias individuales.³⁷ Lejos de ello, en el federalismo, las preferencias de políticas públicas a nivel nacional están proyectadas de manera oportunista por medio de la negociación y la disputa.³⁸ Los contenidos, luego, se nos presentan, de tal suerte, muy diferentes.

Finalmente, la democracia y el federalismo mantienen sus diferencias por sus resultados. En un sistema democrático, las mayorías nacionales controlan las políticas nacionales. Bajo el federalismo, eso sólo es cierto cuando las mayorías subnacionales se alinean con aquellas nacionales. En otras palabras, ello sucede sólo cuando las estructuras federales no interfieren con el plebiscitarianismo nacional. Como lo ha remarcado Stepan, la democracia es habilitante del *demos*, mientras que el federalismo es limitante del *demos*.³⁹ En los Estados federales, entonces, las segundas cámaras de representación subnacional obligan a las mayorías nacionales a postergar sus respectivos principios y preferencias. El grado de acuerdo, de tal suerte, se ve exacerbado tanto en función de la desigualdad poblacional como por el alcance de los poderes formales asignados a la segunda cámara. Por ejemplo, el senado de Estados Unidos es altamente limitante del *demos*. En efecto, claramente el poder de bloqueo es imperturbable aun en los casos de un abrumador apoyo mayoritario concentrado en la cámara baja. Como ejemplo contrario, cabe notar el caso del Concejo Federal austriaco, donde sólo existe la posibilidad de un “veto suspensivo”. Esto es, en este modelo el senado tiene un poder considerablemente menor, que apenas le permite limitar temporalmente la implementación de las preferencias de políticas de las mayorías nacionales.

³⁶ Simeon, Richard, *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada* (University of Toronto Press 1972); Gardner, James A., *Interpreting State Constitutions* (University of Chicago Press 2005); Gardner, James A. and Abad i Ninet, Antoni, “Sustainable Decentralization: Power, Extraconstitutional Influence, and Subnational Symmetry in the United States and Spain”, *The American Journal of Comparative Law* 59 (2), p. 491 (2011).

³⁷ Shapiro, Ian, *The State of Democratic Theory* (Princeton University Press 2003).

³⁸ Gardner, James A. and Abad i Ninet, Antoni, “Sustainable Decentralization: Power, Extraconstitutional Influence, and Subnational Symmetry in the United States and Spain”, *The American Journal of Comparative Law* 59 (2), p. 491 (2011); Gardner, James A., “Canadian Federalism in Design and Practice: The Mechanics of a Permanently Provisional Constitution”, *9 Perspectives on Federalism*, núm. 3 (2017).

³⁹ Stepan, Alfred, *Arguing Comparative Politics*, pp. 333-337 (Oxford University Press 2001).

La asignación constitucional de competencias a unidades subnacionales en las federaciones, por otro lado, es también otro modo de limitar la aptitud de las mayorías nacionales para decidir las políticas nacionales. Cuando ciertas competencias están alojadas a nivel subnacional, es evidente que la ley y las políticas en sus dominios relevantes dejarán de ser uniformes. Una unidad hecha con retazos.⁴⁰

Por las mencionadas razones es que se piensa que el federalismo está en tensión con la democracia, entendida como una forma de plebiscitarianismo.⁴¹ En efecto, mucho de la teoría democrática moderna, especialmente la teoría generada por la ciencia política empírica, ha arraigado la sospecha sobre *todas* las estructuras institucionales que pueden obstaculizar el autogobierno plebiscitario.⁴² Esta desconfianza alcanza no sólo al federalismo, sino que impacta también a la separación horizontal de poderes. Más aún, ésta se da sobre las reglas tradicionales que gobiernan la antigüedad legislativa, sobre las reglas que regulan los límites de permanencia en los cargos. Asimismo, impactan sobre la disparidad poblacional, entre otros factores. La democracia plebiscitaria, en resumidas cuentas, es el fundamento de un concepto totalizante. Tal noción trae consigo un *telos*, que sólo puede ser realizado cuando un crudo mayoritarianismo gobierna sin impedimentos.

El federalismo y la democracia, en consecuencia, son dos formas socio-políticas de resolución de conflictos diferentes entre sí. Ambas se asientan en principios contrarios; proponen justificaciones diversas y se valen de métodos dramáticamente antagónicos.

III. ENREDOS OPERACIONALES

La incompatibilidad de la democracia y el federalismo no limita al ámbito conceptual. Está lejos de toda obviedad que la introducción de dos mecanismos inconmensurables dentro de la misma máquina pueda permitir el funcionamiento correcto de ambos. De hecho, la evidencia sugiere que la

⁴⁰ O al menos puede ser. En la práctica, fuerzas sociales y políticas poderosas con frecuencia inducen un proceso de isoformismo institucional. Véase Gardner, James A., “Autonomy and Isomorphism: The Unfulfilled Promise of Structural Autonomy in American State Constitutions”, 60 *Wayne Law Review* 31 (2014).

