Metodologías

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Convergencias y divergencias

Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil
Coordinadores

Suprema Corte de Justicia de la Nación
Centro de Estudios Constitucionales SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
I070
T477t

El test de proporcionalidad : convergencias y divergencias / coordinadores Diana Beatriz González Carvallo, Rubén Sánchez Gil ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; [autores] Barak Aharon [y otros trece] ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (xxvii, 549 páginas ; 23 cm.). -- (Metodologías)

ISBN 978-607-552-192-3

Material disponible en PDF

Contenido: Una agenda de investigación para el futuro / Aharon Barak – Proporcionalidad y juicio constitucional en México / Rubén Sánchez Gil – Comentario al artículo "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", de Rubén Sánchez Gil / María Inés Pazos – El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad : un estudio de la dogmática alemana / Arnulfo Daniel Mateos Durán – La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Frida Daniela Ibarra Olguín – La estructura de la finalidad legítima / Víctor Jesús Castañeda Rojo – Necesidad y ponderación / Martin Borowski -- Un modelo alternativo para la ponderación jurídica / María Inés Pazos – Proporcionalidad en su sentido estricto y medición de la intensidad de las restricciones a los derechos fundamentales / Jorge Silva Sampaio – Ponderación de derechos e intereses : sobre la tesis asimétrica de Schauer / Matthias Klatt – Asimetría constitucional y los límites de la ponderación : una nota crítica a la postura de Matthias Klatt / Miguel Ángel García Godínez – Comentario a "Ponderación de derechos e intereses : sobre la tesis asimétrica de Schauer" / Bernardo Gallegos – Entonces, ¿cuál es el verdadero legado de Oakes? : dos décadas de análisis de proporcionalidad bajo la sección 1 de la Carta Canadiense / Sujit Choudhry – Proporcionalidad e igualdad / Vicki C. Jackson

1. Test de proporcionalidad – Metodología – Estudio de casos 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Jurisprudencia – Análisis 3. Principio de proporcionalidad – Normas constitucionales – Estudio de casos – México 4. Derechos fundamentales – Intervención judicial – Alemania 5. Ponderación – Teoría 6. Derechos fundamentales I. González Carvallo, Diana Beatriz, coordinador II. Sánchez Gil, Rubén, 1975- , coordinador III. Aharon, Barak, 1936- , autor IV. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo V. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VI. ser.
LC K3370

Primera edición: abril de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Entonces, ¿cuál es el verdadero legado de *Oakes*? Dos décadas de análisis de proporcionalidad bajo la sección 1 de la Carta Canadiense*

Sujit Choudhry**

* Texto publicado originalmente como "So what is the real legacy of *Oakes*? Two decades of proportionality analysis under the Canadian Charter's section 1", (2006), *Supreme Court Law Review*, vol. 35, núm. 2d. pp. 501-535. Traducido al español por Gabriela Gutiérrez Dávila con autorización del autor.
** Gracias a Aharon Barak, Peter Hogg e Ira Parghi por sus útiles comentarios y a Bernadette Mount por su ayuda editorial. Se aplica el aviso de responsabilidad habitual. Este artículo se basa en Choudhry (2005).

Sumario: A. *Oakes* y Brian Dickson; B. La narrativa dominante; C. La contranarrativa; D. Conclusión. Reflexiones sobre *Chaoulli*.

A. *Oakes* y Brian Dickson

Al reflexionar sobre el vigésimo aniversario de *R. vs. Oakes*,[1] es difícil no pensar en el ministro presidente Brian Dickson, ya que están inextricablemente unidos en la imaginación constitucional canadiense. Esto es cierto, no sólo por la razón obvia de que el ex ministro presidente redactó la opinión mayoritaria, sino también porque *Oakes* se ha convertido en sinónimo de su extenso legado jurisprudencial. Junto con *R. vs. Big M Drug Mart Ltd.*,[2] *Hunter vs. Southam Inc.*,[3] *Singh vs. Canadá (ministro de Inmigración y Empleo)*,[4] y Referencia a la Ley de Vehículos Motorizados (Columbia Británica), s. 94,[5] *Oakes* marcó la pauta para los primeros años de la Corte de Dickson. En *Oakes* se habló con una audacia y confianza que permearon la jurisprudencia temprana de la Corte. De hecho, aclaró la

[1] [1986] S.C.J. No. 7, [1986] 1 S.C.R. 103 [en adelante, *Oakes*].
[2] [1985] S.C.J. No. 17, [1985] 1 S.C.R. 295 [en adelante, *Big M*].
[3] [1984] S.C.J. No. 36, [1984] 2 S.C.R. 145.
[4] [1985] S.C.J. No. 11, [1985] 1 S.C.R. 177 [en adelante, *Singh*].
[5] [1985] S.C.J. No. 73, [1985] 2 S.C.R. 486 [en adelante, *B.C. Referencia a Vehículos Motorizados*].

metodología interpretativa de ésta para los casos sobre la Carta, tal vez lo más central es que los derechos tienen una importancia presunta, y las limitaciones son la excepción que sólo son aceptables si los gobiernos cumplen con un exigente examen de justificación. La cita de *Oakes* por los tribunales de Antigua y Barbuda,[6] Australia,[7] Fiji,[8] Hong Kong,[9] Irlanda,[10] Israel,[11] Jamaica,[12] Namibia,[13] Sudáfrica,[14] Reino Unido,[15] Vanuatu[16] y Zimbabwe[17] han hecho de ella uno de los modelos centrales para la adjudicación constitucional basada en los derechos y sólo ha confirmado su condición de símbolo de la Corte de Dickson.

Por lo tanto, la retirada casi inmediata de la Corte de *Oakes* en *Edwards Books*, reconocida y consolidada poco después por *Irwin Toy Ltd. vs. Quebec (Fiscal General)*,[18] tiene un significado constitucional más amplio, tanto en el país como en el extranjero. Si *Oakes* fue un modelo de cómo interpretar la Carta y cómo se deben interpretar los documentos de protección de derechos en otras jurisdicciones, la pregunta es qué tipo de modelo permanece luego de dos décadas.[19] En un sentido importante, esto completa el círculo, dada la importancia de los modelos comparativos para la redacción de la sección 1 (Hovius, 1985; Weinrib, 2002). Y, en

---

[6] *Fiscal General y Anor vs. Goodwin y Ors*, [1999] I.C.H.R.L. 143.
[7] *Kartinyeri vs. La Mancomunidad*, [1998] HCA 22; *Mulholland vs. Comisión Electoral Australiana*, [2004] HCA 41.
[8] *Chaudhry vs. Fiscal General*, [1999] FJCA 28.
[9] *R. vs. Sin Yau Ming*, [1991] HKCA 96.
[10] *Blascaod Mor Teoranta vs. Comisionados de Obras Públicas en Irlanda*, [1998] IEHC 38.
[11] *United Mizrahi Bank Ltd. vs. Migdal Cooperative Village*, 49 P.D. 221; *Ron Menachem vs. Ministro de Transporte*, P.D. 57 (1) 2345.
[12] *Asociación de Abogados de Jamaica vs. Ernest Smith & Compañía*, [2003] JMSC 17.
[13] *Kauesa vs. Ministro del Interior y Otros*, [1995] I.C.H.R.L. 56.
[14] *S vs. Zuma*, 1995 (2) SA 642; *S vs. Coetzee*, 1997 (3) SA 527; *S vs. Manamela*, 2000 (3) SA 1; *Case vs. Ministro de Seguridad*, 1996 (3) SA 617; *S vs. Bhulwana*, 1996 (1) SA 388; *S vs. Singo*, 2002 (4) SA 858.
[15] *Ex Parte Kebeline*, [1999] UKHL 43; *R. vs. Lambert*, [2001] UKHL 37; *A (FC) vs. Secretario de Estado para el Departamento del Interior*, [2004] UKHL 56.
[16] En representación de la Constitución, *Korman vs. Natapei*, [1997] VUSC 46.
[17] *Chavunduka vs. Ministro del Interior*, [2000] I.C.H.R.L. 34.
[18] [1989] S.C.J. No. 36, [1989] 1 S.C.R. 927 [en adelante, "*Irwin Toy*"]; R. *vs. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] S.C.J. No. 70, [1986] 2 S.C.R. 713].
[19] He explorado el uso de modelos comparativos en la adjudicación constitucional en Choudhry (1999; 2004; 2006).

lugar de simplemente decirnos algo sobre la sección 1, 20 años después de que la Corte llegara a un acuerdo con *Oakes*, da luz sobre su creciente autocomprensión del papel judicial bajo la Carta. El destino de *Oakes* ofrece lecciones más amplias acerca del destino de la Carta y la revisión judicial de los instrumentos constitucionales que protegen los derechos en general.

Hay una narrativa dominante sobre cuál es el verdadero legado de *Oakes* y en qué se han retractado sobre ésta.[20] El argumento es que estableció un enfoque uniforme para evaluar las limitaciones justificables de los derechos de la Carta independientemente de las diferencias de contexto, pero que en la década siguiente a ella, la Corte buscó criterios de deferencia, para clasificar de manera confiable y predecible los casos en que la deferencia estaba garantizada y aquellos en los que no lo estaba. Estas categorías no fueron aplicadas consistentemente por la Corte y, de hecho, produjeron desacuerdos en ésta sobre cómo deberían aplicarse en casos específicos. Subyacentes a ambas tendencias estaban las preocupaciones con respecto a la contundencia de las distinciones empleadas por la Corte para delinear los límites de estas categorías. La lección más amplia de *Oakes* es la necesidad de adaptar la revisión judicial al contexto único de cada caso.

Aunque la narrativa dominante captura gran parte del legado de *Oakes*, se pierde de lo que está en juego en muchos casos recientes de la sección 1 y, por implicación, cuál es el verdadero legado de *Oakes* y en qué se han retractado sobre ésta. En mi opinión, *Oakes* creó un enorme dilema institucional para la Corte, al establecer un conflicto entre la demanda de pruebas definitivas para respaldar cada etapa del análisis de la sección 1 y la realidad de la formulación de políticas en condiciones de incertidumbre fáctica. Y, por lo tanto, su legado es que la pregunta central de

[20] Por ejemplo, véanse Beatty (1990), Mendes (1990; 2005, p. 47), Elliot (1991, p. 83), Knopff y Morton (1992, pp. 45-47), Lajoie y Qullinan (1992, p. 285), Dassios y Prophet (1993, 289) Hiebert (1996), Roach (2001, Bredt y Dodek (2001, 175), Kelly (2005).

la sección 1 es cómo la Corte debe distribuir el riesgo de la incertidumbre fáctica cuando los gobiernos legislan en condiciones de información imperfecta. *RJR-MacDonald vs. Canadá (Fiscal General)*[21] es el caso crucial aquí, porque puso de manifiesto cómo el debate central en muchos casos de la sección 1 es la calidad del registro probatorio. Pero no sólo la Corte no ha reconocido esto como una cuestión central; no ha podido adoptar un enfoque coherente de cómo responderlo.[22] Dos ejemplos que se encuentran en el corazón de esta contranarrativa son *Thomson Newspapers Co. vs. Canadá (Fiscal General)*[23] y *Harper vs. Canadá (Fiscal General)*.[24] Aunque estos casos han atraído la mínima atención de los académicos constitucionales por su mayor importancia para la comprensión de la Corte del papel judicial bajo la Carta, merecen una gran atención, puesto que demuestran que existe otro legado de *Oakes*.[25]

Entender que estos problemas son el legado de *Oakes* permite ver los juicios *fuera* del contexto de la sección 1 bajo una luz diferente. En la conclusión se vinculará mi contranarrativa con la decisión de la Corte en *Chaoulli vs. Quebec (Fiscal General)*,[26] en la cual anuló la prohibición de Quebec al seguro médico privado. Aunque el enfoque principal de *Chaoulli* fue la sección 7, lo leí a través del lente del problema general de cómo crear una revisión judicial en una democracia que protege los derechos, cuando los gobiernos a menudo legislan con información imperfecta. En ese caso, ni la mayoría ni los ministros disidentes lo entendieron en esos términos. Como consecuencia, se hicieron la pregunta equivocada. Comprender bien el legado de *Oakes* los habría llevado a evitar ese error.

---

[21] [1995] S.C.J. No. 68, [1995] 3 S.C.R. 199 [en adelante RJR-MacDonald].
[22] Como ilustran las decisiones de la Corte en *R. vs. Malmo-Levine*, [2003] S.C.J. No. 79, 2003 SCC 74 [Malmo-Levine] y *R. vs. Labaye*, [2005] S.C.J. No. 83, 2005 SCC 80, surgen preguntas similares fuera del contexto de la sección 1 y la Corte también ha enviado señales contradictorias allí.
[23] [1998] S.C.J. No. 44, [1998] 1 S.C.R. 877 [en adelante, *Thomson Newspapers*].
[24] [2004] S.C.J. No. 28, [2004] 1 S.C.R. 827 [en adelante, *Harper*].
[25] Las excepciones incluyen Hogg (1997, sec. 35, 4), Charney (2004), Charney y Green (2006), Lamer (1994, pp. 582-583).
[26] [2005] S.C.J. No. 33, 2005 S.C.C. 35 [en adelante, *Chaoulli*].

