



UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA

ESCUELA DE DERECHO

Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 (Diciembre de
2013)

EL DIÁLOGO DE LA CARTA ENTRE LOS TRIBUNALES Y LAS LEGISLATURAS

(O Quizás La Carta de Derechos No Es Algo Tan
Malo Después De Todo)

POR PETER W. HOGG* Y ALLISON A. BUSHELL**

Este artículo responde al argumento de que la revisión judicial bajo la *Carta de los Derechos y Libertades* canadiense es ilegítima porque no es democrática. Los autores muestran que los casos de la *Carta* casi siempre pueden ser, y muchas veces son, seguidos por una nueva legislación que todavía cumple con los mismos objetivos que la legislación que fue invalidada. El efecto de la *Carta* casi nunca es bloquear un objetivo legislativo, sino más bien influenciar el diseño de la legislación que se está implementando. Los casos de la *Carta* causan un debate público en el cual los derechos protegidos por la *Carta* tienen un rol más prominente del que habrían tenido si no hubiese habido una decisión judicial. El proceso debe ser visto como un “diálogo” entre tribunales y legislaturas.

I. INTRODUCCIÓN: LA CARTA DE DERECHOS	
COMO “¿ALGO MALO?”	76
A. <i>La Legitimidad de la Revisión Judicial</i>	76
B. <i>La Experiencia de América</i>	77
II. DIÁLOGO: POR QUÉ LA CARTA PODRÍA	
NO SER “ALGO TAN MALO”	79
A. <i>El Concepto de Diálogo</i>	79

© 1997, P.W. Hogg & A.A. Bushell. Una versión anterior de este artículo fue dada como una clase en Osgoode Club el 22 de enero de 1996, en la Universidad de Toronto el 13 de septiembre de 1996, y en la Universidad de Columbia Británica el 10 de octubre de 1996. Nos hemos beneficiado de los comentarios que hicieron los miembros de la audiencia en aquellas ocasiones, así como de los comentarios a un borrador anterior por parte del Profesor Allan Hutchinson. Agradecemos también por la asistencia en la investigación prestada por Eliza Erskine, LL.B. 1996, en el verano y otoño de 1995. Traducido por José Ignacio Guarracino y Stephanie Serevsky.

* Profesor Universitario, Osgoode Hall Law School, York University.

** Miembro de la promoción de 1998, Osgoode Hall Law School, York University.

B. <i>Cómo Funciona el Diálogo</i>	80
C. <i>Nuestra Definición de Diálogo</i>	81

III. RASGOS DE LA CARTA QUE

FACILITAN EL DIÁLOGO	82
A. <i>Los Cuatro Rasgos Que Facilitan El Diálogo</i>	82
1. Artículo 33 de la <i>Carta</i>	83
2. Artículo 1 de la <i>Carta</i>	84
3. Derechos Calificados de la <i>Carta</i>	87
4. Derechos de Igualdad	90

IV.

ARRERAS PARA EL DIÁLOGO: ALGUNAS DECISIONES DE LA CARTA PUEDEN NO ESTAR

“ABIERTAS A LA DISCUSIÓN”	92	
A. <i>Tres Situaciones Donde El Diálogo Es Excluido</i>	92	
1.		C
cuando el artículo 1 no es aplicable	92	
2.		C
cuando el objetivo de la ley es inconstitucional	93	
3.		C
cuando fuerzas políticas imposibilitan la acción legislativa.	95	

V. LA NATURALEZA DEL DIÁLOGO ENTRE LOS

TRIBUNALES Y LAS LEGISLATURAS CANADIENSES	96
A.	L
<i>a Mayoría De Las Decisiones Tienen Secuelas Legislativa</i>	96
B. <i>La Respuesta Legislativa a las Decisiones es Generalmente</i> <i>Inmediata</i>	99
C. <i>Los Legisladores están Participando en “Charter-Speak”</i>	101
D. <i>El Diálogo Puede Ocurrir Incluso Cuando Las Leyes Se Defiendan.</i>	104