⁴¹ Dahl, Robert A., *Dilemmas of Pluralist Democracy: Autonomy vs. Control*, p. 83 (Yale University Press 1982); Vile, M. J. C., *The Structure of American Federalism*, p. 29 (Oxford University Press 1961).

⁴² Sabl, Andrew, “The Two Cultures of Democratic Theory: Responsiveness, Democratic Quality, and the Empirical-Normative Divide”, *Perspectives on Politics*, vol. 13(2), p. 345.

democracia y el federalismo interactúan entre sí de manera que la efectividad de cada uno parece dañar al otro. En particular, el federalismo tiende a distorsionar la toma de decisiones democráticas, menoscabando la posibilidad de transmitir correctamente el sentimiento popular, y la democracia plebiscitaria, por otro lado, tiende a deslegitimar al federalismo, mancillando su utilidad.

La principal distorsión democrática que propicia el federalismo se expresa de dos maneras, operando sobre su propia complejidad. En primer lugar, la cruda complejidad del sistema puede dejar a los votantes confundidos acerca de las precisas responsabilidades de cada nivel de gobierno, y de cada uno de los funcionarios que sirven en esos gobiernos.⁴³ Es tarea esencial de la democracia poder someter a los gobernantes a la responsabilidad electoral.⁴⁴ Si el electorado está confundido acerca de quién merece ser premiado o castigado por los actos de gobierno que el mismo aprueba o desaprueba, las elecciones pierden su aptitud para servir como instrumentos de responsabilidad electoral.

En segundo lugar, la complejidad de la forma de Estado federal a menudo presenta el bien comprobado fenómeno de las elecciones de segundo orden.⁴⁵ Aludo con esta designación a aquellas elecciones en donde temas destacados de un nivel de gobierno pasan a permear y guiar las preferencias de voto en otro nivel. Esto ocurre con bastante frecuencia en elecciones a nivel subnacional. Por ejemplo, los votantes pueden abandonar a un gobernador (a nivel subnacional) o votar en contra del partido que controla una legislatura no porque estén descontentos con la actuación de aquellos funcionarios, sino que lo hacen porque están descontentos con la actuación del presidente o del primer ministro. A veces esta conducta resulta de la confusión de los votantes acerca de las competencias, responsabilidades o funciones de los distintos niveles de gobierno, aunque no siempre es así. A menudo, el mal uso deliberado e instrumental de los procesos democráti-

⁴³ El potencial para la confusión subyace la doctrina antirrequisante de la Suprema Corte de EEUU, que prohíbe al gobierno federal, dirigir acciones involuntarias de los gobiernos estatales. *New York vs. United States*, 505 U. S. 144 (1992); *Printz vs. United States*, 521 U. S. 898 (1997). Por supuesto, en las federaciones integradas, como Alemania y Austria, donde los gobiernos subnacionales implementan políticas creadas a nivel nacional, no se cree que esta clase de enredos, entre otros de gobierno, creen ninguna clase de confusión inapropiada.

⁴⁴ Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy* (Harper Perennial Modern Classics, 3a. ed., 1950).

⁴⁵ Schleicher, David, "Federalism and State Democracy", 95 *Texas Law Review* 763 (2017). Véase también, Gardner, James A., "The Myth of State Autonomy: Federalism, Political Parties, and the National Colonization of State Politics", 29 *Journal of Law and Politics* 1 (2013).

cos en un nivel es precipitado intencionalmente, con el propósito de enviar un mensaje elíptico a los funcionarios en un nivel distinto.⁴⁶ Tal conducta no sólo mina los mecanismos electorales de la democracia para adjudicar responsabilidades a los funcionarios por lo que efectivamente hicieron. La verdad es que, al distorsionar la estructura de incentivos dispuestos para los funcionarios, tal circunstancia interfiere también con el normal funcionamiento del gobierno.

Si el federalismo y la democracia interactúan debilitando la democracia, es pleno que ambos pueden intercatuar también debilitando al federalismo. Más notoriamente, el desalojo de concepciones más antiguas y flexibles de la democracia por otras más modernas y plebiscitarias ha venido debilitando y dañando la legitimidad del federalismo. A diferencia de sus predecesores, la consideración plebiscitaria de la democracia propone no sólo que el pueblo debe tener los líderes que desea, sino que el contenido de las políticas públicas debe estar lo más posible alineado con la suma de las preferencias que exprese el electorado.⁴⁷ Naturalmente, entonces, las características institucionales que producen esta consonancia son reputadas como deseables, mientras que aquellas que impiden tal concordancia son entendidas como defectos estructurales. El federalismo, luego, está dentro de esta última categoría. En efecto, éste divide al electorado; reconstruye las preferencias de política nacional por medio de unidades subnacionales (no lo hace en forma directa, “nacionalmente”), y distorsiona la traducción de las políticas públicas en función de las preferencias de los votantes recreadas por el Poder Legislativo nacional. Cuando un senado en un estado federal

⁴⁶ A veces, aun las elecciones *locales* pueden tratarse como un referéndum sobre la política nacional. Véase, por ejemplo, Foderaro, Lisa W., “In New York Suburbs, Democrats Flip Two County Executive Seats”, *New York Times*, Nov. 8, 2017 (“Los demócratas en los condados de Westchester y Nassau se aseguraron victorias el martes, en carreras disputadas amargamente para ejecutivos del condado, disputas que fueron vistas por algunos como referéndums suburbanos sobre la presidencia de Donald J. Trump”).

