

LA CONSTITUCIÓN Y LA CARTA DE CANADÁ: ¿UN MODELO GLOBAL EMERGENTE PARA CONCILIAR DIVERSIDAD, IDENTIDAD Y DERECHOS?

*Errol P. Mendes**
Universidad de Ottawa

Este artículo defiende que los estados federales o unitarios multiétnicos únicamente pueden garantizar la estabilidad social si sus marcos constitucionales ofrecen igualdad substantiva a sus minorías. Canadá podría estar facilitando un modelo global emergente para estados federales o unitarios con poblaciones multiétnicas para desarrollar tales marcos constitucionales con igualdad sustantiva, a fin de evitar conflictos étnicos y el fracaso de los estados federales. La experiencia jurídica y sociopolítica de Canadá con la Constitución y la Carta de Derechos y Libertades está impulsando principios y métodos para equilibrar los intereses colectivos y los derechos individuales y para establecer parámetros útiles que permitan atajar los intentos secesionistas unilaterales.

I. INTRODUCCIÓN

La historia reciente parece ofrecernos una paradoja sorprendente en el sentido de que los estados federales no son quizá la mejor forma humana de gobierno para sociedades con poblaciones multiétnicas. El antiguo Bloqueo Soviético tenía nueve estados; seis de ellos eran unitarios y los otros tres presentaban una estructura federal. Con la unificación de Alemania, los seis estados

* Profesor de Leyes, Universidad de Ottawa, Facultad de Derecho, Editor Jefe del National Journal of

unitarios se convirtieron en cinco, pero los tres estados federales, Yugoslavia, Unión Soviética y Checoslovaquia son ahora 22 estados independientes, 23 si incluimos a Kosovo.¹ La mayoría de estos estados recientemente independizados fueron forjados por minorías que consideraban que sus derechos humanos no estaban suficientemente protegidos por las estructuras federales a las que pertenecían. No es un contraargumento adecuado sugerir que esta espectacular desintegración de los estados federales multiétnicos en Europa del Este, la Unión Soviética y los Balcanes se debió al fin del estado autoritario opresor una vez concluida la Guerra Fría y a la vuelta de los odios y conflictos étnicos históricos, que se propagaron sin la mano férrea del dictador y de sus aplastantes fuerzas de seguridad. Creo que las identidades étnicas no están predeterminadas para mantenerse en conflicto con otros grupos y que los conflictos étnicos no solo se deben a cuestiones históricas, sino también al modo en que son tratados esos grupos. Se dice que un profesor musulmán bosnio declaró: “Éramos yugoslavos, pero cuando empezaron a asesinarnos porque éramos musulmanes, las cosas cambiaron. La definición de nuestra identidad actualmente viene determinada por las matanzas a nuestro pueblo”²

A primera vista, esto no respalda la idea de que las federaciones sean estructuras particularmente apropiadas para la protección de los derechos de las minorías. Con todo, la tesis ortodoxa es que son las federaciones más que los estados unitarios quienes pueden proteger mejor a las minorías en los

Constitutional Law.

¹ Ver A. Stephan, “Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Model” (1999) 10 *J. of Democracy* 4, págs. 19-34. Para un excelente análisis de cómo las estructuras federales en la Antigua República de Yugoslavia no contribuyeron a la desintegración de esta República, ver S. Malesevic, “Ethnicity and Federalism in Communist Yugoslavia and its Successor States” en Yash Ghai, ed., *Autonomy and Ethnicity, Negotiating Competing Claims in Multi-Ethnic States* ([Cambridge: Cambridge University Press, 2000), pág. 147. La tesis de autor es que en cuanto al valor de los acuerdos federales para el mantenimiento de las sociedades multiétnicas, “Mucho depende de las condiciones históricas, políticas y sociales de la sociedad en particular. Lo crucial es la manera en que se alcanza el acuerdo entre las unidades constituyentes”.

2 . Ver B.W. Jentleson, “A Responsibility to Protect, the defining challenge for the global community” *Harvard International Review*, 2007 Vol. 28, Nº 4, pág. 19.

casos de poblaciones diversas o grandes territorios. Puede que este planteamiento esté pasado de moda y que deba reemplazarse por la tesis de que solamente las sociedades multiétnicas, sean o no federaciones, que desarrollen el marco constitucional y legal apropiado para la igualdad sustantiva tendrán esperanzas de permanecer unidas y evitar las catástrofes de derechos humanos que presenciamos en la actualidad en sociedades multiétnicas de todo el mundo.

Quiero decir que el valor de la igualdad sustantiva es incluso más importante que disponer de un régimen democrático formal en una sociedad multiétnica. Por ejemplo, Sri Lanka, un estado multiétnico democrático, ha sido acusado de violar los derechos humanos y derechos de igualdad de sus minorías tamiles y se ha visto inmerso en una guerra civil aparentemente sin solución que ha dejado más de 65.000 víctimas.³ Asimismo, otros estados multiétnicos teóricamente democráticos, tales como Rusia,⁴ se niegan en la práctica a aceptar un federalismo democrático basado en el respecto por la igualdad sustantiva, lo que implica consecuencias desastrosas similares.

El futuro de los estados multiétnicos autoritarios no democráticos es aún más sombrío. Solo tenemos que fijarnos en la matanza genocida de Sudán para vislumbrar este horrible futuro.

³ Ver Tiruchelvam, *supra* note 1, pág. 198. El autor, amigo y colega mío, fue un erudito y jurista tamil moderado que pagó con su vida la creencia de que una reforma constitucional hacia la autonomía regional podría resolver el conflicto étnico de Sri Lanka. Fue asesinado en un ataque suicida el 29 de julio de 1999.