B. La narrativa dominante

Los detalles de la narrativa dominante son ampliamente conocidos. La sección 1 estaba en juego en una serie de sentencias tempranas de la Carta, en las que la Corte ofreció algunas observaciones preliminares sobre cómo interpretaría la disposición.[27] Pero no fue hasta 1986 que la Corte dedicó una atención sostenida a la sección 1 en un par de sentencias dictadas con 10 meses de diferencia. En *Oakes*, el ministro presidente Dickson estableció el marco analítico que rige la interpretación de la sección 1 que, a pesar de dos décadas de elaboración, calificación y modificación doctrinal, todavía proporciona el marco básico dentro del cual se conduce el análisis de limitaciones. En *Oakes,* se afirma que las partes que buscan defender una violación de derechos deben cumplir con un examen de cuatro fases. Primero, la razón de la violación de los derechos debe ser "apremiante y sustancial",[28] lo que implica que el objetivo legislativo debe promover los valores de la "sociedad libre y democrática" a los que se refiere el texto de la sección 1. Estos valores abarcan un amplio conjunto de valores, pero no todos estos incluidos, los cuales subyacen a los derechos de la Carta, que también están garantizados por la sección 1 y, por ese motivo, son las razones exclusivas que pueden justificar su limitación.[29] Los siguientes tres pasos, en conjunto, constituyen el conocido examen de proporcionalidad. Por lo tanto, debe haber una "conexión racional" entre la medida que infringe los derechos y el objetivo, interpretado por la Corte en *Oakes* como la exigencia de que los medios elegidos estén "cuidadosamente diseñados" para minimizar los problemas de sobreinclusión. Además, la medida debe ser el medio menos restrictivo

[27] Estas primeras sentencias fueron de *Quebec (Fiscal General) vs. Asociación de las Juntas Escolares Protestantes de Quebec*, [1984] S.C.J. No. 31, [1984] 2 S.C.R. 66; *Singh; Big M y B. C. Referencia a Vehículos Motorizados*.

[28] *Oakes*, p. 138.

[29] *Id.*, están enumerados los valores de una sociedad libre y democrática en el famoso pasaje (p. 136): "La Corte debe guiarse por los valores y principios esenciales para una sociedad libre y democrática que creo que encarnan, por nombrar solo algunos, el respeto a la dignidad inherente de la persona humana, el compromiso con la justicia social e igualdad, la conciliación de una amplia variedad de creencias, el 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".

—es decir, el medio que menoscaba el derecho "lo menos posible"— para lograr el objetivo del gobierno. Finalmente, los efectos nocivos de la medida deben ser proporcionales a la importancia del objetivo.[30] Sobre los hechos del mismo *Oakes*, la Corte consideró una impugnación a una disposición que revierte la carga de la prueba, la cual se presumía la intención de traficar narcóticos por el mero hecho de la posesión. La Corte consideró que el objetivo subyacente a la disposición —proteger a la sociedad de los males del narcotráfico— era apremiante y sustancial (aunque desconcertante, no intentó vincular este objetivo con los valores de una sociedad libre y democrática). Pero la disposición falló en el examen de conexión racional porque era demasiado inclusiva, ya que ésta infirió la intención de tráfico en casos de posesión en los que dicha intención no estaba presente.

El mensaje claro enviado por *Oakes* es que establece un "estándar estricto de justificación".[31] Por lo tanto, los derechos son la norma y de importancia presunta y no pueden limitarse a menos que se cumplan "los criterios excepcionales que justifican su limitación".[32] Lorraine Weinrib observó correctamente que en *Oakes*, "el Estado rara vez satisface la justificación de la sección 1 porque la ley suprema establece que ciertos derechos y libertades deben honrarse en el curso normal" (Weinrib, 1988, p. 492).[33] Al respecto, *Oakes* confirmó las opiniones de los comentaristas que escribieron, antes de la sentencia, que el historial de la redacción de la sección 1 demostró una intención legislativa de que la disposición se interprete estrictamente en beneficio de los demandantes de derechos (Christian, 1982, p. 107; Conklin, 1982, pp. 81-82). Además, aunque *Oakes* declaró que "la naturaleza del examen de proporcionalidad variará dependiendo de las circunstancias",[34] estaba enmarcado en términos

[30] *Id.*, p. 140.
[31] *Id.*, p. 136.
[32] *Id.*, p. 137.
[33] Para una visión similar, pero crítica, de las implicaciones de la rigurosidad de *Oakes*, véase Chapman (1986, p. 867).
[34] *Oakes*, p. 139.

abstractos que no invitaban a los tribunales a distinguir su aplicación en futuras apelaciones que pudieran diferir radicalmente del mismo *Oakes*, ya sea con respecto a los derechos en juego o respecto al contexto político.

Pero menos de 10 meses después de *Oakes*, siguió *R. vs. Edwards Books & Art Ltd*,[35] en el que superficialmente la Corte invocó y aplicó Oakes como precedente. Sin embargo, a pesar de que el ministro presidente Dickson redactó ambas sentencias, *Edwards Books* fue radicalmente diferente. Los cambios clave se referían a la conexión racional y los componentes de mínima interferencia del análisis de proporcionalidad. Como en *Oakes* se había interpretado el requisito de ajuste entre los medios y los fines para evitar la sobreinclusión legislativa, se pensó que lo mismo se aplicaría a los problemas de subinclusión legislativa. *Edwards Books* presentó dos brechas de este tipo entre fines y medios legislativos, porque a pesar del objetivo general de proporcionar un día de descanso común, la legislación sólo se aplicaba al sector minorista e, incluso allí, contenía excepciones significativas. Pero la Corte respondió justificando el alcance limitado de la legislación, sugiriendo que una legislatura podría restringir sus esfuerzos a sectores "en los que parece haber preocupaciones particularmente urgentes o a grupos que parecen especialmente necesitados" y, en general, que "las elecciones legislativas sobre formas alternativas de regulación empresarial [...] no necesitan ajustarse con gran precisión para poder resistir el escrutinio judicial", ya que "la simplicidad y la conveniencia administrativa son preocupaciones legítimas".[36] Ahora la pregunta obvia era por qué los mismos tipos de argumentos no podrían haberse utilizado en *Oakes*, dada la utilidad obvia de revertir la carga de la prueba para la efectividad de la persecución penal. Pero en *Edwards Books* no se desaprobó explícitamente el caso *Oakes* ni se explicó por qué debería operar de manera tan diferente en ese contexto.

[35] [1986] S.C.J. No. 70, [1986] 2 S.C.R. 713 [en adelante, *Edwards Books*].
[36] *Id.*, p. 772.

Y el mismo tipo de preguntas surgieron del análisis de interferencia mínima de la Corte. Nuevamente, sin un reconocimiento explícito, la Corte modificó *Oakes*, estipulando que la medida impugnada sólo necesita interferir en los derechos de la Carta "tan poco como sea razonablemente posible" y preguntando "si hay algún esquema alternativo razonable", en vez de si la medida elegida era la menos intrusiva disponible.[37] La Corte luchó abiertamente con las diversas compensaciones involucradas en las alternativas a la ley de cierre en domingo. Por lo tanto, la Corte argumentó que el derecho de un empleado a rechazar trabajar los domingos lo haría preso de "la sutil presión coercitiva que un empleador puede ejercer sobre un empleado".[38] También era indeseable una exención completa para los minoristas que podrían demostrar "una creencia religiosa sincera que los obliga a cerrar sus tiendas en un día que no sea domingo".[39] Significaría que los empleados del sector minorista —un grupo particularmente vulnerable— tendrían pocas opciones realistas más que trabajar los domingos, y la legislatura tenía derecho a dar prioridad a los intereses de los empleados al observar un día de descanso común sobre los intereses comerciales de los empleadores. Además, la exención requeriría una investigación desagradable realizada por el Estado sobre las creencias religiosas y, nuevamente, éste tenía derecho a preferir un esquema que fuera menos integral pero que evitara dicho proceso. Y, además de las razones particulares de la apelación, *Edwards Books* declaró de manera más general que "los tribunales no están llamados a sustituir las opiniones judiciales por las legislativas" que, "por su naturaleza, la legislación debe, hasta cierto punto, atravesar las circunstancias individuales para establecer reglas generales", y esa deferencia fue ordenada para que la Carta no "se conviertiera simplemente en un instrumento de los individuos mejor situados para hacer retroceder la legislación que tiene como objetivo mejorar la condición de las personas menos favorecidas".[40] Aunque la Corte no llegó a la etapa de la mínima interferencia del análisis

[37] *Id.*, p. 772.
[38] *Id.*, p. 773.
[39] *Id.*, p. 773.
[40] *Id.*, p. 782, 777 y 779.

de proporcionalidad en *Oakes*, una vez más, la pregunta surgida por *Edwards Books* fue por qué factores similares no fueron siquiera señalados por la Corte unos meses antes.

Los comentaristas académicos rápidamente notaron que algo se avecinaba.[41] Robin Elliot observó que cuando "*Oakes* fue emitido, la decisión pareció resolver lo que se había convertido en una pregunta problematica y muy importante: ¿cómo se aplicaría la sección 1 de la Carta?", pero que en Edwards Books se dejó muy en claro "que la Corte está lejos de *ad idem* sobre la cuestión de cómo se aplicará la sección 1" (Elliot, 1987, p. 339). Aunque *Oakes* pretendía ser de "alcance integral", Elliot anticipadamente sugirió que "es realmente vaga la posibilidad de que veamos un enfoque único y uniforme para la sección 1 emergente de la Corte en el futuro previsible" (Elliot, 1987, p. 340). Andrew Petter y Patrick Monahan fueron aún más lejos, argumentando que "los jueces han retrocedido en todo, excepto en las trampas formales del examen de *Oakes*" (Petter y Monahan,1988, p. 66). El resultado neto fue que la Corte

> todavía tiene el estricto examen de *Oakes* colocado en el estante, esperando ser desempolvado para ser usado en el momento apropiado […] cada vez que la Corte quiera revocar una ley, [pero] por el otro lado, cuando están lidiando con una ley con la que son relativamente empáticos, la Corte puede retirarse y, básicamente, permitir que la legislatura haga lo que quiera (Petter y Monahan, 1988, p. 95).

Claramente, la Corte necesitaba explicar exactamente cómo *Oakes* y *Edwards Books* encajan. Y la literatura académica ofreció algunas sugerencias preliminares. Elliot sugirió, por ejemplo, que el enfoque estricto de la conexión racional en *Oakes* puede haber derivado de la consecuencia de la sobreinclusión, "que personas inocentes pueden ser condenadas por un delito grave" (Elliot, 1987, p. 318). Presumiblemente, las apues-

[41] Compare Hutchison (1995, pp. 50-55) y Bakan (1997, pp. 27-30), enfatizan la indeterminación del examen de Oakes, una visión que parece minimizar las diferencias entre éste y Edwards Books.

tas eran un poco menores en *Edwards Books*, que surgieron fuera del contexto penal. En una línea similar, Petter y Monahan observaron astutamente que la Corte era mucho menos deferente en sus casos penales de la Carta, en comparación con aquellos de contexto no penal, y que mientras "los casos en los que la retórica y las razones de la Corte han sido más deferentes han sido casos no penales[…] la Corte ha seguido operando sobre la base del paradigma desarrollado en sus primeros casos" en el área de derecho penal (Petter y Monahan,1988, pp. 68-69). La lógica de este patrón de decisiones, sugirieron, podría derivarse de la evaluación de la Corte de que "la supervisión del proceso penal es un elemento esencial en el menú judicial", y la Corte puede en estos casos "mantener la ilusión de que el poder judicial está eligiendo entre el estado y el individuo, en lugar de entre los intereses en competencia de individuos o grupos", mientras que los casos no penales plantearon "cuestiones generales de política social" en las que "las compensaciones inherentes a los litigios de derechos son más visibles" (Petter y Monahan,1988, p. 69).

La Corte ofreció una respuesta parcial a estas críticas académicas (aunque sin citarlas) en *Irwin Toy* y casos posteriores. Hasta cierto punto, simplemente continuó la tendencia no anunciada, pero transparente, hacia la deferencia, al adoptar interpretaciones menos estrictas de los primeros dos pasos del examen de Oakes en casi todos los casos que se presentaron antes (Elliot, 1987, pp. 139-144). La necesidad de un "objetivo apremiante y sustancial" que promoviera los valores de una sociedad libre y democrática establecida en *Oakes* fue reemplazada silenciosamente por el requisito menos exigente de que el objetivo sea simplemente "válido"[42] o "suficientemente importante".[43] De hecho, dado que *Oakes* y *Edwards*

[42] *R. vs. Whyte*, [1988] S.C.J. No. 63, [1988] 2 S.C.R. 3.