⁴⁷ Sabl, Andrew, “The Two Cultures of Democratic Theory”, *Perspectives on Politics*, p. 13 (2) (2015). Véanse ejemplos en Downs, Anthony, “An Economic Theory of Democracy”, *Journal of Political Economy*, p. 65 (2) (1957); Stephanopoulos, Nicholas “Elections and Alignment”, p. 114, *Columbia Law Review* 283 (2014). Un ejemplo fascinante de este fenómeno es Lax, Jeffrey R. and Phillips, Justin H., “The Democratic Deficit in the States”, *American Journal of Political Science*, vol. 56(1), pp. 148-166 (2012). En este artículo, muy alabado por los especialistas en ciencias políticas, los autores revelan lo que ellos consideran claramente un déficit democrático llamativo, basándose en sus descubrimientos de que la política es congruente con la voluntad de la mayoría sólo la mitad de las veces. Al llegar a este juicio normativo, parecen ser completamente inconscientes de que la falta de alineamiento entre la voluntad de la mayoría y la política del gobierno podría ser la consecuencia deliberada de los acuerdos institucionales diseñados para moderar la fuerza del mayoritarismo institucional crudo.

bloquea la aprobación de políticas deseadas por la cámara baja, son inevitables y rutinarias las quejas en contra del federalismo. En algunos Estados federales, como Alemania y Austria, la sospecha pública en contra del federalismo suele verse desatada por la mera disparidad de políticas públicas no uniformes entre un *Land* que las adopta y otro que no lo hace.⁴⁸ Cabe asimismo notar que tal condición suele a menudo ser entendida como una muestra del éxito del sistema federal; no como un defecto.

Este tipo de escepticismo público en contra del federalismo puede repercutir en una falta de disposición de los funcionarios subnacionales para explotar los beneficios del sistema. El federalismo es más útil y goza de mejor justificación cuando el sistema permite que algunas minorías nacionales adopten las políticas que prefieren. Vale decir, cuando sabiendo que ciertas políticas públicas serían rechazadas a nivel nacional, tales políticas pueden ser de todos modos implementadas. Pero si a partir de una perspectiva plebiscitaria el federalismo es deslegitimado en la consideración pública como una negación de la democracia, los funcionarios subnacionales pueden restringir sus libertades y desperdiciar la oportunidad de satisfacer preferencias locales alternativas. Esto, claramente, disminuye las expectativas de satisfacción local al tiempo que estaría robusteciendo la crítica autosuficiente de los detractores del federalismo: si no se aprovechan las oportunidades que ofrece el federalismo para la satisfacción de preferencias locales, entonces, va de suyo, no hay razón suficiente que justifique la distorsión que provoca el federalismo alterando los procesos democráticos nacionales que ordenan las preferencias y las políticas públicas decididas a nivel nacional.

IV. DISEÑO CONSTITUCIONAL HÍBRIDO

A pesar del conjunto inconmensurable de estructuras de gobierno y de la interferencia de cada una de ellas con la eficacia del otro, la democracia federal se ha vuelto en nuestros tiempos, quizá, la forma más exitosa de gobierno libre en el mundo. ¿Por qué?

Ello es así hasta el punto de reputarse como formas de gobierno exitosas en el mundo moderno. De todos modos, la democracia y el federalismo

⁴⁸ Petersen, Thieß, Scheller, Henrik and Wintermann, Ole, “Public Attitudes Towards German Federalism: A Point of Departure for a Reform of German (Fiscal) Federalism? Differences between Public Opinion and the Political Debate”, *German Politics*, vol. 17(4), pp. 559-586 (2008); Bußjäger, Peter, “Federalism without Federal Values? Austrian Citizens: Attitudes towards Federalism and Their Effects on Political Culture”, *Federal Governance*, vol. 9(1), pp. 9-26 (2012).

tienen éxito por razones muy distintas. La democracia apela fuertemente a ideales profundos de igualdad individual y de autogobierno colectivo. La misma acompaña la intuición ampliamente compartida de que las mayorías tienen derecho a hacer lo que les place. Aunque, por otro lado, presupone y afirma también de manera performativa la identidad colectiva nacional de que la mayoría de los ciudadanos encuentran relevante para su propia autocomprensión. La democracia promueve la transformación satisfactoria de un inquietante desacuerdo y de una diversidad social en una placentera apariencia de unidad. La democracia, de tal suerte, al apelar a los ideales universales de autogobierno armonioso del pueblo, se nos revela como un instrumento exitoso.