VI. CONCLUSIÓN. 105

APÉNDICE.	107
-------------------	-----

I. INTRODUCCIÓN: LA CARTA DE DERECHOS COMO “¿ALGO MALO?”.

A. *La Legitimidad de la Revisión Judicial*

El subtítulo de este artículo es “Quizás la *Carta de Derechos*¹ No es Algo Tan Malo Después de Todo.” La visión de que la *Carta* es “algo malo” está basada comúnmente en una objeción a la legitimidad del control judicial en una sociedad democrática². Bajo la *Carta*, los jueces, quienes no son elegidos para ocupar sus cargos ni responsables de sus acciones, son revestidos con el poder de invalidar leyes que han sido creadas por los representantes del pueblo debidamente elegidos.³

La respuesta convencional a esta objeción es que todas las instituciones de nuestra sociedad deben acatar el estado de derecho, y la revisión judicial simplemente requiere la obediencia de los órganos legislativos a la ley de la constitución. Sin embargo, hay algo un tanto vacío y no satisfactorio en esa respuesta. Lo cierto es que la constitución está redactada, en mayor parte, de manera amplia, con un lenguaje vago que pocas veces se dirige directamente a los casos que les llegan a los tribunales. En consecuencia, los jueces tienen un gran margen de discreción al “interpretar” las normas de la constitución, y el proceso de interpretación inevitablemente rehace la constitución a gusto de los jueces. El problema ha sido capturado en un famoso aforismo norteamericano: “Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es.”⁴

B. *La Experiencia Americana*

En los Estados Unidos, no podría ignorarse la objeción anti-mayoritaria a la revisión judicial. La larga historia de la *Carta de Derechos de los Estados Unidos* reveló grandes cambios en la visión judicial acerca del significado de la Carta – cambios que no pudieron ser explicados sino como alteraciones en las actitudes de los jueces hacia las políticas sociales y económicas. Las decisiones de la Corte

¹ *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*, Parte I de la *Constitución Nacional*, 1982, siendo el Anexo B de la *Ley de Canadá 1982* (U.K.), 1982, c. 11 [en adelante, *Carta*]

² Por supuesto, ésta no es la única crítica que puede ser dirigida hacia la *Carta*. Los valores individualistas de la *Carta*, su confianza en abogados y tribunales, y su sesgo en contra de la acción estatal también son invocados a menudo.

³ Ver, por ejemplo, A.C. Hutchinson & A. Petter, “Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter” (1988) 38 U.T.L.J. 278; R. Knopff & F.L. Morton, *Charter Politics*

(Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1992); and M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, rev. ed. (Toronto: Thompson Educational, 1994). La *Carta* también es criticada, pero con menos énfasis en el argumento de la democracia, por J. Bakan, *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs* (Toronto: University of Toronto Press, 1997).

⁴ La cita es atribuible al Gobernador Hughes de Nueva York, quien más tarde se convirtió en el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos

Warren⁵ (1953-1969), comenzando en 1954 con *Brown v. Board of Education*⁶ y terminando en 1973 con *Roe v. Wade*⁷ (un caso que en realidad fue decidido después de que el Presidente Warren se retirara), escribieron un nuevo capítulo en el derecho constitucional norteamericano, y uno que consistió en un apartamiento de la jurisprudencia anterior. Anteriormente, había habido cambios similares en la interpretación judicial, especialmente la invalidación de *Lochner v. New York* en 1937,⁸ pero las decisiones de la Corte Warren coincidieron con la existencia de una gran clase de profesores de derecho de tiempo completo cuyas tareas académicas requerían que proporcionaran análisis reflexivos acerca de nuevos desarrollos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. La mayoría de los profesores de derecho compartían los valores libertarios civiles de la Corte Warren y estaban de acuerdo con sus resultados, pero no podían ignorar la extendida impopularidad de las decisiones, y tuvieron que enfrentarse a la objeción anti-mayoritaria a la revisión judicial.