[43] *Referencia re ss. 193 y 195. 1(1)(c) del Código Penal (Man.)*, [1990] S.C.J. No. 52, [1990] 1 S.C.R. 1123 [en adelante, *Referencia de la Prostitución*]. Sin embargo, algunas decisiones más recientes apuntan a una aplicación más exigente de este requisito del examen de *Oakes*. En *R. vs. Advance Cutting y Coring Ltd.*, [2001] S.C.J. No. 68, 2001 SCC 70 [en adelante, *Advance Cutting*], la Corte rechazó una impugnación constitucional al sistema singular de negociación colectiva que rige a la industria de la construcción de Quebec. Los empleadores sólo pueden contratar trabajadores que tengan un certificado de competencia y el régimen otorga a cinco sindicatos el monopolio para

Books no lograron conectar los objetivos de las medidas impugnadas en esas apelaciones con los valores de una sociedad libre y democrática, este movimiento casi no fue una sorpresa. De modo similar, la necesidad de un diseño legislativo cuidadoso para minimizar la posibilidad de sobreinclusión y subinclusión en la etapa de conexión racional —aplicada por

---

emitir estos certificados. Para obtener un certificado, la legislación exige que el trabajador se una a alguno de los cinco sindicatos reconocidos legislativamente. Además, la legislación establece cuotas regionales en cuanto al número máximo de certificados que se pueden emitir. La mayoría argumentó que el propósito de este régimen era llevar la paz a la industria de la construcción y que los medios elegidos cumplieron con el examen de proporcionalidad. Los ministros disidentes (redactado por el ministro Bastarache) rechazaron este objetivo, sobre la base de que en Oakes se ordenó a los tribunales de revisión que consideraran "el objetivo de la legislación tal como se encuentra hoy", en oposición a las razones históricas por las cuales fue promulgada (párrafo 45). El ministro Bastarache luego rechazó dos objetivos contemporáneos para la legislación —"tener una negociación colectiva estructurada y estipular requisitos de competencia" —porque no podía aceptar "que estos son los verdaderos objetivos de la legislación" (párrafo 46). El ministro Bastarache entonces no encontró una conexión racional entre la membresía obligatoria al sindicato y cuotas regionales y los supuestos objetivos de la legislación. Lo que faltaba en su análisis es lo que él consideró que eran realmente los verdaderos objetivos, y cómo les fue a estos objetivos bajo el análisis de *Oakes*. Una forma plausible de leer el juicio es que el ministro Bastarache consideró que el verdadero objetivo subyacente a las medidas impugnadas de otorgar un monopolio a un número limitado de sindicatos de la construcción y restringir la oferta de trabajadores de la construcción a cambio de paz laboral, y que este objetivo era insuficientemente importante bajo *Oakes*. La legislación, en otras palabras, era una forma de legislación ilegítima de intereses especiales que protegía los intereses de cinco sindicatos de la construcción de la competencia económica sin compensación al interés público.

Figueroa vs. Canadá, [2003] S.C.J. No. 37, 2003 SCC 37 [en adelante, *Figueroa*], de igual forma, se puede leer de manera similar. Estaba bajo impugnación un umbral de 50 candidatos para que los partidos políticos fueran registrados. Los partidos registrados poseen el derecho de emitir recibos deducibles de impuestos de donaciones recibidas fuera del periodo electoral y el de extender a los candidatos el derecho a transferir al partido fondos electorales no gastados. Además, los candidatos de los partidos registrados pueden incluir su afiliación partidista en la boleta electoral. La Corte no encontró una conexión racional entre estas medidas y los objetivos pretendidos subyacentes al esquema: mejorar la efectividad del proceso electoral, proteger la integridad del régimen de financiación electoral y aumentar la posibilidad de un Parlamento estable. El fracaso de la Corte de no encontrar una conexión racional, por supuesto, sugiere que el verdadero objetivo puede haber sido bastante diferente —proteger a los partidos políticos más grandes de la competencia *electoral* en detrimento del interés público—. Y Figueroa se puede leer como respaldando que ese objetivo no puede justificar una limitación en la sección 3. En otras palabras, Figueroa sostiene que la Carta prohibirá los bloqueos democráticos.

Además, la Corte reafirmó sus precedentes iniciales en los que se considera que los objetivos discriminatorios (*Big M*) y consideraciones fiscales (*Singh, B.C. Referencia a los Vehículos Motorizados*) son insuficientemente importantes para justificar la limitación de los derechos de la Carta: Vriend vs. Alberta, [1998] S.C.J. No. 29, [1998] 1 S.C.R. 493 [en adelante, Vriend], las razones disidentes de la ministra L'Heureux-Dubé en *Nueva Escocia vs. Walsh*, [2002] S.C.J. No. 84, [2002] 4 S.C.R. 325 [en adelante, *Walsh*] (objetivos discriminatorios) y *Nueva Escocia (Junta de Indemnización de Trabajadores) vs. Martin: Nueva Escocia (Junta de Indemnización de Trabajadores) vs. Laseur*, [2003] S.C.J. No. 54, [2003] 2 S.C.R. 504 (consideraciones fiscales). Pero la Corte ha dejado la puerta abierta a emergencias fiscales que se consideran como razones legítimas para limitar los derechos de la Carta: *Terranova (Junta del Tesoro) vs. N.A.P.E.*, [2004] S.C.J. No 61, [2004] 3 S.C.R. 381.

Oakes, pero luego diluida por *Edwards Books*— fue reemplazada por el requisito mucho menos oneroso de que los medios elegidos simplemente promueven el objetivo legislativo.[44]

Pero fue principalmente el desarrollo del examen de interferencia mínima lo que impulsó la jurisprudencia. Aquí, la Corte reconoció explícitamente que se había alejado, y continuaría alejándose, de la rigurosidad de *Oakes*. Sin embargo, en lugar de adoptar una desmovilización general en todos los casos —como lo hizo con respecto a las dos primeras etapas del examen de *Oakes*—, trató de establecer una serie de distinciones categóricas para identificar casos en los que debería deferir bajo la sección 1, preguntándose sólo si se podría decir que el gobierno tenía una "base razonable"[45] para concluir que había interferido en el derecho lo menos posible y aquellos en los que no debería (Lokan, 1992, p. 163). La Corte se basó en un conjunto diverso de criterios que a menudo se superponían en casos individuales, proporcionando múltiples motivos para la deferencia.[46]

Una estrategia era diferenciar diversas áreas de política basadas en la ventaja institucional comparativa o relativa pericia judicial. Por lo tanto,

---

[44] *Rocket vs. Royal College of Dental Surgeons de Ontario*, [1990] S.C.J. No. 65, [1990] 2 S.C.R. 232 [en adelante, *Rocket*]. También véase Hogg (1992). Sin embargo, en tres conjuntos recientes de casos, la Corte se ha alejado de la visión deferencial de "racionalidad mínima" del examen de conexión racional y ha adoptado un enfoque más estricto: a) situaciones de omisión legislativa o subinclusión, en las que la exclusión de los demandantes de derechos de un régimen legislativo, según los beneficios, se consideró que no sostiene una conexión racional con los objetivos del esquema en su conjunto: *M. vs. H.*, [1999] S.C.J. No. 23, [1999] 2 S.C.R. 3 y las razones disidentes de la ministra L'Heureux-Dubé en Walsh; b) casos en los que los medios elegidos realmente causarían el daño que la legislación busca curar: véanse las razones disidentes de los ministros Cory y Iacobucci en *Delisle vs. Canadá (Fiscal General Adjunto)*, [1999] S.C.J. No. 43, [1999] 2 S.C.R. 989, y las razones concurrentes de la Ministra L'Heureux-Dubé en *Dunmore vs. Ontario (Fiscal General)*, [2001] S.C.J. No. 87, [2001] 3 S.C.R. 1016 [en adelante, *Dunmore*], y c) casos relacionados con la restricción del derecho de voto garantizado por la sección 3, en los que los medios sólo son inteligibles sobre la base de supuestos que comunican una falta de respeto por la democracia: *Sauvé vs. Canadá (Director General Electoral)*, [2002] S.C.J. No. 66, [2002] 3 S.C.R. 519 [en adelante, *Sauvé*]. Este desarrollo garantiza un análisis más profundo que el que se puede proporcionar aquí, particularmente dado que la versión de "racionalidad mínima" del examen de conexión racional todavía es utilizado de manera rutinaria por la Corte.

[45] *Irwin Toy,* p. 994.

[46] Para una predicción temprana de que esto sucedería, véase Finkelstein (1983-4). Para un análisis desconcertante de los 11 años de la jurisprudencia de la sección 1 posterior a *Oakes*, que omite la discusión detallada de estas distinciones doctrinales, véase Trakman, Cole-Hamilton y Gatien (1998, p. 83).

en *Irwin Toy*, la Corte indicó que no deferiría en el contexto de la justicia penal o, para ese asunto, siempre que "el propósito del gobierno se relacione con el mantenimiento de la autoridad e imparcialidad del sistema judicial", debido a su "experiencia acumulada en lidiar con tales cuestiones".[47] De hecho, el Poder Judicial es un actor del gobierno central en el sistema de justicia penal. Por el contrario, la Corte carece de experiencia relativa vis a vis con otras ramas del gobierno en otros contextos, por ejemplo, las relaciones laborales o la regulación comercial. Esta distinción explicaba los enfoques discrepantes de la Corte en *Oakes* (un caso de derecho penal) y *Edwards Books* (que se refería a la regulación de la industria minorista). También tuvo en cuenta la posterior deferencia de la Corte bajo la sección 1 en dos decisiones que surgen en el contexto de las relaciones laborales, *McKinney vs. University of Guelph*[48] y *Advance Cutting*, en las que la Corte extendió su deferencia histórica a las juntas laborales y árbitros, a la política laboral establecida legislativamente —y, en este último caso, la necesidad única de garantizar la paz laboral en el sector de la construcción de Quebec—.

Una segunda estrategia consistía en diferenciar los casos de acuerdo con los *intereses en competencia* en juego, según la teoría de que tanto el rango como el peso relativo de los diferentes intereses deberían guiar la elección del estándar de la Corte. En una lectura, la distinción penal versus la no penal en *Irwin Toy* fue representativa de este conjunto subyacente de consideraciones. Por lo tanto, en el contexto del derecho penal, el Estado es "el antagonista singular" del demandante de derechos, en el que el Estado actúa "en nombre de toda la comunidad".[49] Por el contrario, en otras situaciones, el Estado intenta mediar en "reclamos competitivos entre diferentes grupos".[50] Aquí se reclama que cuando actúa en nombre de *terceros* cuyos intereses se oponen a los del demandante de derechos,

[47] *Irwin Toy*, p. 994.
[48] [1990] S.C.J. No. 122, [1990] 3 S.C.R. 229 [en adelante, *McKinney*].
[49] *Irwin Toy*, p. 994.
[50] *Id.*, p. 993.

los intereses de estos individuos son un contrapeso legítimo a los derechos de los demandantes de la Carta. La idea es que algunas reclamaciones exitosas de la Carta tienen costos reales para intereses importantes de individuos identificables a quienes el Estado actúa para proteger. Hacer cumplir la Carta no es, por lo tanto, gratuito en términos humanos reales —las demandas de derechos son redistributivas y producen ganadores y perdedores—. La sentencia constitucional es una forma de equilibrio de intereses que es difícil de distinguir en muchos casos de la asesoría de la deferencia de la toma de decisiones legislativas. En contraste, cuando el Estado promueve los intereses de la "comunidad", las demandas exitosas aparentemente no imponen los mismos costos, y el equilibrio se inclina más en favor del demandante de derechos. La justicia penal cae en la primera categoría, mientras que la política social y económica, en la segunda. *Edwards Books*, *McKinney* y *Advance Cutting* pueden explicarse como casos en los que la Corte decidió deferir en la presencia de intereses en competencia, y *Oakes* como un caso en el que la falta de deferencia es atribuible a la ausencia de intereses en competencia.

Esta estrategia generó una serie de variaciones. Por ejemplo, la Corte argumentó que los intereses de terceros cuentan aún más como motivo de deferencia cuando éstos son *grupos vulnerables* a cuyos intereses el Estado otorga prioridad o a quienes protege (Colker, 1992, p. 77).[51] Por lo tanto, la Corte ha deferido cuando la legislación protege a los empleados (*Slaight Communications Inc. vs. Davidson*),[52] o al menos a aquellos que son "poco calificados, no sindicalizados y con poca educación"

[51] También se deduce que, cuando la legislación perjudica a los miembros de un grupo vulnerable, la Corte debería mostrar menos deferencia bajo la sección 1. Se puede argumentar que esta posición fue adoptada y aplicada por la Corte en *U.F.C.W., Local 1518 vs. KMart Canadá*, [1999] S.C.J. No. 44, [1999] 2 S.C.R. 1083 [en adelante, *KMart*], en el que la Corte se negó a deferir respecto a una prohibición legislativa sobre la protección secundaria, entre otras cosas, porque "los que están sujetos a la restricción legislativa […] forman un grupo vulnerable en la sociedad canadiense" (párrafo 68). Véase también las razones disidentes de la ministra L'Heureux-Dubé en *Adler vs. Ontario*, [1996] S.C.J. No. 110, [1996] 3 S.C.R. 609; la disidencia conjunta de los ministros Cory y Iacobucci en *Delisle vs. Canadá (Fiscal General Adjunto)*, [1999] S.C.J. No. 43, [1999] 2 S.C.R. 989; las razones disidentes de la ministra presidenta en *Lavoie vs. Canadá*, [2002] S.C.J. No. 24, [2002] 1 S.C.R. 769 [en adelante, *Lavoie*].

[52] [1989] S.C.J. No. 45, [1989] 1 S.C.R. 1038.