⁴ Los informes anuales de Amnistía Internacional y Human Rights Watch continúan condenando las flagrantes vulneraciones de derechos humanos y la ausencia de instituciones democráticas efectivas en Rusia, páginas Web: Amnistía Internacional <<http://www.amnesty.org>>, Human Rights Watch <<http://www.hrw.org>>.

¿QUÉ SIGNIFICA IGUALDAD SUSTANTIVA EN EL CONTEXTO DE LAS SOCIEDADES MULTIÉTNICAS?

Un rasgo esencial del concepto de igualdad sustantiva es la tesis de que a veces tratar a minorías,⁵ regiones o incluso ciudadanos por igual puede dar lugar a un tratamiento desigual. En mi opinión, la igualdad sustantiva fomentaría el tratamiento a todos los grupos de una sociedad multiétnica con la misma consideración y respeto, lo que a menudo requiere un tratamiento diferencial, mientras que la igualdad formal fomentaría el tratamiento idéntico de todas las minorías, regiones y ciudadanos.⁶ Creo que los marcos constitucionales asimétricos son un vehículo para conseguir la igualdad sustantiva en las sociedades multiétnicas.

Canadá podría facilitar un modelo global de lucha apropiada por conseguir el valor fundacional de la igualdad sustantiva para sus minorías y poblaciones indígenas dentro de una federación multiétnica. En ese sentido, este país tiene posibilidades de convertirse en un modelo global.

Canadá es un país muy nuevo, con menos de 200 años de antigüedad, pero al mismo tiempo es muy viejo, dado que sus primeros habitantes, los pueblos aborígenes de Canadá, han vivido aquí desde tiempos inmemoriales. A diferencia de muchas naciones europeas, tenemos una población muy diversificada. Más de un tercio de los canadienses descienden de franceses y se concentran en la provincia de Quebec, donde constituyen una sólida mayoría. No obstante, más de un millón de francófonos viven fuera de Quebec

⁵ Para una discusión acerca de la igualdad y cómo dar cabida a las diferencias entre grupos minoritarios y mayorías, ver W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship* (Oxford: Oxford University Press, 1995) págs. 108-116.

⁶ Para debatir más sobre esta visión tan controvertida, ver D. Milne, "Equality or Asymmetry: Why Choose?" en R.L. Watts & D.M. Brown, eds., *Options for a New Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1991), págs. 285-307.

en comunidades lingüísticas minoritarias repartidas por todo el país. La sociedad canadiense es cada vez más un reflejo de la sociedad global, porque acogemos inmigrantes de todo el mundo. Nuestras principales urbes, Toronto, Montreal y Vancouver, tienen o tendrán pronto una mayoría de población no europea de origen, y las minorías raciales y étnicas reclamarán derechos colectivos de igualdad.⁷

El acta fundacional del estado canadiense, el *Acta de América del Norte Británica de 1867*⁸ está repleta de disposiciones relativas a la gestión de la diversidad entre su población. Sin embargo, un rasgo particularmente interesante sobre la evolución de la Constitución canadiense es que contiene disposiciones constitucionales críticas que en ocasiones son asimétricas y otras veces son simétricas para permitir que prosperen las diferencias. He aquí algunos ejemplos: la garantía de 75 escaños para Quebec en el Parlamento canadiense (artículo 37), una disposición asimétrica crítica; el afianzamiento de la jurisdicción simétrica de las provincias para la propiedad y los derechos civiles en el artículo 92(13), una disposición simétrica crítica que permite que prosperen diferencias entre las provincias; la protección de las escuelas confesionales en Ontario y Quebec (artículo 93), y el uso oficial del inglés y el francés en las asambleas legislativas de Canadá y Quebec (artículo 133), ambas disposiciones asimétricas importantes. Asimismo, el mantenimiento del régimen de Derecho Civil en Quebec es otro ejemplo de federalismo asimétrico arraigado en la historia constitucional del país. La genialidad de los

⁷ Más detalles demográficos de Canadá en el Censo de 2001, en línea: Statistics Canada <http://www.statcan.ca/bsolc/english/bsolc?catno=95F0363XCB> (fecha de acceso: 28 de mayo de 2007).

Las demandas de igualdad de estos grupos podrían finalmente presionar a favor de la representación en organismos electos como ampliación del principio de federalismo, esto es, que las regiones tengan representación en las instituciones nacionales, ver Kymlicka, *supra* note 5, pág. 137.

⁸ U.K., 30 & 31 Victoria, c. 3. Para más detalles sobre la historia temprana de Canadá antes y después de la confederación, ver J.L. Finlay, *Pre-Confederation Canada: The Structure of Canadian History to 1867* (Toronto: Prentice-Hall, Canada, 1989); P.B. Waite, *The Life and Times of Confederation, 1864-1867* (Toronto: University of Toronto Press, 1962); S.B. Ryerson, *Unequal Union: Confederation and the Roots of Conflict in the Canadas, 1815-1873* (Toronto: Progress Books, 1973); A.I. Silver, *The French Canadian Idea of Confederation, 1864-1900* (Toronto: University of Toronto Press, 1982).