Una pequeña minoría de profesores se limitó a decir que la Corte Warren se había apartado del sentido original del texto constitucional, y que la Corte se equivocó al hacerlo.⁹ Ésta fue una solución valiente al problema teórico, pero no era particularmente útil, ya que no hizo que las decisiones desaparecieran. La gran mayoría de los comentarios académicos se dedicó a promover ingeniosas teorías para justificar la revisión judicial, y cada nueva teoría provocó una nueva ronda de críticas y nuevas teorías hasta que la literatura alcanzó enormes proporciones.¹⁰ La mayoría de las ideas son, de alguna manera, relevantes para Canadá así como para los Estados Unidos, y algunos profesores de derecho canadienses se unieron al debate y trataron de aplicar las ideas a la revisión judicial en Canadá.¹¹

⁵ Earl Warren fue el Presidente de la Corte de Estados Unidos. Para ver más sobre la Corte Warren, ver B. Schwartz, ed., *The Warren Court: A Retrospective* (New York: Oxford University Press, 1996)

⁶ 347 U.S. 483 (1954).

⁷ 410 U.S. 113 (1973).

⁸ *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), revocando *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁹ Ver R.H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems" (1971-72) 47 Ind. L. J.; y R. Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977)

¹⁰ Las numerosas sugerencias están catalogadas y debatidas en J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980) c. 3; ver también P. Bobbitt, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution* (New York: Oxford University Press, 1982); y M.J. Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1982).

¹¹ Por ejemplo, H.S. Fairley, "Enforcing the Charter: Some Thoughts on an Appropriate and Just Standard for Judicial Review" (1982) 4 Corte Suprema L.R. 217; P.J. Monahan, "Judicial Review and Democracy: A Theory of Judicial Review" (1987) 21 U.B.C. L. Rev. 87; y P.W. Hogg, "The Charter of Rights and American Theories of Interpretation" (1987) 25 Osgoode Hall L.J. 87

II. DIÁLOGO: POR QUÉ EL CARTA PODRÍA NO SER “ALGO TAN MALO”

A. *El Concepto de Diálogo*

Los no familiarizados podrían ser perdonados por creer que, dada la cantidad de literatura sobre el tema, todo lo útil que posiblemente pudo haberse dicho sobre la legitimidad de la revisión judicial ya se ha dicho. Sin embargo, una idea interesante que se ha planteado en la literatura parece haber quedado en buena medida inexplorada. Tal es la noción de que la revisión judicial es parte de un “diálogo” entre los jueces y las legislaturas.¹²

A primera vista, la palabra “diálogo” puede no parecer particularmente apta para describir la relación entre la Corte Suprema de Canadá y los órganos legislativos.¹³ Después de todo, cuando la Corte dice lo que la Constitución requiere, los cuerpos legislativos tienen que obedecer.¹⁴ ¿Es posible tener un diálogo entre dos instituciones cuando una está claramente subordinada a la otra? ¿Acaso el diálogo no requiere una relación entre iguales?

La respuesta, que nosotros sugerimos, es la siguiente. Cuando una decisión judicial está abierta a la revocación, modificación o anulación legislativa, entonces tiene sentido considerar a la relación entre la Corte y el órgano legislativo competente como un diálogo. En ese caso, la decisión judicial causa un debate público en el que los valores de la *Carta* juegan un rol más prominente que el que habrían jugado si no hubiese habido decisión judicial. El cuerpo legislativo está en condiciones de idear una respuesta que respete adecuadamente los valores de la *Carta* que han sido identificados por la Corte, pero que cumpla con los objetivos sociales y económicos que la decisión judicial ha impedido. Ejemplos de esto serán dados más adelante en este artículo.

¹² Algunas concepciones de “diálogo” como una interacción entre los tribunales y los legisladores o la gente son exploradas en la literatura norteamericana por G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statues* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1982) c. 11; P.R. Dimond, *The Supreme Court and Judicial Choice: The Role of Provisional Review in Democracy* (Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press, 1989) at 4-5; E. Keynes & R.K. Miller, *The Court vs. Congress: Prayer, Busing, and Abortion* (Durham, N.C.: Duke University Press, 1989) at xvi-xvii; and Perry, *supra* note 10 at 112-113. La interacción entre el poder judicial y legislativo es debatido en el context canadiense por B. Slattery, “A Theory of the Charter” (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 701; y J. Jai, “Policy, Politics and Law: Changing Relationships in Light of the Charter” (1997-98) 8 *N.J.C.L.* [próximamente].