(*Edwards Books*)[53] y menores de edad (*Irwin Toy, R. vs. Sharpe*).[54] Se puede argumentar que, aunque no se invoque explícitamente, esta consideración también puede explicar la deferencia de la Corte a las medidas que describió como protectoras de los intereses de los miembros de las minorías raciales y religiosas (*R. vs. Keegstra*)[55] y las mujeres (*R. vs. Mayordomo*[56]).[57] Otro aspecto de esta línea de análisis fue centrarse en el equilibrio de intereses en el contexto de la asignación de recursos públicos escasos, una situación a la que se aludía en el propio *Irwin Toy*. Por lo tanto, en *McKinney,* una razón ofrecida por la Corte para rechazar la impugnación constitucional a las políticas de jubilación obligatoria de una universidad fue que una razón para la jubilación obligatoria era dar a las universidades flexibilidad para distribuir los recursos escasos entre los profesores "para mejorar y mantener su capacidad de buscar y mantener la excelencia".[58] Con *McKinney* también se introdujo la muy criticada doctrina del incrementalismo, según la cual los recursos escasos cuentan como una razón para deferir, a fin de permitir que la legislatura "tratara los problemas paso a paso" en lugar de obligarla "a lidiar con todos los aspectos de un problema a la vez".[59] La aplicación más infame de esta doctrina fue el voto concurrente del ministro Sopinka en *Egan vs. Canadá*,[60] en el que sostuvo que la negación de la seguridad para la vejez a las parejas del mismo sexo era mínimamente perjudicial porque "equiparar a las parejas del mismo sexo con los cónyuges heterosexuales, casados o en concubinato, todavía se consideran un concepto novedoso".[61] Una variación final de este enfoque fue elevar los intereses de terceros al ámbito

[53] Edwards Books, nota superior 37, en 778.
[54] [2001] S.C.J. No. 3, [2001] 1 S.C.R. 45 [en adelante, *Sharpe*].
[55] [1990] SCJ No. 131, [1990] 3 SCR 697 [en adelante, *Keegstra*].
[56] [1992] S.C.J. No. 15, [1992] 1 S.C.R. 452 [en adelante, *Butler*].
[57] Además, los miembros de la Corte han sugerido que los fumadores, que tienden a ser "los jóvenes y los menos educados", también deben ser considerados como un grupo vulnerable (RJR-MacDonald, párrafo 66 [por el ministro La Forest]), al igual que los consumidores de cigarrillos, porque "la sofisticación de las campañas publicitarias […] crea un enorme diferencial de poder entre estas empresas y los consumidores de tabaco" (RJR-MacDonald, párrafo 76).
[58] McKinney, p. 286.
[59] *Id.*, p. 317-18.
[60] [1995] S.C.J. No. 43, [1995] 2 S.C.R. 513 [en adelante, *Egan*].
[61] *Id.*, p. 576. Este aspecto de *Egan* fue revocado por la Corte en *Vriend*.

constitucional, para que el Estado pueda verse como protector de sus derechos de la Carta limitando los derechos de la Carta de otros. Entonces Keegstra puede entenderse como un caso en el que la legislación protegía los derechos a la libertad de expresión de las minorías raciales y religiosas protegiéndolas del daño del silenciamiento, y *Edwards Books* como un caso en el que la legislación de cierre en domingo protegía el derecho a la libertad de religión de los empleados minoristas sobre la observancia del domingo.

Una tercera estrategia, que surgió de la segunda, fue rebajar la importancia del derecho constitucional en juego. Del mismo modo que los intereses de terceros podrían contrarrestar las demandas de los reclamantes de derechos, estos últimos podrían ser más fáciles de sopesar si son menos importantes. La Corte desarrolló este enfoque a partir del enfoque útil de interpretación de derechos establecido en *Big M*, en el que la interpretación del alcance de un derecho de la Carta procede del recuento de los intereses que debe proteger. La Corte argumentó que, dado que algunas actividades protegidas tenían una conexión atenuada con estos intereses, garantizaba una menor protección constitucional. Esta línea de análisis se desarrolló principalmente en el contexto de la libertad de expresión, en el que la Corte distinguió entre la expresión central y la periférica. Los intereses subyacentes a la sección 2(b) son la búsqueda de la verdad, la participación en la toma de decisiones sociales y políticas y la realización personal. La Corte consideró que la expresión comercial (*Irwin Toy*,[62] *Rocket*, *Referencia a la Prostitución*, *Butler*), el discurso de odio (*Keegstra, Canadá, Comisión de Derechos Humanos, vs. Taylor*,[63] *Ross vs. Escuela de Nuevo Brunswick del Distrito No. 15*),[64] la difamación (*Hill vs. Iglesia de la Cienciología*,[65] *R. vs. Lucas*)[66] y la expresión sexualmente explícita (*Butler, Sharpe, Little Sisters Book y Art Emporium vs.*

[62] Como lo leyó la Corte Suprema en Rocket, p. 251.
[63] [1990] S.C.J. No. 129, [1990] 3 S.C.R. 892.
[64] [1996] S.C.J. No. 40, [1996] 1 S.C.R. 825.
[65] [1995] S.C.J. No. 64, [1995] 2 S.C.R. 1130.
[66] [1998] S.C.J. No. 28, [1998] 1 S.C.R. 439.

Canadá)[67] son periféricos a los intereses protegidos por la sección 2(b) y, en consecuencia, desencadenan la deferencia en la sección 1. Por implicación, el discurso político se encuentra en el núcleo de la sección 2(b) (*Thomson Newspapers, Harper*) y las leyes que lo restringen no garantizan alguna deferencia. El carácter comercial de operar el domingo un establecimiento minorista también pareció llevar a la Corte, en *Edwards Books*, a tratar la demanda de derechos como de menor valor.

Este elaborado conjunto de categorías y distinciones moldeó la cultura del argumento constitucional durante muchos años. Pero ha generado una serie de problemas. El primero fue que la Corte no ha seguido sus propios esquemas. En particular, a pesar del caso *Irwin Toy*, decidió deferir en casos de derecho penal. Quizás los ejemplos más vívidos son una serie de apelaciones en las cuales regresó, en las impugnaciones constitucionales, a las disposiciones sobre la reversión de la carga de la prueba, a pesar de que había revocado dicha disposición en *Oakes*. En *R. vs. Chaulk*,[68] la Corte confirmó la presunción que establece que un acusado es mentalmente sano hasta que se demuestre lo contrario y, al hacerlo, no aplicó *Oakes* sino *Edwards Books*. De hecho, en realidad amplió *Edwards Books*, al aclarar que la pregunta bajo la mínima interferencia era si había un medio menos intrusivo disponible que "lograría el mismo objetivo de manera tan efectiva" como la medida impugnada.[69] Aunque la Corte citó a *Irwin Toy*, no se refirió a la distinción que estableció entre asuntos penales y no penales, y mucho menos intentó aplicarlo. La concurrencia del ministro Iacobucci en el confuso conjunto de sentencias en *R. vs. Wholesale Travel*[70] tiene un enfoque similar. Pero tal vez la sentencia más sorprendente es *R. vs. Downey*,[71] en la cual la Corte confirmó una disposición en la que se revierte la carga de la prueba, en gran medida idéntica a la que fue impugnada en *Oakes* —que presumía que se vive de la prosti-

[67] [2000] S.C.J. No. 66, [2000] 2 S.C.R. 1120.
[68] [1990] S.C.J. No. 139, [1990] 3 S.C.R. 1303 [en adelante, *Chaulk*].
[69] *Id.*, p. 1341.
[70] [1991] S.C.J. No. 79, [1991] 3 S.C.R. 154.
[71] [1992] S.C.J. No. 48, [1992] 2 S.C.R. 10.

tución por el hecho de vivir con una prostituta—. No es sorprendente que la ministra McLachlin, en desacuerdo, argumentara que en *Oakes* se quiso establecer que la ley era inconstitucional porque era sobreinclusiva. Pero la mayoría —sin siquiera citar a *Irwin Toy*—declaró lisa y llanamente que "el Parlamento no está obligado a elegir la alternativa menos intrusiva".[72]

Más recientemente, la Corte *no* ha deferido en los casos en que se enfrentaba claramente a una legislación que ponderaba intereses económicos en conflicto. Considere *M. vs. H*. Aunque la Corte reconoció que debería deferir "cuando la legislación impugnada implique la ponderación de demandas de grupos en competencia", concluyó que "éste no es un caso así", ya que "ningún grupo estará en desventaja al otorgarle a los miembros de parejas del mismo sexo acceso a […] la manuntención conyugal".[73] Pero si bien es cierto que extender el régimen de manuntención conyugal a las parejas del mismo sexo no perjudica los intereses de las parejas del sexo opuesto, sí afecta la dinámica económica y el equilibrio de poder de las relaciones del mismo sexo. De hecho, precisamente por esa razón, H. se opuso a la impugnación constitucional de M. Otro ejemplo es *Dunmore*. La Corte pareció razonar que, dado que la deferencia estaba justificada cuando la legislatura actúa en nombre de un grupo vulnerable, no se requiere deferencia cuando la legislatura está ponderando los intereses de dos grupos vulnerables diferentes —en *Dunmore*, las familias agricultoras y los trabajadores agrícolas—. Sin embargo, incluso si hubiera grupos vulnerables en ambos lados de la ecuación —de tal manera que la vulnerabilidad sale de la mesa como una razón para la deferencia— en *Irwin Toy*, la existencia de intereses en competencia por sí solos es una razón para la deferencia.[74] De hecho, al respecto, es difícil cuadrar la falta de deferencia en *Dunmore* con *McKinney* y *Advance Cutting*.[75]

---

[72] *Id.*, p. 37.
[73] *M. vs. H.*, párrafo 126.
[74] Sin embargo, compárese *Auton vs. Columbia Británica*, [2004] S.C.J. No. 71, 2004 S.C.C. 78, en el que la Corte aplicó incorrectamente la sección 15 posiblemente porque no deseaba ingresar al nido de avispas de la asignación de recursos en la atención médica.
[75] *KMart* es posiblemente diferente, debido a la presencia del interés público en la libertad de expresión en el contexto de piquetes secundarios de una huelga.

Pero quizás un problema más serio que surgió es que las distinciones hechas por la Corte eran insostenibles. Esto fue más evidente en el contexto de la libertad de expresión.[76] Recuerde que la Corte había clasificado la expresión política como expresión central digna del más alto nivel de protección constitucional. Pronto se hizo evidente que la expresión, que la Corte había clasificado como periférica, era posiblemente de carácter político. De hecho, los debates sobre cómo clasificar la expresión fueron centrales en la política doctrinal de cada apelación. En *Butler*, por ejemplo, la Asociación de Libertades Civiles de la Columbia Británica, como parte interviniente, argumentó que, dado que "las normas, comportamientos e identidades sexuales influyen en la estructura de la vida política", la expresión sexualmente explícita era de hecho una forma de expresión política (Gotell, 1997, p. 76). Esta demanda ha sido promovida con mayor fuerza por las minorías sexuales, quienes argumentan que las representaciones dominantes de la sexualidad son parte integral de una cultura de discriminación. Este punto de vista estaba en el centro de la presentación hecha por los apelantes y los intervinientes LEAF y EGALE en *Little Sisters*. Un ejemplo aún más claro es el discurso de odio, cuyo carácter político es difícil de disputar, a pesar de su contenido odioso Braun (2004). De hecho, el desacuerdo entre la mayoría y la disidencia y Keegstra se centró en gran medida en si el discurso de odio debe entenderse como una expresión política y, por lo tanto, como situado en el núcleo de la sección 2(b). Como la ministra McLachlin escribió en disidencia, "la experiencia muestra que en casos reales puede ser difícil trazar la línea entre el discurso que tiene valor para la democracia o los problemas sociales y el discurso que no lo tiene".[77]

Incluso en el contexto del discurso comercial, la sentencia de la mayoría presentada por la ministra McLachlin en *RJR-MacDonald* ofreció un apoyo bastante calificado para las declaraciones tempranas de la Corte en *Butler* y la *Referencia de la Prostitución* con respecto a la naturaleza

[76] Para una visión útil general, véase Roach y Schneiderman (2005, pp. 257-323).
[77] *Keegstra*, nota superior 66, en 842.

periférica de la publicidad. Por lo tanto, afirmó que era "posiblemente menos importante que algunas formas de discurso [y] puede ser más fácil de justificar que otras infracciones", y luego procedió a explicar el valor positivo para los consumidores de publicidad de tabaco, enfatizando que el discurso comercial, en general "no debe descartarse a la ligera".[78] El ministro LeBel en *R. vs. Guignard*[79] fue aún más lejos y reconoció "el valor sustancial" de la expresión comercial debido a "la naturaleza misma de nuestro sistema económico, el cual se basa en la existencia del libre mercado [y] la operación ordenada de ese mercado depende de que las empresas y los consumidores tengan acceso a información abundante y diversa".[80] Por último, la Corte se ha negado a otorgar menor protección constitucional a la expresión económicamente motivada en el contexto de las relaciones laborales, en un par de decisiones sobre los piquetes secundarios de una huelga, *KMart y R.W.D.S.U., Local 558 vs. Bebidas de Canadá Pepsi-Cola (Oeste)*.[81] El hecho de que los intereses económicos motivan el piquete de los empleados, no justifica la deferencia, porque las condiciones de trabajo y los términos de empleo "informan la identidad, la salud emocional y el sentido de autoestima [y] pueden impactar en la vida personal de los trabajadores incluso fuera de su horario laboral".[82]

E incluso si uno pone entre paréntesis el problema de cómo clasificar los diferentes tipos de expresión, surge otro problema. En varios casos que involucran restricciones a la libertad de expresión, las consideraciones sobre la pregunta de la deferencia apuntan en direcciones opuestas. Por un lado, ciertos tipos de discurso se han criminalizado con la posibilidad de encarcelamiento y, por lo tanto, en *Irwin Toy* destaca el más alto nivel de revisión bajo la sección 1. Pero, por otro lado, el discurso en

[78] *RJR-MacDonald*, nota superior 22, en párrafos 170, 171 y 170 (énfasis agregado).
[79] [2002] S.C.J. No. 16, 2002 SCC 14.
[80] *Id.*, párrafo 21. Para una crítica temprana del valor positivo atribuido por la Corte a la expresión comercial, véase Schneiderman (1996, p. 165).
[81] [2002] S.C.J. No. 7, [2002] 1 S.C.R. 156. Hablando estrictamente, ésta fue una sentencia de derecho común, pero el desarrollo del derecho común fue fundado en la Carta.
[82] *Id.*, párrafos 33 y 34.

muchos casos ha sido periférico, el cual defiende la deferencia. Así, la naturaleza periférica de la expresión sexualmente explícita fue reconocida en *Butler* y *Sharpe* y, del discurso de odio en *Keegstra*, como razón para la deferencia. Asimismo, en la *Referencia de la Prostitución*, el ministro presidente Dickson señaló que "difícilmente se puede decir que las comunicaciones sobre una transacción económica de sexo por dinero se encuentran en el núcleo, o incluso cerca, de la garantía de la libertad de expresión"[83] y deferida por esa razón. Así, también en *Butler*, en el que la Corte razonó que "el hecho de que el material objetivo sea una expresión motivada, en la abrumadora mayoría de los casos, por el beneficio económico",[84] reforzó el caso para la deferencia. Pero en ninguno de estos casos la Corte reconoció el hecho de que la naturaleza penal de la prohibición consinderada contra la deferencia, por sí sola no proporciona algún criterio adicional para resolver el conflicto entre la orientación proporcionada por su jurisprudencia anterior. Esto es aún más extraño dado que, en el propio *Irwin Toy*, se planteó este problema, ya que involucraba la regulación del discurso comercial (garantizando deferencia) a través de un régimen que creaba sanciones penales, incluido el encarcelamiento (no garantizando deferencia), aunque por medio de la ley provincial.