arquitectos fundadores de la nación canadiense fue consolidar la asimetría hasta los límites de lo políticamente posible, pero permitiendo al mismo tiempo que prosperaran las diferencias al amparo de otras disposiciones simétricas. Grandes teóricos del federalismo americano, como por ejemplo el fallecido William H. Riker⁹ señalaron, al igual que los detractores del Acuerdo del Lago Meech y del Acuerdo de Charlottetown,¹⁰ que solo el federalismo simétrico es verdaderamente compatible con el federalismo democrático. El pacto federal que dio origen a los Estados Unidos, según opiniones de muchos teóricos del federalismo americano como Riker, consideraría los acuerdos asimétricos incompatibles con el principio fundamental de igualdad de los ciudadanos e igualdad de los estados. Sugiero que la defensa del federalismo simétrico por algunos teóricos del federalismo americano propone una visión de la igualdad formal constitucional basada en su particular historia revolucionaria. En la evolución del federalismo americano, el imperativo político preponderante fue minimizar las diferencias para crear una identidad nacional basada en la supremacía de la libertad individual y económica. Este imperativo está protegido y salvaguardado por un fuerte gobierno central y un Tribunal Supremo dotado de los más potentes mecanismos reparadores inherentes al poder de revisión judicial.¹¹

No obstante, cuando las naciones multiétnicas tienen grandes poblaciones étnicas dominantes y minorías nacionales étnicas, lingüísticas o religiosas

⁹ Ver William H. Riker, "Federalism" en F. Greenstein y N.W. Posby, eds., *Handbook of Political Science* (Boston: Addison-Wesley, 1975) Vol. 5, págs. 93-172.

¹⁰ Para ampliar el debate sobre los argumentos de igualdad/asimetría que se llevó a cabo en estas rondas constitucionales, ver P. Monahan, *Meech Lake: The Inside Story* (Toronto: University of Toronto Press, 1991); K. McRoberts & P. Monahan, *The Charlottetown Accord, the Referendum and the Future of Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1993).

¹¹ Hay una plétora de fuentes que amplían este tema, véase por ejemplo P. A. Freund, "The Judicial Process in Civil Liberties Case" en V. Stone, ed., *Civil Liberties and Civil Rights* (Chicago: University of Illinois Press, 1975); *The Role of the Supreme Court in American Government* (Oxford: Oxford University Press, 1976); M. Kammen, *Sovereignty and Liberty* (Madison: University of Wisconsin Press, 1988).

históricamente asentadas, la insistencia en un federalismo simétrico supondría la negación de la igualdad sustancial de esas minorías. El federalismo simétrico y la igualdad formal pueden dar la impresión de uniformidad cuando en realidad no existe y pueden crear las instituciones coercitivas del estado federal que impongan uniformidad y asimilación. El resultado puede ser desastroso, como ocurrió en el caso de los Balcanes. El federalismo asimétrico en federaciones multiétnicas es especialmente importante para promover las características fundamentales de la autodeterminación cultural de tales minorías en ámbitos como la lengua, la educación, la cultura, la religión y, en el caso de Canadá, las tradiciones y los regímenes jurídicos. La participación efectiva en la toma de decisiones a escala central, que puede ser asimétrica en la proporción del porcentaje de minorías respecto a la población de la federación, es vital como protección contra las tendencias “nacionalizadoras” de la población dominante en una federación multiétnica.¹² Éste es el principal motivo de conceder 75 escaños permanentes a Quebec, independientemente del porcentaje de población de Quebec sobre la población canadiense.

A mi parecer, el federalismo asimétrico dentro del estado federal multiétnico canadiense es un requisito fundamental de la igualdad sustantiva para sus comunidades nacionales históricamente asentadas. Insistimos, la igualdad sustantiva difiere de la igualdad formal en tanto en cuanto reconoce que el tratamiento idéntico puede generar un tratamiento discriminatorio de las minorías e imponer uniformidad y asimilación coercitiva, haciendo peligrar la existencia de esas minorías.¹³ Los estados federales y unitarios multiétnicos democráticos tales como India¹⁴, Canadá, Malasia, Bélgica y España, saben

¹² Ver Kymlicka, ed. *The Rights of Minority Cultures* (Oxford: Oxford University Press, 1995); recopilación de ensayos de algunos de los principales expertos del mundo en este tema.

¹³ Ver Kymlicka, *supra* note 5, págs. 10-130.

¹⁴ Ver A. Stephan, *supra* note 1, pág. 53.

que el federalismo asimétrico ha sido esencial para la supervivencia de sus sociedades multiétnicas y multilingües.

En cierto sentido, España ha dado muestra de una enorme creatividad entre las sociedades multiétnicas o multinacionales para diseñar un marco constitucional que promueva la igualdad sustantiva mediante acuerdos asimétricos. Aunque en la teoría constitucional estricta España no es un estado federal, posee muchas de las características más importantes de una federación. En el marco español cuasifederal, se reconoce constitucionalmente que existen diferencias en las aspiraciones a diferentes grados de autonomía, especialmente entre las comunidades nacionales históricas de País Vasco, Cataluña, Galicia, Navarra y Andalucía. Tras la Constitución de 1978, se confirió a todas las regiones la posibilidad de convertirse en Comunidades Autónomas. Más adelante cada Comunidad Autónoma aprobó su propio estatuto de autonomía con la negociación entre los dirigentes de cada Comunidad y el gobierno central y el Parlamento de Madrid. También hay asimetría en los distintos acuerdos financieros así como en la envergadura y la naturaleza (condicional o incondicional) de las transferencias fiscales del gobierno nacional.

Otra prueba de la creatividad española es la posibilidad de que a medida que cada Comunidad Autónoma avance en su desarrollo político, haya menos asimetría entre ellas, fomentando así la diversidad pero también permitiendo una válvula de escape contra el exceso de asimetría.¹⁵ Esta creatividad constitucional española es también valiente porque se arriesga a propiciar exigencias de asimetría cada vez mayores por parte de las Comunidades Autónomas más avanzadas o de la región o regiones con una identidad nacional más radicalizada. Con todo, los riesgos pueden merecer la pena entendidos como una manera de garantizar la supervivencia de una sociedad

15 Robert Agranoff (1994), "Asymmetrical and Symmetrical Federalism in Spain: An Examination of Intergovernmental Policy", en Bertus de Villiers (ed.), *Evaluating Federal Systems*, Dordrecht, Boston

compleja con múltiples comunidades nacionales, cada una con identidades históricas únicas.