¹³ Ver, por ejemplo, la crítica a la idea de “diálogo” por A.C. Hutchinson, *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights* (Toronto: University of Toronto Press, 1995) at 170

¹⁴ Este es el caso, por supuesto, en virtud de la cláusula de supremacía del art. 52(1) de la *Constitución, 1982*, siendo el Apéndice B a la *Ley de Canadá 1982* (U.K.), 1982, c. 11, que establece: “La Constitución de Canadá es la ley suprema de Canadá, y cualquier ley que sea inconsistente con las disposiciones de la Constitución no tiene, en la medida de la inconsistencia, fuerza ni efecto”.

B. *Cómo Funciona el Diálogo*

Cuando una decisión judicial que invalida una ley con fundamento en la *Carta* puede ser revocada, modificada o anulada por una nueva ley, cualquier preocupación acerca de la legitimidad de la revisión judicial se reduce en gran medida.¹⁵ Sin duda, la Corte pudo haber forzado un tema que el órgano legislativo hubiera preferido no tratar en su agenda legislativa. Y, por supuesto, los términos precisos de cualquier ley nueva habrían sido poderosamente influenciados por la decisión de la Corte. El cuerpo legislativo habría sido obligado a darle mayor peso a los valores del *Carta* identificados por la Corte al idear los medios de llevar adelante los objetivos, o el cuerpo legislativo podría haber sido obligado a modificar sus objetivos en cierta medida para dar cabida a las preocupaciones de la Corte. Éstos son límites al proceso democrático, sin duda, pero la decisión final es la democrática.

El diálogo que culmina en una decisión democrática puede tener lugar sólo si la decisión de anular una ley puede ser revocada, modificada o anulada por el proceso legislativo ordinario. Más adelante en este artículo, mostraremos que ésta es la situación normal. Hay generalmente una alternativa que está disponible para el cuerpo legislativo y que permite que el propósito legislativo sea sustancialmente desarrollado, aunque por medios algo diferentes. Además, cuando la Corte invalida una ley, frecuentemente ofrece una sugerencia referida a cómo la ley podría ser modificada para solucionar los problemas constitucionales. El cuerpo legislativo a veces sigue esa sugerencia, o idea una ley diferente que bordea las barreras constitucionales. En efecto, nuestra investigación, que examinó sesenta y cinco casos donde la legislación fue invalidada por una violación a la *Carta*, descubrió que en cuarenta y cuatro casos (dos tercios), el cuerpo legislativo competente modificó la ley impugnada.¹⁶ En la mayoría de los casos, todo lo que se requería eran modificaciones relativamente pequeñas para respetar la *Carta*, sin comprometer el objetivo de la legislación original.

A veces, una ley inválida es más restrictiva de la libertad individual que lo que necesitaría ser para cumplir con su propósito, y lo que se requiere es una ley

¹⁵ Los desafíos de la *Carta* a las acciones de los oficiales de la policía y de otros oficiales no dan lugar a la invalidación de una ley, y a menudo no dan origen a ningún diálogo con el órgano legislativo competente. En algunos casos, igualmente, un desafío exitoso de la *Carta* a la acción de un oficial de la policía o a otro oficial expondrá una deficiencia en la ley que el órgano legislativo competente querrá corregir. Así ocurrió, por ejemplo, después de varios casos que evaluaron la vigilancia electrónica clandestina: ver Parte III (D), esp. Nota 49, *infra*. Por ejemplo, cuando la Corte Suprema de Canadá sostuvo que registros electrónicos clandestinos por la policía eran “irrazonables”, *infra* notes 56-85 y el texto que lo acompaña, el Parlamento promulgó disposiciones para la emisión de órdenes, y para registros sin órdenes en circunstancias extremas: *An Act to Amend the Criminal Code*, S.C. 1993, c. 40, s. 15, adicionando s. 487.01 al *Código Penal*.

¹⁶ Los casos en los que se basa esta investigación están detallados en el Apéndice de este artículo.

más estrecha.¹⁷ A veces, se necesita una ley más amplia, porque una ley inválida confiere un beneficio, pero excluye a gente que tiene un derecho constitucional a la igualdad de ser incluidos.¹⁸ A veces, lo que se necesita es un procedimiento más justo.¹⁹ Sin embargo, es raro que el defecto constitucional no se pueda remediar. Por eso, tal como el subtítulo de este artículo lo sugiere, “tal vez el *Carta de Derechos* no sea algo tan malo después de todo”. La *Carta* puede actuar como un catalizador para un intercambio de dos vías entre el poder judicial y la legislatura en el tema de derechos humanos y libertades, pero rara vez alza una barrera absoluta para los deseos de las instituciones democráticas.