Las dificultades planteadas por *Keegstra*, la *Referencia de la Prostitución*, *Butler*, *Sharpe* y el mismo *Irwin Toy* señalan quizás el problema más fundamental de todos: la distinción entre el derecho penal y otras áreas de la política pública como determinante de la deferencia. El caso en el que la Corte enfrentó directamente este problema fue *RJR-MacDonald*, en el que las restricciones a la publicidad del tabaco estaban respaldadas por sanciones penales. Pero, como señalaron los ministros, tanto en la mayoría como en la disidencia, la legislación *también* equilibró intereses en competencia, en lugar de simplemente señalar al Estado como el antagonista singular del individuo. El ministro La Forest enumeró los intereses

[83] *Referencia a la Prostitución*, p. 1135.
[84] *Butler*, p. 501.

relevantes que expresaron opiniones durante las deliberaciones legislativas en torno a la adopción de la legislación impugnada: "medicina, transporte, publicidad, derechos de los fumadores, derechos de los no fumadores y producción de tabaco".[85] El ministro La Forest defirió estupendamente en su disidencia y, obviamente, vio el carácter penal de la legislación como no dispositivo. A pesar de que la ministra McLachlin no defirió, ella reconoció el desafío fundamental de entender la legislación simultáneamente como penal y como manera de ponderar los intereses en competencia planteado para *Irwin Toy*. Ella observó que "tales distinciones pueden no ser siempre fáciles de aplicar", ya que "el derecho penal generalmente se considera que involucra una disputa entre el Estado y el acusado, pero también implica una asignación de prioridades entre el acusado y la víctima, real o potencial".[86] En otras palabras, dado que los crímenes no son sin víctimas, las leyes penales, necesaria e inevitablemente, ponderan los intereses en competencia de las víctimas y los acusados. De hecho, uno podría llevar esta línea de análisis un paso más allá y argumentar que, en muchos casos, el derecho penal es una forma de legislación protectora diseñada para ayudar a grupos vulnerables y, de hecho, los intereses de la Carta (por ejemplo, la integridad física) de esos grupos. Quizá los ejemplos principales son los delitos sexuales, cuyas víctimas son abrumadoramente mujeres y menores de edad. El hecho de que la Corte no haya apreciado estos puntos en *R. vs. Seaboyer*,[87] *R. vs. O'Connor*,[88] y *R. vs. Daviault*[89] condujo al Parlamento a elaborar respuestas legislativas para resaltar estos hechos, claramente con el objetivo de ordenar a la Corte que defiera en futuras impugnaciones constitucionales.[90]

---

[85] *RJR-MacDonald*, párrafo 70.
[86] *Id.*, párrafo 135.
[87] [1991] S.C.J. No. 62, [1991] 2 S.C.R. 577 [en adelante, *Seaboyer*].
[88] [1995] S.C.J. No. 98, [1995] 4 S.C.R. 411 [en adelante, *O'Connor*].
[89] [1994] S.C.J. No. 77, [1994] 3 S.C.R. 63 [en adelante, *Daviault*].
[90] La respuesta a *Seaboyer* y *O'Connor*, Bill C-46, S.C. 1997, c. 30, abrió su preámbulo con los siguientes pasajes:

"CONSIDERANDO que el Parlamento de Canadá sigue profundamente preocupado por la incidencia de la violencia y abuso sexuales en la sociedad canadiense y, en particular, la prevalencia de la violencia sexual contra mujeres y menores de edad;

Entonces, en resumen, la narrativa dominante del legado de *Oakes* es el surgimiento y el colapso de categorizaciones simples y dicotómicas destinadas a ayudar a la Corte a calibrar el grado de deferencia de acuerdo con las características particulares de cada caso. Una evidencia interesante de apoyo es que en la jurisprudencia reciente rara vez se ve la cita del famoso pasaje en *Irwin Toy*, mientras que era común que todo el pasaje se reprodujera en los años inmediatamente posteriores a ese juicio, como una especie de piedra de Rosetta para la sección 1. Si estuviéramos, hasta la fecha, frente a la muerte del enfoque categórico de la sección 1, esto sería con *Thomson Newspapers* en 1998. En ese caso, la mayoría de los miembros de la Corte estuvo de acuerdo con el escepticismo de la ministra McLachlin hacia la distinción categórica de Irwin Toys entre la legislación penal y la no penal, y fue más allá, al afirmar

---

CONSIDERANDO que el Parlamento de Canadá reconoce que la violencia tiene un impacto particularmente desventajoso en la igualdad de participación de mujeres y menores de edad en la sociedad y en los derechos de las mujeres y los menores de edad a la seguridad de la persona, la privacidad y el igual beneficio de la ley, como lo garantizan las secciones 7, 8, 15 y 28 de la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades*;

CONSIDERANDO que el Parlamento de Canadá tiene la intención de promover y ayudar a garantizar la plena protección de los derechos garantizados por la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades* para todos, incluidos aquellos acusados, y aquellos que son o pueden ser víctimas, de violencia o abuso sexuales;

CONSIDERANDO que los derechos garantizados por la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades* están garantizados por igual para todos y, en caso de conflicto, esos derechos deben ser ajustados y reconciliados en la mayor medida posible;

Proyecto de ley C-72, S.C. 1995, c. 32, la respuesta a *Daviault* contenía un lenguaje similar en su preámbulo:

CONSIDERANDO que el Parlamento de Canadá reconoce que la violencia tiene un impacto particularmente desfavorable en la participación igualitaria de mujeres y menores de edad en la sociedad y en los derechos de las mujeres y los menores de edad a la seguridad de la persona y para la igual protección y beneficio de la ley garantizados por las secciones 7, 15 y 28 de la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades*;

CONSIDERANDO que el Parlamento de Canadá reconoce que existe una estrecha asociación entre la violencia y la intoxicación y le preocupa que la intoxicación auto-inducida pueda usarse social y legalmente para excusar la violencia, particularmente la violencia contra mujeres y menores de edad;

[…]

CONSIDERANDO que el Parlamento de Canadá desea promover y ayudar a garantizar la plena protección de los derechos garantizados bajo las secciones 7, 11, 15 y 28 de la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades* para todos los canadienses, incluidos aquellos que son o pueden ser víctimas de violencia [...]".

Para comentarios sobre el Proyecto de ley C-72 que enfatiza la importancia del preámbulo para futuros litigios constitucionales, véase Grant (1996, p. 379).

que "nada […] sugiere que haya una categoría de casos en los que un nivel más bajo de justificación bajo la sección 1 se aplica, y otra categoría en la que se aplica un estándar más alto".[91] Pero aunque las categorías se han derrumbado, éstas han sobrevivido como *factores* que dirigen, pero no determinan, el enfoque judicial en los casos individuales. Y así, Thomson Newspapers reestructura muchas de las distinciones categóricas desarrolladas por la Corte como factores para ser sopesadas y ponderadas, sin algún criterio claro en cuanto a su relación y prioridad relativa. El resultado es una investigación altamente basada en el contexto. Las categorías, sin éxito en sus propios términos, han pavimentado el camino para el *contexto* como la nueva piedra angular de la sección 1.

C. La contranarrativa

La narrativa dominante tiene sentido en gran parte de los últimos 20 años de trabajo con *Oakes*; pero se pierde otro legado de *Oakes*, que es de igual y creciente importancia.

Esta contranarrativa comienza con el propio *Oakes*. En muchos sentidos, la centralidad de *Oakes* en la experiencia evolutiva de la Corte con la Carta es confusa, dada la historia procesal del caso. Como mencionan Robert Sharpe y Kent Roach (2003, 332-336) en *Brian Dickson: la travesía de un* juez, *Oakes* se presentó ante la Corte como una apelación penal común y corriente. El litigio del tribunal inferior no dio indicios de la enorme importancia del caso, por lo que, como era de esperarse, ningún fiscal general intervino. Además, dado que la Corte no había determinado antes de la audiencia que este sería el caso en el que estableciería el examen de la sección 1, y la propia postura de la Corte sobre el papel de los intervinientes en los casos de la Carta todavía estaba en su infancia y era un tema de debate interno considerable, la cuestión de programar una nueva audiencia e invitar a las presentaciones de las partes intervinientes

[91] *Thomson Newspapers*, párrafo 90.

sobre este punto central ni siquiera surgió.[92] Por lo que se dejó a las partes presentar argumentos ante la Corte. Pero en la medida en que las partes abordaran cuestiones del método constitucional, se centraron en gran medida en la interpretación de la sección 11(d), ya que éste también fue el primer caso relacionado con esa disposición. Dedicaron poca atención a la pregunta metodológica de cómo debe interpretarse la sección 1. La audiencia también se centró en la sección 11(d). E incluso en la conferencia posterior a la audiencia, la sección 1 se consideró como un problema. Fue sólo más tarde que el ministro presidente Dickson decidió abordar la sección 1, trabajando en estrecha colaboración con sus secretarios proyectistas (Joel Bakan y Colleen Sheppard) y el director jurídico ejecutivo (Jim McPherson).

En este contexto procesal, y con 20 años de retrospectiva, es cuestionable si la Corte fue sabia al tachar tan audazmente como lo hizo en *Oakes*.[93] Además de establecer un examen riguroso de justificación, Oakes también hizo central a lo *empírico* en cada etapa del examen. Como dijo la Corte en un pasaje ampliamente ignorado: "Cuando se requiere evidencia para poder probar los elementos constitutivos del examen sobre la sección 1, y este será generalmente el caso, debe ser convincente y persuasivo y dejar en claro a la Corte las consecuencias de imponer o no imponer el límite".[94]

---

[92] Compare el enfoque posterior de la Corte en *R. vs. Stillman*, [1997] S.C.J. No. 34, [1997] 1 S.C.R. 607, que también surgió como una apelación común y corriente ss. 8 y 24(2), con presentaciones de las partes solamente. Después de la audiencia inicial (el 26 de enero de 1996), los ministros decidieron que necesitaban una nueva audiencia con el beneficio de las presentaciones de los intervinientes, sospecho porque surgieron desacuerdos en la Corte sobre cómo interpretarlas s. 24(2). Después, la Corte emitió la siguiente orden (el 24 de mayo de 1996):
"En vista de la importancia de las cuestiones planteadas sobre los hechos de esta apelación que, en algunos aspectos, invitan a una reconsideración de los principios establecidos con respecto a la aplicación de la sección 24(2) de la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades* y, en vista del hecho de que esta apelación fue escuchada por siete Ministros sin representación de ningún interviniente, se ordenó una nueva audiencia, para ser escuchados por el pleno de la Corte durante la sesión de otoño.
En la nueva audiencia (el 7 de noviembre de 1996), hubo 11 intervinientes en total, incluidos muchos fiscales generales provinciales".

[93] Para otras dudas sobre *Oakes*, véanse Blache (1991, 437), Siebrasse (1991, 99) y Friedland (2004, pp. 445-453).

[94] *Oakes*, p. 138.

Este pasaje parece haber sido pasado por alto en la literatura académica. Además, ha sido citado poco por la Corte —sólo en cuatro casos de la Carta,[95] mientras que *Oakes* ha sido citado por la Corte en 152 sentencias posteriores—.[96] Pero esto se vuelve cada vez más importante para la jurisprudencia de la Corte; la responsable de llamar su atención sobre este tema ha sido la ministra presidenta McLachlin. Como explicó en *RJR-MacDonald*, el examen de *Oakes* establece un proceso de "demostración razonada", en lugar de simplemente aceptar lo que dicen los gobiernos.[97] Con esto, ella quiso decir que "el examen de la sección 1 es, por su propia naturaleza, un examen de hechos específicos".[98] Y continuó:

> Al determinar si el objetivo de la ley es lo suficientemente importante como para ser capaz de anteponerse a un derecho garantizado, la Corte debe examinar el *objetivo real* de la ley. Al determinar la proporcionalidad, debe determinar la *conexión real* entre el objetivo y lo que la ley *de hecho logrará*; el *grado real* en que interfiere en el derecho; y si el *beneficio real,* que se calcula la ley debe lograr, supera la *gravedad real* de la limitación del derecho. En resumen, la sección 1 es un ejercicio basado en los hechos de la ley en cuestión y la prueba ofrecida de su justificación, no en abstracciones.[99]

Más tarde, en Sauvé, la ministra presidenta McLachlin se basó en estos temas. Ella sostuvo que los gobiernos que buscan justificar la negación del derecho al voto a los prisioneros bajo la sección 1 no pueden basarse en "objetivos vagos y simbólicos", como inculcar el respeto al Estado de derecho.[100] Más bien, los derechos sólo pueden limitarse justificadamente

---

[95] *RWDSU c. Saskatchewan*, [1987] S.C.J. No. 8, [1987] 1 S.C.R. 460; *Referencia sobre la Ley de Relaciones con los Empleados del Servicio Público (Alta.)*, [1987] S.C.J. No. 10, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. vs. Jones*, [1986] S.C.J. No. 56, [1986] 2 S.C.R. 284; *PSAC vs. Canadá*, [1987] S.C.J. No. 9, [1987] 1 S.C.R. 424.