El federalismo, por el contrario, resulta exitoso por razones muy distintas. El federalismo divide al sistema gubernamental nacional. Anticipa el conflicto de un modo particularmente inexplicable. Para apaciguar y contener el conflicto, entonces, nos proporciona un modo de reconocimiento a las minorías organizadas territorialmente de manera muy peculiar. El federalismo distingue identidades regionales. Y para hacerlo, les concede a tales minorías un cierto grado de autonomía y poder suficientes para gobernarse a sí mismas en dominios que son entendidos como importantes. El federalismo concede a las minorías regionales, herramientas variadas y a veces poderosas para influir en el desarrollo de políticas nacionales. El éxito del federalismo, por lo tanto, no se asienta sobre valores universales. El éxito del federalismo, en cambio, emerge a expensas de la unidad nacional; se consolida sobre la base de concesiones particulares y sobre el reconocimiento del derecho a ser diferente de algunos grupos. Es decir, el éxito es la resultante de concesiones cuya existencia refleja la compleja realidad y pluralidad de la vida pública en los Estados modernos.

¿Cómo es posible que estas dos fórmulas exitosas, mayormente inconmensurables, puedan convivir dentro de un único sistema? Es conveniente analizar el problema como propio del diseño constitucional. Para empezar: asumamos como premisa que un sistema político moderno de cualquier tamaño tiene la tendencia a albergar cierta heterogeneidad de opinión pública en su interior. Más allá de ello, aun cuando sea posible predecir con seguridad que ello va a ser así, que más tarde o más temprano la opinión política habrá de dividirse, es de todos modos difícil predecir con la misma certeza cuáles serán los problemas en concreto que precipitarán la división en la opinión; qué brechas sociales emergerán; sobre qué y con cuánta intensidad o ductilidad reinará el desacuerdo.

Esta incertidumbre aconseja incluir dentro de la estructura de gobierno más de un método de resolución de disputas. Probablemente varios. El fe-

deralismo resulta atractivo en estas circunstancias. Ello es evidente, en tanto éste se anticipa para que algunas de las disputas más fuertes y menos manejables puedan ser manejadas dentro de espacios regionales. En un mismo sentido, si los autores del diseño constitucional anticipan divisiones religiosas o tribales insondables, es posible que un tribunal religioso o tribal pueda ser erigido como un foro para contener y resolver las divergencias emergentes. Por otro lado, allí donde la división y el conflicto político no puedan verosimilmente anticiparse, o si ello fuera posible, pero aun así la intensidad y la persistencia de las disputas fueran bajas, el diseño constitucional podría lógicamente inclinarse a favor de procesos democráticos de resolución de conflictos. La democracia tiende a adaptarse y a resolver eficientemente las diferencias de baja o mediana intensidad. El toma y daca de la política democrática, además, permite que las minorías comprometidas con temas en particular puedan estar organizadas y luchar por sus propios objetivos, mientras que todos aquellos que no se encuentren atraídos con estos objetivos puedan de todos modos acompañar el proceso de toma de decisiones que haga la mayoría. Ciertamente, además, las minorías cuya militancia se concentra en un problema específico suelen ser efímeras. La verdad es que la atención y los deseos de estos colectivos tienden a aumentar o decrecer en la medida en que la agenda pública contextualmente acompañe la irrupción del problema.

Asimismo, cada foro de resolución de disputas tiene características que pueden hacerlo más apropiado para la resolución de algunas diferencias con relación a otros. En la democracia, las controversias se resuelven generalmente en una legislatura elegida democráticamente. Tales instituciones tienden a ser inclusivas, al menos cuando son relativamente representativas. Las legislaturas exhiben la tendencia a mostrarse públicas, formales, igualitarias, deliberativas, y por lo general son también transparentes. Se trata de una entidad que, atento tales características, está equipada para producir resultados con un alto grado de legitimidad. Por el contrario, la resolución de disputas en las federaciones, en general, tiende a resolverse dentro del ámbito de la contienda y la diplomacia intergubernamentales.⁴⁹ En términos generales, la diplomacia intergubernamental no suele ser inclusiva. Por el contrario, los procesos suelen ser más bien oscuros. Y ello es así porque ésta utiliza la negociación en vez de la deliberación. Sin embargo, en un contexto donde la igualdad de las regiones sea una nota evidente, estas cualidades pueden en algunas circunstancias permitirle alcanzar resultados

⁴⁹ Poirier, Johanne *et al.*, *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics* (2015).

mejores, más satisfactorios sino más legítimos que los que se pudieran haber logrado a través de un procedimiento rígidamente mayoritario dentro de una estructura legislativa.