II. RESPETO POR LOS DERECHOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LAS MINORÍAS EN EL CONTEXTO DE LOS ESTADOS MULTIÉTNICOS Y, EN PARTICULAR, LOS ESTADOS FEDERALES DEMOCRÁTICOS MULTIÉTNICOS O MULTINACIONALES

Como ha señalado también el profesor Stephan, los grandes teóricos del federalismo americano como Riker también declararon que un rasgo esencial del federalismo democrático es la protección de los derechos individuales contra la intrusión por gobiernos centrales o estatales o por voluntad de la mayoría.¹⁶ Esto se consigue con una serie de estructuras federales clásicas, tales como el arraigado *Proyecto de ley o Carta de Derechos y Libertades*, una asamblea legislativa bicameral donde la voluntad de la mayoría en la cámara baja puede ser limitada por una cámara alta basada en la representación regional, y lo que es más importante, un Tribunal Supremo federal que protege los derechos fundamentales de todos los ciudadanos de la federación y cuyas resoluciones judiciales están respaldadas por los poderes coercitivos principalmente del gobierno central aunque no de forma exclusiva.¹⁷

El principal problema que plantea este modelo americano clásico de la función de los derechos en el federalismo democrático es que la jurisprudencia americana, particularmente la del Tribunal Supremo de EE. UU., no ha reconocido la existencia de derechos colectivos, que en opinión de algunos son la quintaesencia de los derechos de las minorías. Si bien algunos pensadores

and London: Martinus Nijhoff, págs. 61-89.

¹⁶ Ver Riker, *supra* note 10.

¹⁷ Ver Kymlicka, *supra* note 12 para una discusión sobre este asunto.

liberales han intentado restar importancia a esta negación de la legitimidad de los derechos colectivos arguyendo que los denominados derechos colectivos pueden ser ejercidos por personas y en consecuencia se transforman en derechos individuales,¹⁸ existe todavía un importante desafío teórico y práctico. En muchos estados federales multiétnicos, los ciudadanos pertenecientes a un grupo solo pueden participar efectivamente de un “derecho en beneficio del grupo” si el grupo obtiene el derecho colectivo real a educación y acceso a las instituciones culturales, religiosas o jurídicas específicas de sus formas particulares de autodeterminación cultural.¹⁹ Como se señala más abajo, éste es un aspecto fundamental de la justicia distributiva en un estado federalista democrático.

El dilema de cómo encajar los derechos de las minorías en un marco federalista que sea liberal y democrático está siendo abordado en la teoría y en la práctica por los canadienses dentro del marco constitucional canadiense. Will Kymlicka señala que los derechos “específicos de grupos” son compatibles con los principios liberales fundamentales que sustentan la supremacía de los derechos de la persona. Grupos de reflexión liberales como la Fundación Friedrich Naumann de Alemania, vinculada con filósofos políticos canadienses y expertos en derecho tales como Kymlicka y este autor, así como otros expertos y representantes de minorías de todo el mundo, han redactado un manifiesto liberal sobre “Los Derechos de las Minorías”, que defiende los derechos específicos de los grupos para las minorías y proclama la supremacía de los derechos individuales o universales.²⁰ La premisa fundamental de estos

¹⁸ Resulta irónico que uno de los principales artífices del orden constitucional moderno canadiense, el Muy Honorable Pierre Trudeau, ya fallecido, pareciera haber defendido esta perspectiva de los derechos colectivos. Ver K. McRoberts, *Misconceiving Canada: The Struggle for National Unity* (Toronto: Oxford University Press, 1997), págs. 60-64.

¹⁹ Ver Kymlicka, *supra* note 6, págs. 75-106.

²⁰ *Declaración de Principios Democráticos Liberales relativos a Minorías Etnoculturales y Nacionales y Pueblos Indígenas*, adoptada por miembros de 38 pueblos indígenas, minorías nacionales y etnoculturales

nuevos federalistas democráticos liberales es que como los derechos y las libertades de los ciudadanos individuales incluyen el derecho de asociación, la mayoría de estos derechos poseen una dimensión específica o relacionada con los grupos. Así pues, pertenecer a una minoría en base a un patrimonio cultural, lingüístico o religioso común es sin duda un factor importante de identidad y de dignidad humana para numerosos miembros de estas minorías. Allí donde los individuos se asocian libremente, ningún gobierno o mayoría central o estatal, no importa cual sea su tamaño, podrá negar el derecho de estos grupos a la autodeterminación cultural dentro de los límites de la supremacía del individuo, los derechos universales y el Estado de Derecho.²¹

Es ciertamente improbable que la población francófona mayoritaria de Quebec o las comunidades francófonas minoritarias fuera de Quebec o los catalanes en España se sientan cómodos como ciudadanos iguales en sus estados federales democráticos sin los derechos “específicos de grupos” consagrados en las respectivas constituciones federales de sus países.²²

No obstante, como en todo lo demás, el mal se oculta en los detalles. La manera en que se asientan a menudo las minorías nacionales determina el modo en que los estados federales democráticos pueden concederles esos derechos específicos de grupos. Cuando las minorías viven en asentamientos contiguos y compactos y forman una mayoría, otorgarles alguna forma de autonomía territorial para que puedan ejercer totalmente su derecho a la autodeterminación cultural puede conseguirse en estructuras federales

de 26 países en la 2ª Conferencia sobre Minorías de la Fundación Friedrich Naumann celebrada en Berlín del 13 al 16 de septiembre de 2000. Pueden solicitarse copias al Liberales Institut der Freidrich-Naumann-Stiftung, apartado de correos 90 01 64, D-14437 Potsdam o en línea en la página Web de la Fundación Friedrich Naumann <http://www.fnst.de/libinst/publikationen/minoeng.pdf>.