[96] Basado en una búsqueda por palabra clave de *Oakes* en la base de datos de la Corte Suprema de Canadá el 14 de abril de 2006.

[97] *RJR-MacDonald*, párrafo 129.

[98] *Id.*, párráfo133.

[99] *Id.* (énfasis añadido).

[100] *Sauvé*, párrafos 21-22.

en respuesta a problemas o daños concretos, precisos y reales cuya existencia puede demostrarse a satisfacción de un tribunal por medio del proceso de juicio normal.

No hace falta decir que en *Oakes* no había tal expediente de hechos ante la Corte, porque no se les avisó a las partes que debían producir uno. Para comprender por qué *Oakes* pudo haber sido imprudente, imagínese si la Corona *hubiera* conocido los requisitos del examen de antemano e intentara aportar pruebas suficientes para justificar la disposición impugnada. ¿Habría sido posible proporcionar evidencia que cumpla con el estándar de prueba civil exigido por *Oakes* con respecto a cada elemento constitutivo del examen? En particular, ¿habría sido posible demostrar definitivamente que los medios elegidos interfirieron mínimamente en el derecho a ser presumidos inocentes, es decir, que otros medios menos intrusivos no hubieran sido igualmente efectivos? De hecho, ¿qué *tipo* de prueba habría sido suficiente? El enigma planteado por esta hipótesis es, de hecho, un problema más general que ha surgido como una característica central de la adjudicación de la Carta. La política pública, a menudo, se basa en aproximaciones y extrapolaciones de la evidencia disponible, inferencias de datos comparativos y, en ocasiones, incluso conjeturas informadas. En ausencia de un experimento de política a gran escala, esta es toda la evidencia que probablemente esté disponible. El ministro La Forest ofreció una observación en *McKinney* que suena a verdad: "las decisiones sobre tales asuntos deben ser inevitablemente el producto de una mezcla de conjeturas, conocimiento fragmentario, experiencia general y conocimiento de las necesidades, aspiraciones y recursos de la sociedad".[101]

En otras palabras, el enfoque de *Oakes* para interpretar la sección 1 ha creado inconscientemente un gran dilema institucional para la Corte, dada la realidad práctica de que las políticas públicas a menudo se basan

[101] *McKinney,* p. 304.

en un conocimiento incompleto. En muchos casos importantes, las disputas sobre límites justificables a los derechos de la Carta han sido disputas *factuales* sobre la naturaleza de los problemas sociales y la efectividad de los instrumentos de política del gobierno para combatirlos. A pesar de que nunca se ha enmarcado de esta manera, la pregunta básica en estos casos es la misma: ¿quién debería asumir el riesgo de la incertidumbre empírica con respecto a la actividad del gobierno que infringe los derechos de la Carta? Ésta se ha convertido en una de las preguntas no articuladas pero centrales en los litigios de la Carta. Ha dado lugar a una extensa jurisprudencia y es uno de los principales legados de *Oakes*.

Una respuesta sería que en un régimen constitucional basado en los derechos, en el que estos últimos son la regla y de presunta importancia, las limitaciones a los derechos son la excepción, los gobiernos tienen la carga de la prueba para justificar la defensa de las medidas que infringen los derechos, y el Estado es quien corre el riesgo de la incertidumbre empírica. Pero establecer esa vara tan alta a los gobiernos quizá sea pedirles demasiado. Puede ser simplemente imposible probar con certeza científica que los medios elegidos para combatir el problema realmente lo harán, y que otros medios menos intrusivos para abordarlo son igualmente efectivos. Como escribió el ministro La Forest en su voto disidente en *RJR-MacDonald*, exigir a los gobiernos que corran el riesgo de la incertidumbre empírica "podría tener el efecto de paralizar virtualmente la operación del gobierno[…] será imposible gobernar […] no sería posible hacer decisiones legislativas difíciles pero a veces necesarias. Se le conferiría a los tribunales un papel de supervisión sobre un estado en sí mismo esencialmente inactivo".[102] Y, por lo tanto, otra respuesta sería que los tribunales no exijan a los gobiernos que aporten mucho en la forma de un expediente de hechos. Pero esto podría entenderse como que el requisito es que los límites razonables sean "demostrablemente justifica-

[102] *RJR-MacDonald*, p. 67.

dos", establecidos en el propio texto de la propia sección 1, y pedir a los tribunales que acepten el dicho de los gobiernos sobre la existencia de problemas de política pública y la eficacia relativa de los instrumentos de política al tratar con ellos.

La Corte ha logrado un compromiso entre estos dos extremos. En los casos en que haya evidencia conflictiva o no concluyente de las ciencias sociales, la pregunta es si el gobierno tiene una "base razonable" para concluir que existe un problema real, que los medios elegidos lo resolverían y que infringen el derecho lo menos posible.[103] Se entiende que este estándar espera algo menos de los gobiernos que una prueba científica definitiva. Pero una falta absoluta de evidencia es inaceptable; debe haber alguna base objetiva para la política pública.

Un par de ejemplos explican cómo han funcionado estos principios en la práctica. En *Irwin Toy*, la Corte confirmó una ley de Quebec que prohíbe la publicidad dirigida a menores de 13 años, sobre la base de que los menores no podían distinguir los hechos de la ficción y eran susceptibles de manipulación. La evidencia ante la Corte demostró claramente que los menores entre las edades de 2 y 6 años no podían distinguir los hechos de la ficción, mientras que la opinión de los expertos se dividió en qué punto entre los 7 y los 13 años "los menores generalmente desarrollan la capacidad cognitiva para reconocer la naturaleza persuasiva de la publicidad".[104] Sin embargo, esta evidencia, aunque no concluyente, fue suficiente para la Corte. Como se dijo, la edad límite de 13 años se hizo "sin acceso a un conocimiento completo", pero siempre y cuando "la legislatura haya realizado una evaluación razonable de dónde se dibuja la línea más adecuadamente, especialmente si esa evaluación implica sopesar evidencia científica conflictiva […] no corresponde al tribunal adivinar. Eso sólo sustituiría una estimación por otra".[105] Por el contrario,

[103] *Irwin Toy*, p. 994.
[104] *Id.*, p. 989.
[105] *Id.*, p. 990.

en *Ford vs. Quebec*,[106] la Corte se enfrentó a un requisito general que establecía que la señalización comercial en Quebec sólo se hiciera en francés. La Corte sostuvo que si bien el expediente probatorio era suficiente para demostrar la importancia del objetivo del gobierno, había una completa ausencia de evidencia sobre la cuestión crítica de si "el requisito del uso del francés sólo es necesario para el logro del objetivo legislativo o proporcional a él".[107] Como consecuencia, la Corte determinó que el Gobierno no había cumplido con su carga de justificación según la sección 1.[108]

Como *Irwin Toy* y *Ford* ilustran, el examen de "base razonable" se ha elaborado en gran medida en el contexto de los casos sobre libertad de expresión. La Corte ha rechazado la moral convencional como una justificación aceptable para limitar la libertad de expresión, optando, en su lugar, por el principio sobre que el discurso sólo puede limitarse si es perjudicial. Richard Moon lo denomina útilmente como el "enfoque conductual", ya que sugiere que la expresión alentará a los oyentes a actuar de manera nociva (Moon, 2000, pp. 70-75). Esta elección interpretativa ha tenido el efecto inesperado de encerrar a la Corte en una búsqueda de evidencia de los daños reales y concretos del discurso prohibido. Las dificultades que esto le ha creado la han hecho volver a sus decisiones sobre pornografía y discurso de odio. Incapaz de confiar en justificaciones basadas en la moral para estas leyes, la Corte se ha enfrentado a la ausencia de evidencia definitiva que demuestre que estas formas de expresión son perjudiciales. Wayne Sumner ha revisado recientemente la evidencia empírica disponible y concluyó que "la evidencia confiable

[106] [1988] S.C.J. No. 88, [1988] 2 S.C.R. 712 [en adelante, *Ford*].
[107] *Id.*, p. 717.
[108] Véase también *Tétrault-Gadoury vs. Canadá (Comisión de Empleo e Inmigración)*, [1991] S.C.J. No. 41, [1991] 2 S.C.R. 22, en el que la Corte consideró inconstitucional una edad límite de 65 años para recibir los beneficios del seguro de desempleo. Una razón ofrecida en defensa del límite para evitar el abuso por parte de personas que ya no tenían la intención de buscar empleo. Al determinar que el limite era inconstitucional, la Corte señaló que el gobierno federal no había aportado ninguna prueba para confirmar sus declaraciones.

sobre el daño es relativamente escasa" (Sumner, 2004, p. 181).[109] Así que no es sorprendente que la Corte haya tenido que alterar el estándar de prueba. En tres de sus decisiones de pornografía (*Butler*, *Sharpe*, *Little Sisters*), ha podido señalar *algunas* pruebas de ciencias sociales que satisfacen el examen de base razonable. Y, en los casos de discurso de odio (*Keegstra*, *Ross*), en los que dicha evidencia estaba completamente ausente, la Corte ha confiado en la "experiencia y el sentido común"[110] y "la razón o la lógica"[111] para cerrar la brecha empírica. Además, el sentido común y la lógica se utilizaron en dos de las decisiones de pornografía (*Butler*, *Sharpe*), como apoyo adicional para la conclusión de que el discurso era perjudicial.[112]

En conjunto, la Corte denomina este enfoque como el examen de "temor razonable de daño". Pero aunque ha sido unánime al aceptar el examen de base razonable para evaluar la evidencia no concluyente de las ciencias sociales, y al permitir que los gobiernos confíen en el sentido común o la lógica para superar las brechas probatorias, ha habido desacuerdos importantes en casos recientes sobre los límites de estas doctrinas. Significativamente, estas divisiones en la Corte no se han centrado en el tipo de problemas que surgieron de las distinciones categóricas que desarrolló en *Irwin Toy* y otros casos. Por ejemplo, no hay desacuerdo en estos casos sobre cómo clasificar el discurso en cuestión o sobre si deferir bajo la intereferencia mínima.

Entonces, ¿cuál es la base del desacuerdo? En algunos casos, el desacuerdo se ha centrado en qué tipo de *inferencias* pueden formular los gobiernos

---

[109] Esta evidencia se revisa en el capítulo 5 de su trabajo. En ausencia de evidencia confiable sobre el daño, Summer concluye que *Keegstra, Taylor, Butler y Little Sisters* y *Sharpe* se decidieron erróneamente.

[110] *Sharpe*, párrafo 94.

[111] *RJR-MacDonald*, párrafo 154.

[112] La posición de la ministra presidenta McLachlin sobre las circunstancias bajo las cuales la Corte puede confiar en la razón o la lógica parece haber evolucionado con el tiempo. Por lo tanto, en *RJR-MacDonald*, pareciera que sugiere que se requería *alguna* evidencia (que denominó como "evidencia menos directa" en el párrafo 156). Pero en *Sharpe* estaba claramente dispuesta a cerrar la brecha empírica incluso en ausencia de evidencia, aunque había alguna evidencia no concluyente disponible, lo que lo hacía innecesario, estrictamente hablando.

basándose en evidencia no concluyente. La discrepancia más famosa ocurrió en RJR-MacDonald y se centró en el vínculo entre la publicidad y el consumo de tabaco, dada la ausencia de evidencia definitiva que vincule a los dos. La Corte se dividió sobre si los gobiernos tenían derecho a inferir que dicho vínculo existía entre el uso generalizado de la "preferencia de marca" y la publicidad "informativa" por parte de las compañías tabacaleras. El ministro disidente, La Forest, estaba dispuesto a inferir que al convencer a los fumadores de no dejar de serlo, estos anuncios tuvieron el efecto de mantener los niveles de consumo, mientras que la ministra McLachlin se negó a hacerlo.[113]

La Corte también se ha dividido sobre las circunstancias en las cuales es apropiado aplicar la "lógica" o el "sentido común" para superar la ausencia de evidencia. Lo que es particularmente interesante es que se ha dividido sobre esta cuestión en dos casos relacionados con la expresión política, *Thomson Newspapers* y *Harper*. Desde la vista privilegiada de las categorías de deferencia establecidas en *Irwin Toy* y las decisiones posteriores, éstos fueron casos fáciles, porque la expresión política está en el núcleo de la sección 2(b) y es una instancia clara en la que los gobiernos deben ser sometidos a un estricto estándar de revisión. Aunque la Corte acordó que el discurso político estaba en discusión, estaba profundamente dividida sobre cómo abordar la falta de pruebas definitivas para las premisas fácticas subyacentes a las leyes impugnadas. Aunque estos casos han atraído la mínima atención de los académicos constitucionales por su importancia más amplia para la comprensión de la Corte de la función judicial bajo la Carta, son dignos de mucha atención porque señalan que hay otro legado de *Oakes*.