Una democracia federal, de tal manera, es una forma de organización gubernamental cuyo sistema está diseñado para anticiparse a un régimen ocasional de disputas de alta intensidad. Este diseño intepreta que tales disputas pueden resolverse por medio de líneas regionales en combinación con otro conjunto impredecible de disputas de variada intensidad, cuya solución le corresponde a otras líneas de división, que son más bien cambiantes y no permanentes. Visto desde esta perspectiva, la dualidad del sistema constituye una fortaleza, y no una debilidad. Por otro lado, cualquier interferencia de funcionamiento entre los dos subsistemas puede verse minimizado en tanto y en cuanto cada sistema está pensado para operar dentro de circunstancias claramente diferentes, en respuesta a la aparición de problemas sociales cuya naturaleza también es divergente.

En este sentido, en vez de negarse o confrontar la democracia y el federalismo en una democracia federal, bien pueden entrar en combinación para complementarse. A modo de analogía, piénsese en los nuevos automóviles híbridos, que pueden funcionar tanto con nafta como con electricidad. En un automóvil híbrido, cada sistema se activa sólo en aquellas circunstancias en las que es más eficiente; utiliza electricidad cuando está parado o empieza a funcionar, y utiliza combustible cuando va a velocidad crucero. Para resolver las inevitables disputas, de manera similar, una democracia federal con un diseño adecuado habrá de activar los mecanismos de la democracia o los mecanismos del federalismo en las circunstancias que permitan obtener las respuestas más apropiadas. La democracia federal, entonces, no es exitosa por apelar a universales ideales democráticos, ni lo es por el mero reconocimiento de las diferencias dentro de un sistema político que, de otra forma, parecería unificado; ella es exitosa porque combina ambas fortalezas, en distintos momentos, según lo requiera la ocasión.

V. ¿FUNCIONA LA HIBRIDACIÓN?

En pocas palabras, ése es el caso teórico. Pero ¿es exacta esta explicación? Según la hipótesis de diseño híbrido expuesta anteriormente: el valor del modelo dual para los ciudadanos, junto a la razón que induce a tolerar las contradicciones e ineficiencias internas antes descritas, está afincada en la capacidad con que cuenta el sistema para poder direccionar con éxito los

problemas que requieren resolución del foro de la democracia o del federalismo, según sea más conveniente. Pero ¿la democracia federal puede hacer esto? Y si así fuera, ¿cómo lo hace?

Claramente, una función central en este aspecto está dada por las Constituciones. La Constitución de cada federación contiene cláusulas que asignan algunas áreas competenciales al gobierno nacional, es decir, que algunos asuntos deben ser resueltos por las mayorías democráticas nacionales, mientras que otros deben serlo a nivel subnacional, donde domina el toma y daca de la política intergubernamental. Como hemos visto, en una democracia federal ninguno de ambos procesos opera de manera pura: los procesos democráticos nacionales están sujetos a muchos tipos de influencias subnacionales, y, por ello, suelen estar bajo la influencia de las minorías. Los procesos subnacionales de formación de políticas, asimismo, a menudo ejercen influencia sobre los intereses nacionales. Sin embargo, en un Estado que sea tanto federal como democrático, los dos métodos de resolución de disputas por definición deben de todos modos encontrarse claramente diferenciados según su naturaleza y funcionamiento para que cada uno —según su estructura y dinámica— pueda ser capaz de actuar alternativamente de modo dominante. De modo que la distribución constitucional de áreas de competencias a nivel nacional puede ser entendida como la decisión de diseño que persigue lograr la resolución de cierto rango de problemas por medio de procesos mayormente democráticos, mientras que la asignación de un área de competencias a nivel subnacional, a contramano de lo anterior, puede ser entendida como un modo de apartar cierto rango de problemas para incentivar procesos de decisión predominantemente subnacionales e intergubernamentales.

La dificultad que entraña esta explicación, sin embargo, es que dividir los problemas constitucionales entre ambos foros propone un conjunto de respuestas inherentemente inestables. En primer lugar, la prioridad política de los problemas en las diversas poblaciones varía en el tiempo. Noticias, nuevas circunstancias o el cambio dentro del contexto político y social pueden alterar de manera repentina e inesperada la atención de problemas que habían sido previamente asignados sin controversia a un foro u otro. Por ejemplo, en Estados Unidos, la regulación de las elecciones estatales y locales ha sido considerada, a lo largo de toda la historia de la nación, como un tema manejado a nivel subnacional dentro del dominio del federalismo.⁵⁰ Las revelaciones acerca de la interferencia de Rusia durante la elección de

⁵⁰ Ewald, Alec, *The Way We Vote: The Local Dimension of American Suffrage* (Vanderbilt University Press 2009).

2016, por ejemplo, han convertido este tema en uno de los más acuciantes para la seguridad nacional.⁵¹ Vale decir, dadas estas circunstancias, una reasignación —al menos parcial de tales competencias— puede llegar a ser un asunto cuya resolución podría ocupar a las mayorías nacionales.