²¹ Ver Kymlicka, *supra* note 6, págs. 75-106.

²² Véase una discusión extensa sobre la importancia de las lenguas, con estos derechos “específicos de grupos” desde una perspectiva histórica e internacional en F. de Varennnes, *Language, Minorities and Human Rights* (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1996).

democráticas mediante el establecimiento de un estado o provincia donde allí constituyen la mayoría. La provincia de Quebec en Canadá y Cataluña en España son ejemplos de esta autonomía territorial.²³ Sin embargo, los federalistas democráticos liberales insistirían en que la autonomía territorial de tales minorías no debería concederse a expensas de pisotear los derechos de las personas o de otros grupos minoritarios dentro del territorio que obtiene la autonomía. Existe pues la necesidad de un *Proyecto de ley* o una *Carta de Derechos* consolidada y aplicada por un poder judicial federal independiente.

Cuando las minorías viven dispersas entre la población mayoritaria de una estructura federal, se necesitan otras formas funcionales de proteger ámbitos esenciales de autodeterminación cultural en lenguas, educación, etc. Basten como ejemplos las garantías constitucionales de enseñanza en lenguas minoritarias para comunidades minoritarias francófonas dispersas fuera de Quebec, asunto que trataré a continuación.

Dicho esto, el mayor reto sigue siendo cómo establecer objetivos socioeconómicos y políticos federales fundamentales y derechos tanto individuales como específicos de grupos dentro de un “marco de derechos humanos” coherente que determine el contenido concreto de ambos grupos de derechos y cómo dirimir entre ellos cuando entren en conflicto, como sucederá inevitablemente.

Aquí entran en escena las nociones fundamentales de justicia distributiva que respaldan el concepto de igualdad sustantiva, a fin de establecer el contexto para el marco de derechos humanos individuales y colectivos dentro del

²³ Para una comparación de estos dos tipos de autonomía territorial, ver M. Pares & G. Tremblay, eds., *Catalunya, Quebec: Dues Nacions, Dos Models Culturals*, (Ponencias del Primer Simposio, Barcelona, mayo de 1985, Generalitat de Catalunya, 1988).

federalismo democrático y ayudar a resolver conflictos entre distintos grupos de derechos.

Una vez más, el orden constitucional canadiense está “impulsando” un marco teórico y práctico para los derechos humanos tanto individuales como colectivos que parece basarse en nociones no articuladas de justicia distributiva.

Los derechos colectivos de la diversidad creciente en la sociedad canadiense están garantizados en la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades* incorporada a nuestra Constitución en 1982.²⁴ En la Constitución reconocemos los derechos colectivos de nuestros pueblos aborígenes y nuestras comunidades multiculturales y multirraciales. A través de resoluciones judiciales y disposiciones de la Constitución original y de la *Carta de derechos*, reconocemos los derechos colectivos de nuestra población francófona. Cabe señalar que a pesar de que la Asamblea Nacional de Quebec no aceptó la Constitución repatriada de 1982 que contenía la *Carta*, ese documento de derechos consolidados cuenta con el apoyo indiscutible de la mayoría francófona en la provincia.

La redacción de algunas disposiciones de la Constitución y la *Carta* canadienses, que reconocen derechos colectivos, plantea algunos dilemas interesantes a quienes están empapados del liberalismo clásico en la tradición jurídica americana. A continuación abordaré brevemente dos ejemplos, los artículos 23(3) y 27 de la *Carta*.

²⁴ *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*, Parte 1 del *Acta Constitucional, 1982*, Anexo B del Acta de *Canadá, 1982* (U.K.) C.11 [*Carta*]. Uno de los análisis más exhaustivos de las disposiciones de la *Carta* se encuentra en G.-A. Beaudoin & E. Mendes eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms, 4ª ed.*, (Carswell, 2005).

El artículo 23(3) de la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades* protege los derechos a la enseñanza de lenguas minoritarias para las minorías francófonas fuera de Quebec y las minorías angloparlantes en Quebec. El artículo reza:

“El derecho de los ciudadanos canadienses según lo dispuesto en las subsecciones (1) y (2) a que sus hijos reciban formación primaria y secundaria en la lengua de la minoría lingüística inglesa o francesa de una provincia

- (a) se aplicará siempre que el número de hijos de ciudadanos en la provincia con este derecho sea suficiente para concederlo con los fondos públicos para la enseñanza de lenguas minoritarias, e
- (b) incluirá, cuando el número de niños lo permita, el derecho a que reciban formación en centros educativos para lenguas minoritarias a partir de fondos públicos.”

¡Se trata de un curioso tipo de derecho en un documento constitucional de una democracia liberal occidental, donde el ejercicio del derecho está supeditado al número de personas que desean ejercerlo! Imaginen un derecho supeditado similar referente a la libertad de expresión. Esta protección de los derechos lingüísticos en Canadá señala que los derechos colectivos requieren un examen del trasfondo sociológico, económico y cultural de donde surgen.²⁵ Recientemente, el Tribunal Supremo de Canadá, en la causa *Arsenault-Cameron* frente a *P.E.I.*,²⁶ transmitió con su sentencia un claro ejemplo de la función esencial que tiene la justicia distributiva, de manera consciente o inconsciente, a la hora de sentar las bases de un marco de derechos humanos para la protección de las minorías en un sistema federal democrático.