En el corazón de la decisión emitida por la mayoría en T*homson Newspapers* estaba la preocupación de que un enfoque demasiado amplio para cerrar

[113] En mi opinión, esa decisión fue impulsada en gran medida por la negativa del fiscal general de Canadá a revelar a la Corte un estudio que examina la efectividad comparativa de una prohibición parcial y completa de la publicidad del tabaco, lo que la llevó a realizar una inferencia adversa sobre que tal opción habría sido un medio igualmente efectivo para lograr el objetivo del gobierno (como se enfatizó en un voto concurrente separado del ministro presidente Lamer y del ministro Iacobucci).

las brechas empíricas, por medio de la notificación judicial, podría socavar por completo la idea de que los gobiernos sólo pueden limitar justificadamente los derechos constitucionales para responder a problemas reales. En consecuencia, la mayoría intentó establecer algunos límites sobre cuándo podría aceptar la existencia de daño sin evidencia. Ésta sugirió que su sentido común o enfoque lógico de la existencia de daño se aplicaba al discurso de odio y a la pornografía porque "la posibilidad de daño está dentro del conocimiento y la experiencia cotidianas de los canadienses o cuando la determinación de los hechos y los juicios de valor se superponen".[114] Por lo tanto, la mayoría se negó a inferir que del hecho de que las encuestas de opinión influyen en la elección de los votantes en las campañas electorales, las encuestas inexactas confunden a un gran número de votantes y tienen un impacto significativo en el resultado de una elección, "sin evidencia más específica y concluyente de ese efecto".[115] Por lo tanto, consideró inconstitucional una prohibición a la publicación de las encuestas de opinión pública dentro de los últimos tres días de una campaña electoral federal. El mensaje era que la pornografía y el discurso de odio estaban en una categoría especial y limitada.

Pero luego, en *Harper*, una Corte dividida ignoró esta limitación autoimpuesta y mantuvo las restricciones sobre los gastos de terceros durante las campañas electorales en vísperas de la última votación federal. Las justificaciones para las restricciones fueron promover el valor de la igualdad política (igualar la participación en el debate político, proteger el resultado de una elección de ser distorsionado por los gastos de terceros y salvaguardar la confianza del público en el proceso electoral) y proteger la integridad de los límites de gasto para candidatos y partidos políticos. La mayoría reconoció abiertamente que tanto el daño alegado como la eficacia de las respuestas legislativas a éste eran "difíciles, sino imposibles, de medir científicamente",[116] pero, no obstante, estaba dispuesto

[114] *Thomson Newspapers*, párrafo116.
[115] *Id.*, párrafo 117.
[116] *Harper*, párrafo 79.

a razonar que el daño existía y que la cura era efectiva. La disidencia, dirigida por la ministra presidenta McLachlin, argumentó que, en ausencia de evidencia, "los peligros planteados son completamente hipotéticos, no probados y especulativos [y] la legislación es una reacción exagerada a un problema inexistente", y no estaba dispuesta a contemplar el argumento del sentido común.[117]

Estos desacuerdos se han extendido a casos fuera del contexto de la libertad de expresión. Considérese a *Figueroa*, que se refería al derecho de voto protegido por la sección 3. La Corte determinó, por unanimidad inconstitucional, el umbral de 50 candidatos para que los partidos políticos federales se registren. Los partidos registrados tienen el derecho de emitir recibos deducibles de impuestos por donaciones recibidas fuera del periodo electoral y de extender a los candidatos el derecho de transferir los fondos electorales no gastados al partido. Además, los candidatos de partidos registrados pueden incluir su afiliación partidaria en una boleta electoral. Para el ministro Iacobucci (en nombre de seis miembros de la Corte), una consideración importante fue la falta de alguna evidencia que demuestre un vínculo entre estas medidas y dos de los objetivos declarados subyantes al esquema: mejorar la efectividad del proceso electoral y aumentar la posibilidad de un parlamento estable y una mejor gobernanza. Pero al ministro LeBel (en nombre de tres ministros) le resultó "difícil de imaginar cómo se podría probar empíricamente" que los parlamentos estables proporcionan una mejor gobernanza.[118] El segundo es *Lavoie*, en el que la Corte rechazó una impugnación de la sección 15 sobre las preferencias de contratación de ciudadanos canadienses en el servicio civil federal. Un elemento central del razonamiento de la ministra presidenta McLachlin en sus razones de disidencia (en nombre de dos ministros) fue que el gobierno no había aportado ninguna evidencia para demostrar una conexión racional entre la preferencia de contratación

[117] *Id.*, párrafos 34, 41 y 34.
[118] *Figueroa*, párrafo 181.

y los objetivos de alentar a los no-ciudadanos a naturalizarse y destacar el valor de la ciudadanía canadiense. Ella no estaba dispuesta a cerrar esta brecha a través de la razón, la lógica o el sentido común, a pesar de que las herramientas doctrinales estaban disponibles para que lo hiciera. Pero el ministro Bastarache (en nombre de cuatro ministros en la mayoría) estaba dispuesto a hacer precisamente eso.

En retrospectiva, puede haber sido imprudente que la Corte en *Oakes* haya estipulado que las evidencias para justificar la limitación de un derecho de la Carta deben ser "convincentes y persuasivas" en un caso en el que ningún gobierno haya intentado lidiar con este requisito y atraer la atención de la Corte sobre las dificultades que conlleva presentar tales pruebas. Es interesante especular cómo habría sido el examen de la sección 1 si hubiera otorgado otra audiencia a los intervinientes en *Oakes*, si *Edwards Books* hubiera sido resuelto primero o si *Oakes* y *Edwards* hubieran sido escuchados y redactados al mismo tiempo.

D. Conclusión. Reflexiones sobre *Chaoulli*

Durante las últimas dos décadas, la Corte ha luchado para llegar a un acuerdo con la tarea institucional que ella misma estableció en *Oakes*. En respuesta a la pregunta de quién corre el riesgo de la incertidumbre empírica con respecto a la actividad gubernamental que infringe los derechos de la Carta, el demandante de derechos o el gobierno, la respuesta ha sido, en efecto, ambos. Sin embargo, a pesar de que la Corte ha acordado este compromiso, persisten profundos desacuerdos a lo largo de esta delicada situación. La Corte aún tiene que determinar en qué circunstancias utilizará el sentido común, la razón o la lógica para subsanar una ausencia de evidencia y delinear cuándo permitirá extraer inferencias de evidencia no concluyente de las ciencias sociales.

Entender que este tipo de problemas es el legado de *Oakes* también permite ver las sentencias fuera del contexto de la sección 1 bajo una luz

diferente. Quiero concluir vinculando esta contranarrativa con *Chaoulli*, en el que la Corte anuló la prohibición de Quebec sobre el seguro médico privado. Aunque el foco del caso fue la sección 7, *Oakes* y la jurisprudencia tienen una relevancia obvia bajo la sección 1. Sin duda, las dos disposiciones tienen una relación complicada, ya que los principios de la justicia fundamental son un límite interno al alcance de la sección 7 que, en teoría, podría hacer parte del trabajo de la sección 1. La Corte recientemente diferenciar las dos disposiciones en *Malmo-Levine*, sugiriendo que:

> […] para que una regla o principio constituya un principio de justicia fundamental para los fines de la sección 7, debe ser un principio legal sobre el cual existe un consenso social significativo de que es fundamental para la forma en que el sistema legal debe funcionar de manera justa, y debe identificarse con suficiente precisión para producir un estándar manejable contra el cual medir las privaciones de vida, libertad o seguridad de la persona.[119]

Por el contrario, la pregunta en *Oakes* es bastante diferente. Desafortunadamente, la Corte no ha logrado minimizar por completo la superposición entre las dos disposiciones. El problema clave es que ha sostenido que la sección 7 protege a las personas de las privaciones "arbitrarias" de la vida, la libertad y la seguridad de la persona, cuando lo arbitrario se define como una privación que "no tiene relación, o es incompatible, con el objetivo que yace detrás de él".[120] Esto replica el análisis de "conexión racional" del examen *Oakes*, aunque de una manera muy deferente. Las razones del ministro presidente McLachlin en *Chaoulli* utilizan las dos disposiciones juntas al interpretar la arbitrariedad como una connotación de necesidad —exactamente el tipo de estudio ordenado por *Oakes*—. Este movimiento es directamente relevante para la interpretación

[119] *Malmo-Levine*, párrafo 113.
[120] *Rodríguez vs. Columbia Británica (Fiscal General)*, [1993] S.C.J. No. 94, [1993] 3 S.C.R. 519, p. 594-95, 619-20; *Malmo-Levine*, párrafo 135; *Chaoulli*, párrafo 130.

de los principios de justicia fundamental bajo la sección 7 y la jurisprudencia bajo la sección 1 posteriores a *Oakes*.

Entonces, ¿cómo mi contranarrativa de *Oakes* habría ayudado a la Corte en *Chaoulli*? En el debate sobre si los gobiernos deberían permitir que un sistema privado paralelo brinde servicios médicamente necesarios hay dos tipos de desacuerdos. El primero es de principio, sobre si las personas deberían poder comprar atención más rápida y de mayor calidad en el mercado privado. El segundo es el desacuerdo empírico sobre el impacto de un sistema privado paralelo a Medicare. Quebec defendió la prohibición del seguro privado sobre la base de que era necesaria para preservar la integridad del sistema público. Este reclamo fue el punto clave de desacuerdo entre las ministros de la mayoría y los disidentes y, de hecho, fue el foco de un extenso testimonio de expertos en el juicio. Los investigadores de servicios de salud declararon que un sistema privado paralelo reduciría el apoyo público al plan público debido a la posibilidad de salida. De hecho, los que tienen más probabilidades de salir —los ricos— también tienen el mayor poder para proteger el sistema público, porque son políticamente poderosos de forma desproporcionada. El tribunal de primera instancia también escuchó testimonios de que un sector privado conduciría a la pérdida de recursos humanos del sector público, ya sea si los médicos abandonan Medicare por completo o si los que ejercen en ambos sectores dan prioridad a sus pacientes privados. Finalmente, debido a que las aseguradoras privadas elegirían a los pacientes más saludables y ricos, el seguro público de salud se quedaría sosteniendo la bolsa de los más enfermos y los más pobres, sin la capacidad de diversificar el riesgo entre toda la población.

Pero había evidencia del otro lado. Un testigo experto y un informe interino preparado por la Comisión Permanente de Asuntos Sociales, Ciencia y Tecnología del Senado señalaron la coexistencia de los sectores público y privado en varios países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (por ejemplo, Reino Unido y Nueva Zelanda) para disputar la afirmación de Quebec de que una prohibición

de los seguros privados y un monopolio público eran necesarios para mantener la calidad de la atención en el sector público.

El juez de primera instancia tomó una decisión definitiva sobre una cuestión de hecho de que los temores de Quebec estaban bien fundados: "No podemos actuar como avestruces. El resultado de crear un sistema de salud privado paralelo sería amenazar la integridad, el buen funcionamiento y la viabilidad del sistema público".[121] Los disidentes en la Corte Suprema argumentaron que, en ausencia de un error palpable, la decisión sobre una cuestión de hecho del juez de primera instancia no podían ser perturbadas, y era igualmente cierto en sus conclusiones: "El no detener a las pocas personas con dinero no plantea una amenaza estructural para el plan de salud de Quebec. El no detener el seguro de salud privado, como lo señaló el juez de primera instancia, sí lo hará".[122]

Pero la mayoría no estuvo de acuerdo. La ministra Deschamps, escribiendo para sí misma, declaró que la sentencia del juicio "se basó únicamente en el 'miedo' a la erosión de los servicios",[123] y que "ningún estudio se produjo o se discutió"[124] que confirmara esta demanda. La ministra presidenta McLachlin fue aún más severa, caracterizando los argumentos empíricos en favor y en contra de la prohibición de Quebec a la atención médica privada como "argumentos de 'sentido común' competitivos pero no probados, que equivalen a poco más que afirmaciones de creencia".[125] "Estamos en el ámbito de la teoría", escribió.[126] El factor decisivo fue la evidencia de los países de la OCDE, la cual "refuta la afirmación teórica del gobierno de que la prohibición del seguro privado está vinculada al mantenimiento de una atención médica pública de calidad".[127]

---

[121] *Chaoulli vs. Quebec (Fiscal General)*, [2000] J.Q. no 479, párrafo 263.
[122] *Chaoulli*, párrafo 181.
[123] *Id.*, párrafo 68.
[124] *Id.*, párrafo 64.
[125] *Id.*, párrafo 138.
[126] *Id.*
[127] *Id.*, párrafo 149.

Subyacente a este desacuerdo fáctico había un grado notable de acuerdo sobre la naturaleza del papel judicial. La ministra presidenta McLachlin fue más clara afirmando que la tarea de los tribunales en las impugnaciones de la Carta a las políticas gubernamentales "es evaluar el problema a la luz, no sólo por el sentido común o la teoría, sino por la evidencia".[128] Los hechos comprobables y verificable impulsan la adjudicación; los jueces deben "observar la evidencia en lugar de suposiciones".[129] Y en su mayor parte, los ministros disidentes definieron su tarea como la producción de conclusiones firmes basadas en evidencia, que apuntaba en la dirección opuesta. Por lo tanto, las conclusiones definitivas del hecho del juez de primera instancia merecieron la deferencia de la Corte Suprema. Y el tratamiento que le dio la mayoría a los datos de la OCDE fue descartado como turismo aficionado de política pública. El supuesto de los ministros disidentes a mediante sus razones, como el de la mayoría, parecía ser que los gobiernos tenían que cumplir con un estricto examen de justificación; sólo diferían en si ese examen se había cumplido.