En segundo lugar, las preferencias populares por métodos y formas particulares de resolución de disputas también están sometidas a cambios. A menudo, éstas responden a presiones que llevan a centralizar la autoridad sobre temas particulares. Un fenómeno claramente actual parece ser la aparición —aun en Estados federales de larga tradición— de una creciente intolerancia hacia la divergencia regional en ciertos dominios de la política pública. Por ejemplo, parece una tendencia consolidada en las federaciones comprometidas con el estado de bienestar moderno, las respuestas que exhiben una marcada preferencia pública por la uniformidad en el nivel y la disponibilidad de los servicios sociales. Ello es así, no obstante reconocerse la capacidad con que cuenta el federalismo para que las unidades subnacionales puedan tomar sus propias decisiones en esta materia.⁵² Otras veces, pueden también irrumpir presiones compensatorias hacia la descentralización; por ejemplo, con un aumento en los sentimientos nacionales de etnonacionalismo. Este puede ser el caso de los recientes intentos de Cataluña por declarar su independencia de España.

En efecto, cuando los ciudadanos de los Estados federales expresan frustración con el federalismo, la verdad es que dicha queja raramente impugna al federalismo, porque éste está permitiendo que *algunos* asuntos puedan ser resueltos a nivel subnacional. Por el contrario, esa frustración verosíblemente suele desprenderse del hecho de que el federalismo, desde su punto de vista, está permitiendo que asuntos *equivocados* puedan estar mal distribuidos.⁵³ Esta frustración, en resumidas cuentas, se traduce en una demanda para la reasignación de asuntos específicos que deberán ser uniformemente tratados por el foro de la democracia, por una mayoría que represente la comunidad política nacional. De modo que cuando las poblaciones subna-

⁵¹ El Departamento de Seguridad Interna de Estados Unidos designó, recientemente, los sistemas de elecciones subnacionales como parte de la infraestructura crítica de la nación, determinación que lo pone dentro del alcance de la regulación federal, disponible en: <https://www.eac.gov/election-officials/elections-critical-infrastructure/>.

⁵² Obinger, Herbert; Leibfried, Stephan and Castles, Francis G. (eds.), *Federalism and the Welfare State: New World and European Experiences* (Cambridge University Press 2005).

⁵³ McDonald ha demostrado persuasivamente que las posiciones que favorecen la centralización o la descentralización del poder en Estados Unidos han sido a lo largo de la historia de ese país paritarias sobre las preferencias por resultados sustanciales. Forrest McDonald, *States' Rights and the Union* (Universtiy Press of Kansas 2000).

cionales expresan frustración con relación al federalismo, es porque ellas no están objetando la asignación de *cualquier* materia a la discreción de mayorías democráticas nacionales. No es así. Cuando ello sucede, más bien, es porque los asuntos equivocados han sido asignados en dicho foro. En todos casos, la objeción no es ni contra el federalismo ni contra la democracia, ni siquiera contra una democracia federal —como *modus vivendi*—. Cuando ello acontece es porque se percibe que los mecanismos institucionales que determinan la precisa y responsable asignación de áreas de competencias a uno u otro foro están fallando.

Todas las federaciones, por supuesto, han desarrollado mecanismos para manejar este tipo de disparidades alterando la asignación constitucional inicial de ámbitos competenciales. Un método universalmente utilizado es la enmienda formal de la Constitución. El proceso de enmienda formal permite que los asuntos que han sido mal asignados a un foro de resolución de conflictos puedan ser reasignados para que se adecuen a las condiciones presentes. Por otro lado, en este contexto, una dificultad inherente a la enmienda constitucional formal es que tales enmiendas puedan ser adoptadas por parte de las mayorías a través de procesos típicamente democráticos a nivel nacional.⁵⁴ Cuando las mayorías nacionales, dentro de su foro, tienen la facultad de tomar decisiones acerca de la conveniencia de hacerse cargo de un asunto políticamente prominente —o si éste debe ser tratado en el foro del federalismo—, no resulta sorprendente que ellas se postulen como el ámbito más apto y mejor calificado para resolverlo. En efecto, entre las federaciones existentes, las tendencias en enmiendas constitucionales parecen mostrar que la centralización de la autoridad en la toma de decisiones es más frecuente que la descentralización.⁵⁵ Vale decir, es claro que existe

⁵⁴ En su mayoría, esto ocurre indirectamente, a través de la adopción de enmiendas constitucionales por parte de la legislatura nacional sin necesidad de una ratificación popular subsiguiente. Sin embargo, se requiere, generalmente, que las enmiendas constitucionales sean promulgadas por supermayorías en ambas cámaras, mitigando en cierta medida el mayoritarismo crudo del procedimiento. Véase *e. g.*, German Basic Law, artículo 79; Const. of Austria, artículo 44; Const. of Spain, artículo 167. En Estados Unidos y Canadá, las enmiendas constitucionales en general deben ser aprobadas por unidades subnacionales, en vez de las poblaciones nacionales representadas en la legislatura nacional. U. S. Const. artículo V; Const. of Canada, Pt. V.