²⁵ Ver M. Bastarache, ed., *Les droits linguistique au Canada*, (Montreal: Yvon Blais, 1986).

²⁶ [2000] 1 S.C.R. 3.

En este caso, los padres francófonos con derecho a escolarizar a sus hijos en lengua francesa conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la *Carta* pidieron que se admitiera a sus hijos en una escuela primaria situada en su comunidad local de Summerside, P.E.I. El Ministro de Educación provincial insistió en que la enseñanza en lenguas minoritarias se podía impartir en una escuela francófona existente a unos 57 minutos de su hogar en transporte escolar. El Tribunal Supremo, en una sentencia dictada por el juez Bastarache, anterior experto académico en derechos lingüísticos, y el juez principal, resolvió que el artículo 23 no tenía el propósito de mantener el status quo adoptando una visión formal de la igualdad, según la cual los grupos lingüísticos mayoritario y minoritario fueran tratados por igual. El Tribunal sostuvo que el propósito del artículo 23 era remediar injusticias pasadas y proporcionar a las comunidades lingüísticas minoritarias igual acceso a una educación de alta calidad de tal manera que mejorara el desarrollo de la comunidad. La referencia a “cuando los números lo permitan” en el artículo debía tener en cuenta el desarrollo de la comunidad, aunque las cifras en el área de Summerside se situaran entre 49 y 155.

En un claro indicio de que Canadá ha tomado un camino democrático liberal distinto al de Estados Unidos, el Tribunal declaró que centrarse en el derecho individual a la enseñanza a expensas de los derechos lingüísticos y colectivos de la comunidad minoritaria restringe en efecto los derechos colectivos de la comunidad minoritaria. Aquí, el Ministro no se percató de que la existencia de una escuela local para lenguas minoritarias era la institución más importante para la supervivencia de la minoría lingüística y para evitar la asimilación de niños con lenguas minoritarias. Además, el Tribunal señaló que la gestión y el control local por la comunidad lingüística minoritaria era vital para disfrutar de los derechos estipulados en el artículo 23.

Quiero decir que la resolución P.E.I. del Tribunal Supremo de Canadá es un ejemplo paradigmático de la necesidad de luchar por alcanzar una igualdad sustantiva basada en concepciones de justicia distributiva en el contexto del federalismo democrático para proteger los derechos de las minorías en un sistema federal democrático.

El Tribunal Supremo ratificó la protección de las minorías como uno de los cuatro principios fundacionales del federalismo canadiense en su sentencia paradigmática sobre el derecho de Quebec a separarse unilateralmente de Canadá. En *Reference re Secession of Quebec*,²⁷ el Tribunal afirmó que ni la Constitución canadiense ni el Derecho Internacional conferían al gobierno de Quebec el derecho a llevar a cabo la secesión unilateralmente. Con todo, en una sentencia paradigmática, la primera en un estado federalista democrático multiétnico, el Tribunal fue mucho más allá y aconsejó que todas las partes tendrían el deber constitucional de negociar si el objetivo legítimo de la secesión era apoyado por *“la expresión inequívoca de una clara mayoría”* de quebequeses.²⁸ Estas negociaciones tendrían que dar cabida a los intereses de todas las provincias y del gobierno federal y a los derechos de todos los canadienses allí donde vivieran. Y lo más importante para este debate, el Tribunal estipuló que estas negociaciones deberían llevarse a cabo con respeto por *“los mismos principios constitucionales que dieron lugar al deber de negociar: federalismo, democracia, constitucionalismo, estado de derecho y protección de las minorías.”*²⁹

En mi opinión, el Tribunal Supremo canadiense ha expresado a todos los estados federales multiétnicos democráticos que la desintegración de estas

²⁷[1998] 2 S.C.R. 217.

²⁸ *Ibid.* en párr. 100.

²⁹ *Ibid* en párr. 90.

federaciones está sujeta a los mismos valores fundamentales que la preservación de esos estados, tal y como he señalado antes. También creo que como Canadá se ha esforzado mucho por respetar estos valores fundamentales, nunca habrá una expresión inequívoca de una clara mayoría de quebequeses en favor de abandonar la federación canadiense.

Para terminar, en el artículo 27 de la *Carta*, encontramos una sección interpretativa que refuerza la idea de que las minorías raciales y étnicas que deben su existencia a la inmigración hacia Canadá poseen derechos colectivos socioculturales con una naturaleza distinta de las comunidades minoritarias nacionales históricamente asentadas de franceses e ingleses repartidas por todo Canadá. El artículo dice así:

“Esta *Carta* deberá interpretarse de manera coherente con la preservación y la ampliación del patrimonio multicultural de los canadienses.”

Este artículo exige que todos los derechos y libertades de la *Carta* sean interpretados de tal manera que no solo se garantice la preservación del principio colectivista de pluralismo cultural, sino que fomente además su ampliación real. ¿No parece paradójico que los derechos individuales que aparecen en otros artículos de la *Carta* deban interpretarse de un modo que no solo preserve sino que amplíe el principio colectivista de pluralismo cultural?

Examinemos en qué consiste este principio colectivista de patrimonio multicultural de los canadienses, según se establece en el artículo 27. A efectos del debate que iniciaremos a continuación, presupongo que el concepto de multiculturalismo es equivalente al concepto de patrimonio multicultural de los canadienses. Resulta imprescindible definir primero multiculturalismo. Los intentos de definir el multiculturalismo plantean generalmente una evolución

histórica de la nación canadiense para explicar después qué significa o debería significar el concepto hoy en día. El Informe de la Cámara de los Comunes de 1987 titulado *Multiculturalism*³⁰ establece las siguientes características esenciales del multiculturalismo:

- Multiculturalismo es un principio aplicable a todos los canadienses e intenta preservar y fomentar una sociedad heterogénea en Canadá. El principio refuta la idea de que todos los ciudadanos deben asimilarse a un paradigma estándar con el tiempo.
- El multiculturalismo se ocupa en la actualidad fundamentalmente de garantizar la igualdad sustantiva para todos los canadienses independientemente de los grupos culturales a los que pertenezcan.