C. Nuestra Definición de Diálogo

A fin de examinar cómo el diálogo entre los tribunales y las legislaturas canadienses se ha desplegado, estudiamos un total de sesenta y cinco casos en los cuales una ley fue anulada por una violación a la *Carta*. Esto incluye todas las decisiones de la Suprema Corte de Canadá en que una ley fue anulada, así como también varias decisiones importantes de tribunales de primera instancia y cámaras de apelaciones que nunca fueron recurridas ante la Corte Suprema de Canadá.²⁰ El desglose de los casos que consideramos se describe a continuación.

¹⁷ Por ejemplo, *Rocket v. Rotal College of Dental Surgeons of Ontario* [1990] 2 S.C.R. 232 (regulaciones publicitarias para dentistas muy restrictivas, ahora modificadas); *Ramsden v. Peterborough (City of)*, [1993] 2 S.C.R. 1084 (ordenanza municipal prohibiendo afiches muy restrictivo, ahora modificado); y *RJR-MacDonald Inc. v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 199 (leyes de publicidad y envasado muy restrictivas, ahora modificadas). Ver Apéndice para detalles completos sobre las modificaciones legislativas.

¹⁸ Algunos ejemplos son: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 (no ciudadanos excluidos indebidamente del ejercicio de la abogacía, restricción ahora revocada); *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.) (orientación sexual dejada desprotegida indebidamente por la *Ley de Derechos Humanos Canadiense*, R.S.O. 1985, c. H-6, s. 3, ahora añadido a términos protegidos); y *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418 (socios de hecho indebidamente excluidos de los beneficios de la ley de accidentes bajo la *Ley de Seguros*, R.S.O. 1980, c. 218, ahora incluido). Ver Apéndice para detalles legislativos completos.

¹⁹ Algunos ejemplos son: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 [en adelante *Hunter*] (disposiciones irrazonables de registro e incautación bajo la *Combines Investigation Act* R.S.C. 1970, c. C-23, arts. 10(1), (3), ahora enmendado); *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. (procedimientos injustos para un presuntamente acusado de insania, *Código Penal*, R.S.C. 1970, c. C-34, art. 542(2), ahora enmendado); y *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91 (procedimientos injustos de selección de jurados, *Código Penal*, R.S.C. 1970, c. C-34, art. 562, ahora enmendado). Ver Apéndice para detalles completos de enmiendas legislativas.

²⁰ Nuestro criterio de selección fue examinar cada caso referido en P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4ta ed. (Toronto: Carswell, 1997), en que una ley fue anulada por violar la *Carta*. Algunos casos recientes que no aparecen en el texto también han sido agregadas. Todos estos casos que seleccionamos están enumerados en el Apéndice de este artículo. Consideramos que la lista incluye todas las decisiones de la Corte Suprema de Canadá y las decisiones más importantes de los tribunales inferiores.

Para cada caso, buscamos en las normas y códigos de leyes evidencia de una respuesta a la declaración de un tribunal de que una ley no tenía vigor o efecto. Estas “secuelas legislativas” son la base de la discusión del diálogo que sigue.

En consecuencia, el “diálogo” al que este artículo se refiere consiste en esos casos en los que una decisión judicial anulando una ley con fundamento en la *Carta* es seguida por alguna acción del cuerpo legislativo competente. En todos estos casos, debió haber habido una reflexión acerca de la decisión judicial por parte del gobierno, y una decisión debió haber sido tomada respecto de cómo reaccionar frente a ella. Esto también pudo haber ocurrido en casos en los que una decisión no fue seguida por ninguna acción del cuerpo legislativo competente. Sin embargo, no hemos intentado la difícil tarea de documentar todas las veces en las que se discutieron los casos de la *Carta* dentro del gobierno, pero que no fueron seguidos por una acción legislativa.²¹