⁵⁵ Por ejemplo, en Austria, una larga serie de enmiendas constitucionales han transferido muchos poderes a nivel nacional. Gamper, Anna, “The Austrian Constitutional Convention: Continuing the Path to Reform the Federal State?”, p. 2, *Revista d'estudis autonòmics i federals* 9 (2006); Bußjäger, Peter, “Sub-National Constitutions and the Federal Constitution in Austria”, in *Constitutional Dynamics in Federal Systems: Sub-National Perspectives* (Michael Burgess and G. Alan Tarr (eds.), 2012). Una importante reforma constitucional en Alemania en 2006

una preferencia por la resolución de asuntos por parte de las mayorías democráticas nacionales.

En las federaciones democráticas, una segunda manera en la cual se puede resolver el incorrecto alojamiento de ámbitos de competencia entre ambos foros es un cambio constitucional informal. Esto es, la transformación puede derivarse desde una reinterpretación judicial de la Constitución,⁵⁶ o desprenderse de una alteración unilateral de las reales prácticas de gobernanza por parte de funcionarios del gobierno.⁵⁷ Estas clases de acciones, en general, tienen una clara ventaja y son más fáciles de lograr que una enmienda constitucional formal. En realidad, se entiende que la demanda de métodos informales de cambio constitucional resulta ser una circunstancia impulsada por —y que es proporcional a— la dificultad que ofrezca la enmienda formal.⁵⁸

Un contexto importante en el cual a menudo se dice que ocurre el cambio constitucional informal en las federaciones, precisamente, tiene que ver con el reajuste de competencias entre el gobierno nacional y los gobiernos subnacionales. Los expertos dicen que los sistemas federales están permanentemente en movimiento.⁵⁹ En efecto, de tal suerte, éstos se encuentran experimentando un proceso de evolución y de adaptación perpetuos.⁶⁰ Y

limitó significativamente el poder de veto del *Bundesrat* sobre la legislación federal, aunque pretendió delegar poderes adicionales al *Länder* a modo de compensación. Gunlicks, Arthur B., “Legislative Competences, Budgetary Constraints, and the Reform of Federalism in Germany from the Top Down and the Bottom Up”, in *Constitutional Dynamics in Federal Systems* (Michael Burgess and G. Alan Tarr (eds.), 2012). Ha habido mucha centralización a través de procesos de enmienda constitucional informal, particularmente a través de las decisiones de centralización de tribunales constitucionales. Este ha sido mayoritariamente el caso en Argentina, Australia, Austria, España y Estados Unidos, por ejemplo. Véase Aroney, Nicholas and Kincaid, John (eds.), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?* (University of Toronto Press, 2017).

⁵⁶ Quizá la explicación más conocida de la reinterpretación judicial como fuente de cambio constitucional es Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations* (Harvard University Press 1993).

⁵⁷ Gardner, James A., “Practice-Driven Changes to Constitutional Structures of Governance”, 68 *Arkansas Law Review* (2016).

⁵⁸ Véase *e. g.*, Gerken, Heather K., “The Hydraulics of Constitutional Reform: A Skeptical Response to Our Undemocratic Constitution”, 55 *Drake Law Review*, pp. 925-933 (2007). Véase Marshfield, Jonathan, “Courts and Informal Constitutional Change in the States”, *New England Law Review* (forthcoming 2018).

⁵⁹ Benz, Arthur and Broschek, Jörg, “Federal Dynamics: Introduction”, in *Federal Dynamics: Continuity, Change, and the Varieties of Federalism*, p. 2 (Arthur Benz and Jörg Broschek, eds., 2013), y véase *idem.* at 7.

⁶⁰ Brouillet, Eugénie “Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora’s Box?”, 54 *S.C.L.R.* (2d), pp. 601 y 606 (2011).

así, de tal manera, lo que está en esporádico movimiento dentro de un ambiente inherentemente dinámico al interior de un sistema federal no es otra cosa que la expresión más básica, característica y definitoria de cualquier sistema federal: me refiero al constante movimiento de competencias en más de una dirección.⁶¹ En consecuencia, los procesos de cambio constitucional informal pueden operar como válvulas de seguridad que permiten readaptar la asignación constitucional de asuntos a foros más apropiados para su resolución más efectiva y legítima.

Más allá de lo dicho, la confiabilidad del cambio constitucional —sea formal o informal—, como mecanismo principal para conducir la asignación de asuntos al subsistema constitucional apropiado, parece de dudosa eficacia. En general, el cambio constitucional es por definición algo que sólo ocasionalmente sucede sobre una base *ad hoc* y en respuesta a problemas que ya se habrían manifestado con suficiente urgencia como para habilitar el remedio más drástico de la readaptación de la ley fundamental. Por otro lado, las exigencias de cambio constitucional tienden a surgir cuando los mecanismos constitucionales existentes han demostrado ser inadecuados para las circunstancias que ya exhiben un notorio cambio. En otras palabras, ante un contexto alterado donde se aprecia una alta exposición de la contienda política, las condiciones operantes ya no conducen al logro de las mejores soluciones.