Si esto es correcto, entonces la norma interpretativa del artículo 27 es un mandato para que los tribunales y gobiernos canadienses interpreten todos los derechos y libertades de la *Carta*, incluso los que aluden a derechos individuales, de una manera que preserve el pluralismo cultural y la igualdad sustantiva entre todos los ciudadanos de Canadá. Éste es otro principio fundamental de la justicia distributiva.

La conclusión más relevante y controvertida de este análisis del artículo 27 es que habrá situaciones en las que el ejercicio de derechos individuales tendrá que dejar paso en algunas circunstancias al principio colectivista de pluralismo cultural, cuando el ejercicio de esos derechos vulnere el acceso igualitario de los grupos minoritarios a los valores más importantes en nuestra sociedad. Hay un ejemplo de ello en el ámbito de la propaganda del odio con la resolución *R. v. Keegstra*³¹ del Tribunal Supremo canadiense, en la que el Tribunal,

³⁰ Informe del Comité Permanente de la Cámara de los Comunes, *Multiculturalism: Building the Canadian Mosaic*, 2ª sesión, 33º Parl., 1987, págs. 22-23.

³¹ [1990] 3 S.C.R. 697 [*Keegstra*].

defendiendo las disposiciones sobre propaganda del odio del *Código Penal*³² canadiense, sentenció que la libertad de difundir intencionadamente propaganda del odio contra grupos minoritarios identificables en nuestra sociedad no puede vulnerar los derechos de tales minorías a la igualdad y la plena ciudadanía en nuestra sociedad. El Tribunal resolvió que estos derechos están protegidos por el artículo 15 (la garantía de igualdad) y el artículo 27 de la *Carta* para equilibrar derechos e intereses colectivos conforme al artículo 1 de la *Carta*.

CONCEPCIÓN CANADIENSE DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Con lo dicho anteriormente, he intentado demostrar que la justicia distributiva debe formar parte de todo intento de consolidar la igualdad sustantiva para salvaguardar los derechos de las minorías. Paso a explicar ahora en qué consiste la noción de justicia distributiva que yo defiendo.

La justicia distributiva condensa todos los aspectos de las sociedades humanas, porque todas las sociedades humanas son también entidades de distribución. Diferentes regímenes políticos y jurídicos promueven distintas distribuciones de los activos más preciados de una sociedad, como por ejemplo el poder, el saber, la riqueza, la seguridad de la persona, la salud y la educación. El poder judicial es otro instrumento de la justicia distributiva. Las diferentes interpretaciones de los derechos, sobre todo de los derechos colectivos, dan como resultado diferentes distribuciones de poder y acceso a los bienes públicos. Las resoluciones del Tribunal Supremo en cuanto a derechos lingüísticos lo demuestran con toda claridad.

En la historia humana, algunas sociedades han permitido expresamente (*p.ej.* el régimen de apartheid en Suráfrica) o de facto (incluyendo muchas de las

³² R.S.C. 1985, c. C-46 [*Código Penal*].

denominadas democracias liberales occidentales) un acceso total e igualitario a los bienes de la sociedad arriba mencionados únicamente a aquellas personas que se avenían a un paradigma racial, étnico, lingüístico o cultural singular y dominante. Ésta ha sido la principal causa de los conflictos raciales y étnicos que hemos vivido y que continuamos viviendo en todo el mundo, desde el movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos a las luchas étnicas en los Balcanes y Sri Lanka. Las nociones de justicia distributiva en sociedades pluralistas deberían rechazar que esos criterios de distribución puedan ser alguna vez justos. Las nociones pluralistas de justicia distributiva deben reconocer que todas las manifestaciones de raza, lengua, etnia u origen nacional merecen la misma consideración y respeto. La justicia distributiva en las sociedades pluralistas debe aspirar al establecimiento de una sociedad donde ningún segmento pueda reivindicar que posee el paradigma racial, cultural, étnico o lingüístico singular y dominante y que sobre esta base tiene acceso preponderante a los bienes más preciados de dicha sociedad.

Tendemos a reconocer fácilmente que ésta es una noción de justicia distributiva. Como señalan otros autores, la justicia distributiva representa uno de los aspectos más controvertidos de diversas perspectivas políticas, filosóficas y morales.³³

Sugiero que este planteamiento de la justicia distributiva es también el valor predominante en la garantía de igualdad del artículo 15 de la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*, según confirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Canadá.³⁴

³³ Ver T. Campbell, *Justice* (Atlantic Highlands, New Jersey: Humanities Press International, 1988).

³⁴ Para una discusión sobre la jurisprudencia reciente del Tribunal, ver E.P. Mendes, "Taking Equality into the 21st Century: Establishing the Concept of Equal Human Dignity" (2000) 12 National J. of Constitutional L. 1 pág. 3.

Pero la *Carta* y la sociedad canadiense también reconocen el idéntico valor de los derechos civiles y políticos basados en la dignidad del ser humano. Muchos de los derechos civiles y políticos están expresados en términos absolutos, lo que da escaso margen a la privación. Por ejemplo, en el artículo 2 la *Carta* leemos:

“Todo individuo posee estas libertades fundamentales:

- (a) libertad de conciencia y de religión;
- (b) libertad de pensamiento, creencias, opinión y expresión, incluyendo libertad de prensa y otros medios de comunicación;
- (c) libertad de reunión pacífica y
- (d) libertad de asociación.”