III. RASGOS DEL CARTA QUE FACILITAN EL DIÁLOGO

A. Los Cuatro Rasgos que Facilitan el Diálogo

¿Por qué en general es posible que una legislatura haga frente a una decisión judicial anulando una ley por violar la *Carta*? La respuesta descansa sobre cuatro aspectos del *Carta*. (1) artículo 33, que es el poder de invalidación legislativa; (2) artículo 1, que tiene en cuenta “límites razonables” sobre los derechos garantizados por la *Carta*; (3) los “derechos calificados”, en los artículos 7, 8, 9 y 12, que da margen a la acción que satisfaga estándares de imparcialidad y razonabilidad; y (4) la garantía de derechos de igualdad bajo el artículo 15(1), que puede ser satisfecho a través de una variedad de medidas correctivas. Cada uno de estos rasgos usualmente le da espacio al cuerpo legislativo competente para avanzar en sus objetivos, mientras que al mismo tiempo respeta los requerimientos de la *Carta* que expresan los tribunales.

1. Artículo 33 de la *Carta*

El Artículo 33²² de la *Carta* es comúnmente denominado poder de invalidación legislativa. En virtud del artículo 33, el Parlamento o la legislatura

²¹ El rol de la *Carta*, y de las decisiones judiciales basadas en la *Carta*, en la formulación de la política gubernamental es discutida en *Jai*, v. supra 12.

²² El texto completo del art. 22 dice:

(1) El Parlamento o la legislatura de una provincia puede promulgar una ley donde se declare expresamente que ésta o una de sus disposiciones es aplicable independientemente de alguna disposición comprendida en el artículo 2 o en los artículos 7 a 15 de la presente Carta.

(2) La ley o una disposición de la ley con respecto de la que esté en vigor una declaración bajo este artículo tendrá el efecto que tendría con excepción de la provisión de esta Carta a la que se hace referencia en la declaración.

(3) Una declaración efectuada bajo el párrafo (1) cesará de ser aplicable cinco años después de su entrada en vigor o tan pronto como se especifique en la declaración.

solamente necesitan introducir una cláusula derogatoria expresa en una ley y esto liberará a la ley de las disposiciones del artículo 2 y artículos 7-15 de la *Carta*.²³ La invalidación legislativa es la manera más obvia y directa de vencer una decisión judicial que invalida una ley por una violación a los derechos de la *Carta*. El artículo 33 le permite al órgano legislativo competente recrear la ley original sin interferencia por parte de los tribunales.²⁴

En la práctica, el artículo 33 se ha vuelto relativamente poco importante, a causa del desarrollo de un clima político de resistencia a su uso. Solamente en Quebec el uso del artículo 33 parece ser políticamente aceptable.²⁵ Incluso en Quebec hay solo un ejemplo del uso del artículo 33 para vencer el efecto de una decisión judicial.²⁶ Ésta fue una respuesta a la decisión de la Corte Suprema de Canadá de 1988 en *Ford v. Quebec (A.G.)*,²⁷ que anuló una ley de Quebec que prohibía el uso de otro idioma que no fuera el francés en carteles comerciales. Después de esa decisión, Quebec promulgó una nueva ley que continuó prohibiendo el uso de cualquier otro idioma que no fuera el francés en todos los carteles puestos al aire libre (mientras permitía carteles interiores bilingües), y la provincia protegió la nueva ley con una cláusula “no obstante” del artículo 33.²⁸

Una restricción al uso de la artículo 33 es que, en virtud del párrafo (3), el efecto de una cláusula “no obstante” (*notwithstanding clause*) expira al término de cinco años, y tiene que ser promulgada nuevamente para que continúe vigente. Esta restricción exige una revisión periódica del uso del artículo 33. El período de

(4) El parlamento o la legislatura de una provincia puede adoptar de declaración efectuada bajo el párrafo (1).

(5) El párrafo (3) se aplica con respecto a toda declaración adoptada bajo el régimen del párrafo (4).

²³ El poder de invalidación legislativa no está disponible con respecto a los derechos garantizados bajo los arts. 3-6 (votación y movilidad), 16-23 (lengua), y 28 (igualdad de género).