Si el cambio constitucional es el único mecanismo disponible para que las democracias federales puedan resolver sus diferencias sobre las materias asignadas y los foros establecidos para tratarlos, parece muy probable que las democracias federales sobrevivirán a los tumbos pasando de una crisis a otra. Quizá lo hagan conforme a estos números: 27 de las 44 federaciones formadas en los últimos doscientos años han fracasado, ya sea desmoronándose o colapsando para devenir en formas de Estado unitarias.⁶²

Finalmente, puede ser que el rompecabezas con el que comenzamos el acertijo sobre las causas que permiten explicar el éxito sorprendente de la democracia federal bien puede quedar condensada en una pregunta bastante más general. Diría ¿cómo es posible que *cualquier* federación pueda

⁶¹ Resnik, Judith, “Federalism(s)’ Forms and Norms: Contesting Rights, De-essentializing Jurisdictional Divides, and Temporizing Accommodations”, *Nomos LV: Federalism and Subsidiarity*, p. 368 (James E. Fleming and Jacob T. Levy (eds.), 2014). Véase también Davis, S. Rufus, *The Federal Principle*, pp. 146 y 147 (University of California Press 1978) (“aunque el poder se divide en un sistema político... el hecho de la asociación genera inevitablemente relaciones tanto planeadas como no planeadas... [Es imposible] aislar... una división de poderes en contra de interacciones no planeadas”).

⁶² Lemco, Jonathan, *Political Stability in Federal Governments*, p. 1 (Praeger, 1991).

lograr sobrevida? Tal vez, pueda tratarse de la tendencia de las federaciones modernas a intentar, riesgosamente, poner un pie en cada una de las dos formas de gobierno —democrática y federal—, es decir, precisamente, de aquello que las hace inherentemente inestables. Todavía nadie parece haber ofrecido una explicación plausible que permita saber por qué dichos organismos son capaces de mantenerse juntos de manera indefinida. Pareciera, en pocas palabras, que ello sólo es posible a través del manejo exitoso de una serie sin fin de luchas acaecidas por defecto de cambios impredecibles, que tienen impacto tanto en las condiciones externas como en la política interna. Es probable, me atrevo a decir, que todo se resume en preservar lo que necesariamente constituye la única fórmula esencial que garantiza la sobrevida exitosa de cualquier forma de gobierno —sea ésta federal o no—. Esta fórmula indica que es necesario sobrevivir a las crisis inevitables; de una en una, con todos los medios que se tengan a mano.

VI. CONCLUSIÓN

La democracia federal es una forma de gobierno altamente exitosa en el mundo contemporáneo. De todos modos, está claro que aquélla combina dos formas de organización gubernamentales que no son fácilmente reconciliables. El federalismo y la democracia tienen distintas raíces históricas; fueron diseñados para resolver distintas clases de problemas sociales, y, por último, responden a justificaciones y principios profundamente inconmensurables. La inclusión de ambos sistemas dentro de la misma estructura de gobierno crea desencuentros operativos que alteran la eficacia de ambos.

Una explicación sensata sobre las razones que explican el éxito de un sistema de gobierno que contiene estas clases de contradicciones internas puede encontrársela en la solidez del diseño constitucional. El federalismo y la democracia reflejan distintos procesos, que permiten apropiadamente resolver disputas políticas en distintas circunstancias. De tal suerte, mientras una forma política de organización es propensa a experimentar desacuerdo persistente y de alta intensidad que se reparten a lo largo de límites regionales —sin soslayar con ello que existen otras formas de desacuerdo que no quedan restringidas a tales divisiones o que las mismas se manifiestan con menor intensidad—, una democracia federal, en cambio, proporciona las herramientas para resolver ambas clases de problemas, siempre que el foro más apropiado pueda hacerse cargo de resolver satisfactoriamente los problemas que le corresponden.

En la práctica, el reparto inicial de competencias constitucionales —y de problemas— entre un foro y el otro, por diversas y cambiantes circunstancias, puede verse sometido a presión. La preponderancia política que pudieran tener los asuntos a resolver para distintos segmentos de la comunidad política, inevitablemente, se encuentran en un proceso constante de evolución. En consecuencia, ello explica las razones por las cuales las demandas de reasignación de competencias y materias como propias del federalismo o de la democracia pueden fluctuar de un extremo a otro. En algunas situaciones, las democracias federales tienen herramientas efectivas que permiten actualizar las demandas cruzadas de reasignación. En resumen, los beneficios potenciales que un sistema híbrido de democracia federal pudiera ofrecer es bien posible que, eventualmente, puedan verse erosionados por la creciente disparidad existente entre la magnitud de tales problemas y la estructura constitucional que debe direccionar las decisiones y soluciones necesarias.