Pero, en un sentido importante, establecer la naturaleza de la revisión judicial de esta manera no permitió comprender el carácter del problema. El juez de primera instancia fue demasiado definitivo al concluir que la atención médica privada representaba una amenaza inequívoca para la viabilidad del sistema público, y así también, la mayoría consideró que no había evidencia sobre el tema. En realidad, la Corte estaba frente a un caso en el que la evidencia no era concluyente o conflictiva. Considérense los dos estudios más completos sobre la reforma de salud en los últimos años, la Comisión Romanow y el Comité Kirby. Sobre el impacto de un sistema privado paralelo para la atención de salud pública, ambos son equívocos. Por lo tanto, la Comisión Romanow afirma que "las instalaciones privadas […] *pueden*, en realidad, empeorar la situación para otros pacientes porque los recursos tan necesarios se desvían del sistema público de atención médica a instalaciones privadas" (Comisión sobre el

[128] *Id.*, párrafo 150.
[129] *Id.*, párrafo 152.

Futuro de la Atención Médica en Canadá, 2002, p. 139) (cursivas añadidas). El Comité Kirby también está calificado al emitir sus conclusiones, sugiriendo que "permitir un sistema privado paralelo[…] *puede* incluso empeorar las líneas públicas de espera" (Comité Permanente del Senado para Asuntos Sociales, Ciencia y Tecnología, 2002, p. 42) (cursivas añadidas).

Una vez que el problema se enmarca en estos términos, la relevancia directa y significativa de la contranarrativa de *Oakes* es obvia. De hecho, dado que la ministra presidenta McLachlin ha figurado de manera prominente en la jurisprudencia canadiense sobre la duda y la incertidumbre empírica —en *RJR-MacDonal*d, en *Sauvé*, en *Lavoie* y en *Harper*—, se hubiera esperado que este material estuviera al frente y al centro de su sentencia. Sorprendentemente, sin embargo, ella ni siquiera menciona, mucho menos se involucra, con estos casos. Y es también sorprendente que estos casos sólo aparecen de modo breve en el disenso.[130]

El completo fracaso de la Corte de citar, seguir o incluso intentar distinguir sus propios precedentes la llevó a cometer un error legal fundamental: planteó la pregunta equivocada. La pregunta *no* era si Quebec había demostrado de manera convincente que era necesaria una prohibición del seguro privado para mantener la integridad del seguro de salud público. Más bien, era si Quebec tenía un "temor razonable de daño" al considerar que abrir la puerta al seguro privado representaría una amenaza. En lugar de proceder con arrogante certeza, la Corte debería haber abordado la impugnación constitucional con dudas y modestia judicial. El simple desacuerdo con el gobierno de Quebec no fue suficiente. El estándar era si el gobierno de Quebec carecía de una "base razonable" sobre la cual proceder y si los materiales presentados como evidencia cumplían más allá con ese estándar atenuado. La indiferencia de la Corte por esta evidencia es sorprendente.

[130] *Chaoulli*, párrafo 176.

Si la Corte hubiera comprendido el verdadero legado de *Oakes*, tal vez podría haber evitado este serio error. Y si *Oakes* es un modelo comparativo para el análisis de proporcionalidad bajo otras constituciones que protegen los derechos, entonces este tipo de problemas no son particulares de Canadá. En términos más generales, lo llamativo de la recepción comparativa de *Oakes* es que ni la narrativa ni la contranarrativa del legado de la sentencia parecen haber viajado fuera de Canadá. Los tribunales extranjeros serían sabios si lidian con estas dificultades con el beneficio de dos décadas de reflexión por parte de los tribunales canadienses, en lugar de simplemente aplicar el examen de *Oakes* en su forma original y sin desarrollar.[131]

Fuentes

Bakan, J. (1997), *Sólo palabras: derechos constitucionales y errores sociales,* Toronto, University of Toronto Press.

Beatty, D. M. (1990), *Talking heads y los supremes: la producción canadiense de revisión constitucional*, Toronto, Carswell.

Blache, P. (1991), "Los criterios de justificación bajo *Oakes*: demasiada severidad generada a través del formalismo", *Man. L. J.*, núm. 20, p. 437.

Braun, S. (2004), *Democracia fuera de balance: la libertad de expresión y la Ley de Propaganda de Odio en Canadá,* Toronto, University of Toronto Press.

Bredt, C. D. y Dodek, A. M. (2001), "La creciente irrelevancia de la Sección 1 de la Carta", *S. C. L. R.*, núm. 14, p. 175.

Charney, R. E. (2004), "Evidencia en los casos de la *Carta*: prueba pericial y propósito de prueba" *N. J. C. L.*, vol. 1, núm. 16.

[131] Para una opinión similar, véase Merieux (2001, p. 193).

_____ y Green, Z. (2006), "Profetas de la fatalidad, videntes de fortuna: 20 años de la prueba pericial bajo el examen de Oakes". *S. C. L. R.*, núm. 34.

Chapman, P. A. (1986), "La política de juzgar: sección 1 de la Carta de los Derechos y las libertades" *O. H. L. J.*, 867.

Christian, T. J. (1982), "La limitación de la libertad: una consideración de la sección 1 de la Carta de los Derechos y las Libertades", *U. B. C. L. Revs.*, núm. 16, 105-107.

Choudhry, S. (1999), "Hacia una teoría de la interpretación constitucional comparada", *Indiana L. J.*, vol. 74, núm. 3, p. 819.

_____ (2005), "¿Peor que *Lochner*?", en Flood, C. M., Roach, K. y Sossin, L. (eds.), *Acceso a la atención, acceso a la justicia: el debate legal sobre el seguro médico privado en Canadá*, Toronto, University of Toronto Press, p. 75.

_____ (2004), "La era de *Lochner* y el constitucionalismo comparado", *Int'l J. Const. L.*, vol. 2, núm. 1, p 1.

_____ (2006), "La migración como una nueva metáfora en el derecho constitucional comparado", en *La migración de las ideas constitucionales*, Nueva York, Cambridge University Press, disponible «https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=943526».

Colker, R. (1992), "Sección 1, contextualidad y el principio de lucha contra las desventajas", *U. T. L. J.*, núm. 42, p. 77.

Comisión sobre el Futuro de la Atención Médica en Canadá (2002), *Construyendo valores: el futuro de la atención médica en Canadá. Informe final*, comisionado: Roy J. Romanow, consejero de la Reina, Saskatoon, Comisión sobre el Futuro de la Atención Médica en Canadá.

Comité Permanente del Senado para Asuntos Sociales, Ciencia y Tecnología (2002), *La salud de los canadienses. El papel federal, vol. 6, Problemas y opciones,* presidente: Michael J.L. Kirby, Ottawa, Comité Permanente del Senado para Asuntos Sociales, Ciencia y Tecnología.

Conklin, W. E. (1982), "Interpretando y aplicando la Cláusula de Limitaciones; un análisis de la sección 1", *S. C. L. R.*, vol. 4, núm. 75, pp. 81-82.

Dassios, C. M. y Prophet, C. P. (1993), "Sección 1 de la Carta: el declive de la gran teoría unificada y la tendencia hacia la deferencia en la Corte Suprema de Canadá", *Advocate's Q.*, núm. 15, p. 289.

Elliot, R. (1991), "Desarrollos en el derecho constitucional: el plazo de 1989-90", *S. C. L. R.*, núm. 2, p. 83.

Elliot, R. M. (1987), "La Corte Suprema de Canadá y la Sección 1-la Erosión del Frente Común" *Queen's L. J.* 277, núm. 12.

Finkelstein, N. (1983-4), "Sección 1: el estándar para evaluar las acciones restrictivas del gobierno y el código de procedimientos y evidencias de la Carta", *Queen's Law Journal,* núm. 9, p. 143.

Friedland, M. L. (2004), "La justicia penal en Canadá reconsiderada", *Crim. L. Q.*, núm. 419, pp. 445-453.

Gotell, L. (1997), "Moldeando a *Butler*: la nueva política anti-pornografía", en Cossman, B. *et al.*, *Mala/s Actitud/es en juicio: pornografía, feminismo y la decisión en Butler,* Toronto, University of Toronto Press, pp. 48-76.

Grant, I. (1996), "Segundas oportunidades: el Proyecto de ley C-72 y la *Carta*", *O. H. L. J.*, núm. 30, p. 379.

Hiebert, J. L. (1996), *Limitando los derechos: el dilema de la revisión judicial,* Montreal y Kingston, McGill-Queen's University Press.

Hogg, P. (1997), *Ley constitucional de Canadá*, vol. 2, Scarborough, Carswell.

Hogg, P. W. (1992), "Sección 1 revisada", *N. J. C. L.*, vol. 1, núm. 1.

Hovius, B. (1985), "Las cláusulas de limitación de la Convención Europea de Derechos Humanos: una guía para la aplicación de la sección 1 de la Carta", *Ottawa L. Revs.*, núm. 17, p. 213

Hutchison, A. C. (1995), *Esperando por Coraf: una crítica de la ley y los derechos,* Toronto, University of Toronto Press.

Kelly, J. B., (2005), *Gobernando con la Carta*, Vancouver, UBC Press.

Knopff, R. y Morton, F. L. (1992), *Política de la Carta*, Canadá, Scarborough.

Lajoie, A. y Qullinan, H. (1992), "Normas constitucionales emergentes: enmienda judicial continua de la Constitución- El examen de proporcionalidad como objetivo móvil", *L. y Contemp. Prob.*, núm. 55, p. 285.

Lamer, A. (1994), "La revolución legal de Canadá: juzgar en la era de la Carta de los Derechos", *Isr. L. Revs.*, núm. 28, pp. 579-883.

Lokan, A. (1992), "El ascenso y la caída de la doctrina bajo la sección 1 de la Carta", *Ottawa L. Revs.*, núm. 24.

Mendes, E. (1990), "En busca de una teoría de la justicia social: la Corte Suprema reconoce el examen de Oakes", *R. J. T.*, vol. 1, núm 24.

_____ (2005), "El crisol de la Carta: principios judiciales vs. deferencia judicial en el contexto de la Sección 1", *S. C. L. R.*, núm. 27.

Merieux, M. de (2001), "Estableciendo las credenciales democráticas de la legislación: R. vs. Oakes y la Sección 4 de la Ley de Derechos Humanos (1998) (Reino Unido)", Comm. World L. Revs., núm. 30.

Moon, R. (2000), *La protección constitucional de la libertad de expresión,* Toronto, University of Toronto Press.

Petter, A. J. y Monahan, P. J. (1988), "Desarrollos en derecho constitucional: el período de 1986-87, *S. C. L. R.,* núm. 61.

Roach, K. (2001), *La Corte Suprema en juicio: activismo judicial o diálogo democrático*, Toronto, Irwin Law.

_____ y Schneiderman, D. (2005) "Libertad de expresión en Canadá", en Beaudoin, G. A. y Mendes, E. (eds.), *La Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades*, 4a. ed., Markham, ON, LexisNexis Butterworths, pp. 257-323.

Schneiderman, D. (1996), "Intereses del consumidor y discurso comercial: un comentario sobre RJR-McDonald vs. Canadá (A.G.)", *U. B. C. L. Revs*., núm. 30, p. 165.

Sharpe, R. y Roach, K. (2003), *Brian Dickson: la travesía de un juez*, Toronto, University of Toronto Press. en 332-36.

Siebrasse, N. (1991), "El examen de Oakes: un viejo fantasma que impide nuevas iniciativas audaces", *Ottawa L. Rev*., núm. 23, p.99.

Sumner, W. (2004), *Lo odioso y lo obsceno: estudios en los límites de la libre expresión*, Toronto, University of Toronto Press.

Trakman, L. E., Cole-Hamilton, W. y Gatien, S. (1998), "R. vs. Oakes 1986-1997: volver al punto de partida", *O. H. L. J*., núm. 36, p. 83.

Weinrib, L. E. (1988), "La Corte Suprema de Canadá y la Sección Uno de la Carta", *S. C. L. R.*, núm. 10, pp. 469-492.

_____ (2002), "La Carta de derechos de Canadá: ¿paradigma perdido?", *Revs. Const. Stud.*, núm. 6, p. 119.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/

Los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación muestran un uso creciente del test de proporcionalidad para distintos fines, además es una de las metodologías de adjudicación más discutidas por la academia jurídica desde diferentes latitudes y tradiciones. Es necesario ahora plantear interrogantes más específicas que contribuyan a darle una aplicación concreta como una técnica confiable y ajustada a la seguridad jurídica, cuya respuesta brinde elementos para explicar mejor la metodología en todos sus aspectos, y a resolver sus problemas en la práctica.

En tal virtud, el Centro de Estudios Constitucionales determinó que la primera versión de su línea de investigación sobre Metodologías de la Adjudicación Constitucional se dedicara a explorar el test de proporcionalidad. El seminario permanente sobre este tema ha reunido a académicos, operadores jurídicos y estudiantes que se interesen en el test de proporcionalidad y en sus complejidades como herramienta de decisión judicial. Como un primer producto de este seminario, se publica *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, cuyos textos integrantes son muestra del dinamismo de la discusión que suscita el test como metodología de adjudicación constitucional.

Se espera que esta obra impulse una reflexión más extendida y profunda de las condiciones de legitimidad argumentativa y conceptual de las decisiones judiciales en el ámbito constitucional.