²⁴ Como se explica en el texto a continuación, el art. 33(3) establece que una declaración hecha bajo el art. 33(1) de la *Carta* sólo es efectiva durante cinco años.

²⁵ Fuera de Quebec, el poder de invalidación del art. 33 ha sido utilizado sólo una vez, en Saskatchewan, para ratificar la ley de regreso al trabajo que la Cámara de Apelaciones de Saskatchewan había dicho ser una violación del art. 2(d) de la *Carta*. *RWDSU v. Saskatchewan* (1985), 39, Sask. R. 193 (C.A.). No obstante, el empleo del art. 33 resultó ser innecesario ya que la Corte Suprema de Canadá revocó la decisión del tribunal de Saskatchewan y ratificó la ley original: [1987] 1 S.C.R. 460.

²⁶ Inmediatamente después de que la *Carta* entró en vigor en 1982, Quebec promulgó una ley omnibus que agregaba una cláusula “no obstante” estándar a todas las leyes de esa provincia: *An Act Respecting the Constitution Act, 1982*. S.Q. 1982, c. 21. Esto fue realizado, no en respuesta a ningún caso de la *Carta*, sino como una protesta al hecho de que la *Constitución, 1982*, ver supra 14, incluida la *Carta*, había sido promulgada sin el consentimiento de Quebec. Sin embargo, cuando la invalidación total llegó al final de vida de cinco años, no se hizo ningún intento por volver a promulgarla por otros cinco años.

²⁷ [1988] 2 S.C.R. 712 [en adelante *Ford*].

²⁸ *An Act to Amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1988, c. 54, s. 10.

cinco años siempre va a incluir una elección, y a menudo producirá un cambio de gobierno. La ley del idioma de los carteles de Quebec, con su cláusula “no obstante”, fue promulgada en 1988, a fin de que el efecto de la cláusula expirara en 1993. Para ese entonces, a pesar de que no había habido un cambio de gobierno en esa provincia (todavía estaba el gobierno liberal del Primer Ministro Robert Bourassa), las pasiones que soportaban las políticas draconianas del idioma francés de Quebec se calmaron lo suficiente como para que el gobierno se sintiera capaz de abandonar la cláusula “no obstante”. En 1993, la Asamblea Nacional de Quebec promulgó una nueva ley que permitía el uso de otros idiomas además del francés en todos los carteles exteriores siempre que se usara también el francés y que fuera “predominante”.²⁹ La ley de 1993 no contenía una cláusula “no obstante”.

2. Artículo 1 de la *Carta*

El artículo 1³⁰ de la *Carta* somete a los derechos garantizados por la *Carta* a “límites razonables prescriptos por la ley que puedan justificarse notoriamente en una sociedad libre y democrática”. En principio, todos los derechos garantizados, y ciertamente todos los formulados en términos incondicionales, pueden ser limitados por una ley que cumpla con los estándares judiciales establecidos para la justificación de la artículo 1. Esos estándares, que fueron determinados en 1986 en *R. v. Oakes*,³¹ son los siguientes: (1) la ley debe perseguir un objetivo importante; (2) la ley debe estar racionalmente conectado con el objetivo; (3) la ley debe afectar el objetivo no más de lo necesario para alcanzar ese objetivo; y (4) la ley no debe tener un efecto desproporcionadamente severo en las personas a las que se aplica. La experiencia con el artículo 1 indica que casi todas las leyes cumplen con los estándares (1), (2) y (4). La disputa casi siempre se centra en el estándar (3) – el requerimiento del mínimo impedimento o del medio menos restrictivo. Por lo tanto, cuando una ley es anulada por una infracción a la *Carta*, casi siempre significa que la ley no perseguía sus objetivos por el medio que sería lo menos restrictivo de un derecho de la *Carta*. Si lo hubiera hecho, entonces la violación al derecho de la *Carta* habría estado justificada bajo el artículo 1.

Cuando una ley que afecta un derecho de la *Carta* no logra satisfacer la justificación del estándar del medio menos restrictivo del artículo 1, la ley es, por supuesto, anulada. Sin embargo, el tribunal de revisión explicará por qué no se cumplió con el estándar del artículo 1, lo que involucrará explicar la ley alternativa menos restrictiva que *habría* satisfecho el estándar del artículo 1. Esa ley alternativa está disponible para el cuerpo promulgador y generalmente será

²⁹ *An Act to Amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1993, c. 40, s. 18.