La jurisprudencia del Tribunal Supremo canadiense aplica un enfoque de dos pasos en la interpretación de los derechos, como por ejemplo en los litigios legales. En primer lugar, el o la demandante que alega la vulneración de sus derechos debe dar una justificación a simple vista de que el gobierno violado el derecho garantizado. No se permite ninguna justificación gubernamental de la privación del derecho en este momento. Por ejemplo, incluso la restricción por obra del gobierno o por legislación de las más viles formas de propaganda del odio y más recientemente, la pornografía infantil, ha sido considerada una vulneración del artículo 2.³⁵ El Tribunal Supremo defiende que cualquier forma de comunicación tiene contenido expresivo y que la restricción por el gobierno de cualquier forma de expresión vulnera el artículo 2(b).³⁶

No obstante, pese a este enfoque inicial aparentemente absolutista de los derechos civiles y políticos, no nos arriesgamos a que los derechos colectivos y los intereses de los grupos y la sociedad sean pisoteados por los derechos y libertades de la persona, independientemente de cómo sean utilizados. Más

³⁵ *Keegstra, supra* note 33; *R. v. Sharpe* (2001) S.C.C. 2.

³⁶ *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Fiscal General)*, [1989] 1 S.C.R. 927 [*Irwin Toy*].

bien intentamos equilibrar las categorías de derechos con los principios de justicia distributiva enunciados en el artículo 1 de la *Carta*, sobre interpretación del derecho jurisprudencial del Tribunal Supremo de Canadá.

La necesidad de desarrollar principios fundamentales de justicia distributiva se introduce en el primer artículo de nuestra *Carta*. Allí se dice:

“Los derechos establecidos en la *Carta* están sujetos a límites razonables demostrablemente justificados en una sociedad libre y democrática.”

El artículo se aplica después de que el demandante haya demostrado que existe una vulneración a simple vista de sus derechos, como explicaba antes. La carga de la prueba pasa ahora al gobierno, que debe poder justificar esa vulneración atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 1, que somete todos los derechos garantizados a límites razonables demostrablemente justificados en una sociedad libre y democrática.

Quiero señalar que el artículo 1 fue un mandato del pueblo de Canadá al poder judicial, en particular el Tribunal Supremo de Canadá, para que diseñara un marco de justicia distributiva dentro del cual se desarrollara un proceso de adjudicación de derechos apropiadamente canadiense.

Durante la existencia relativamente breve de la *Carta* canadiense, ha habido casos en los que a mi parecer el Tribunal Supremo cumplió el reto de crear este marco exclusivamente canadiense de justicia distributiva para la adjudicación de derechos. La resolución paradigmática del Tribunal Supremo canadiense en *Ford v. Quebec (A.G.)*³⁷ es un buen ejemplo de ello. En esta causa, cinco empresas dirigidas por quebequeses angloparlantes solicitaron la declaración de que los artículos 58 y 69 de la *Carta* de la lengua francesa de

³⁷[1988] 2 S.C.R. 712.

Quebec infringían el derecho individual a la libre expresión, porque exigían el uso exclusivo del francés en carteles comerciales exteriores. El Tribunal dispuso que era una infracción demasiado grave del derecho individual a la libre expresión y anuló la ley. El Tribunal sugirió incluso un diferente marco legislativo que fuera constitucionalmente aceptable. El Tribunal planteó que exigir el despliegue predominante de la lengua francesa, incluso su marcada preponderancia, sería proporcional al objetivo legítimo de promover y mantener un “visage linguistique” francés en Quebec. En última instancia, incluso un gobierno separatista elegido posteriormente en Quebec aceptó esta propuesta del Tribunal como un modo justo de tratar la autodeterminación cultural respetando los derechos humanos de todos los ciudadanos de la provincia.³⁸

En las interpretaciones bastante complejas del artículo 1, no hay que olvidar que los juristas más destacados en la historia de Canadá, el presidente del Tribunal Supremo Dickson en *R. v. Oakes*, se centró en las últimas palabras del artículo 1 ya que se entendían como “el último estándar sobre el cual justificar el límite sobre un derecho o libertad, pese a su efecto... .”⁴⁴ El presidente del Tribunal Supremo Dickson defendió que como Canadá es una sociedad libre y democrática, para interpretar el artículo 1 los tribunales deben orientarse por los valores inherentes a conceptos como:

“...el respeto por la dignidad inherente al ser humano, compromiso con la justicia y la igualdad social, aceptación de una amplia variedad de creencias, respeto por la identidad cultural y grupal y fe en las instituciones sociales y políticas que mejoran la participación de individuos y grupos en la sociedad.”⁴⁵

³⁸ Discusión detallada sobre esta causa en E. P. Mendes, “Two Solitudes, Freedom of Expression and Collective Linguistic Rights in Canada: A Case Study of the Ford Decision” (1991-92) 1 National Journal of Constitutional L., pág. 283.

⁴⁴[1986] 1 S.C.R. 103 pág. 136.

⁴⁵ *Ibid.*

No puede haber mejor conclusión sobre qué valores fundamentales deben sustentar las sociedades pluralistas democráticas para proteger los derechos de las minorías y asegurar la supervivencia de estas sociedades. No puede haber mejor descripción de los valores del pluralismo democrático y la igualdad sustantiva basados en las percepciones canadienses de justicia distributiva que la incluida en el modelo canadiense de estados federales o unitarios multiétnicos en todo el mundo.

Zaragoza, 7 de junio de 2007.