³⁰ El texto completo del art. 1 dice: “La *Carta Canadiense de Derechos y Libertades* garantiza los derechos y libertades establecidos en la misma, sujetos solamente a restricciones razonables prescritas por la ley y cuya justificación pueda demostrarse en una sociedad libre y democrática”

³¹ [1986] 1 S.C.R. 103 at 138-39 [en adelante *Oakes*]

ratificada. Incluso si el tribunal tiene una comprensión deficiente de los aspectos prácticos del campo particular de regulación, de manera que la alternativa del tribunal no es realmente factible, generalmente será posible para los legisladores idear una alternativa menos restrictiva que sea viable. Con adecuadas exposiciones en la legislación, y con adecuada evidencia disponible de ser necesario para apoyar la elección legislativa, por lo general uno puede estar seguro de que un “segundo intento” diligentemente redactado será ratificado contra cualquier desafío futuro de la *Carta*.³²

Una vez más, el caso *Ford* puede ser ofrecido como un ejemplo. En ese caso, la Corte Suprema de Canadá reconoció que la protección del idioma francés era un propósito lo suficientemente importante para justificar un límite a libertad de expresión. Sin embargo, la Corte sostuvo que la prohibición absoluta del uso de otros idiomas en carteles comerciales afecta los derechos de las personas que hablan inglés con mayor severidad de lo que era necesario para cumplir el propósito. La Corte dijo que un requisito de que el francés fuera usado, incluso un requisito de que el francés fuera predominante, cumpliría el propósito a través de un medio menos restrictivo de la libertad de expresión. Como señalamos previamente, el gobierno de Quebec no estaba preparado inicialmente para tomar la vía menos restrictiva, y utilizó el artículo 33 para proteger la nueva promulgación de la prohibición absoluta. Sin embargo, cinco años después, en 1993, luego del vencimiento de la cláusula “no obstante”, el gobierno siguió la recomendación de la Corte.³³ La ley de 1993 nunca fue desafiada, y si lo fuera sería respaldada bajo el artículo 1.³⁴

Otros casos de libertad de expresión proporcionan ejemplos similares. En *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario* (1990)³⁵, la Corte Suprema de Canadá anuló una prohibición de Ontario sobre publicidad comercial de dentistas. Sin embargo, la Corte dejó en claro que las restricciones a la publicidad por parte de profesionales serían sostenidas si fueran más estrechas y dirigidas al mantenimiento de estándares profesionales y a la presentación de información precisa al público. En respuesta a la sentencia, nuevas directrices

³² Sin embargo, hay casos donde segundos intentos no han resistido exitosamente un nuevo desafío de la *Carta*: enmiendas a las disposiciones de registro e incautación en la *Ley de Impuesto a la Renta*, S.C. 1970-71.72, c. 63, art. 231, sancionada después de *M.N.R. v. Kruger*, [1984] 2 F.C. 535 (C.A.) [en adelante *Kruger*], y *Reference Re Print Three Inc.* (1985), 51 O.R. (2d) 321 (C.A.) [en adelante *Re Print Three*], fueron anuladas en *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; y enmiendas a la *Ley Electoral de Canadá*, R.S.C. 1985, c. E-2, art. 51(e), promulgada después de *Sauvé v. Canada (A.G.) (Primer Oficial Electoral)*, [1996] 1 F.C. 857 (este caso está siendo recurrido ante la Cámara Federal de Apelaciones).

³³ Ver supra 29.

³⁴ En *Devine v. Quebec (A.G.)*, [1988] 2 S.C.R. 790, se sostuvo que un requisito no exclusivo del francés para diversas formas de negocio era una violación al art. 2(b), pero debido a que otros idiomas no se prohibieron el requisito fue ratificado bajo el art. 1.

³⁵ [1990] 1 S.C.R. 232

sobre publicidad dental fueron publicadas. Estas regulaciones prohíben la publicidad engañosa, publicidad que pretende “apelar a los miedos del público”, y publicidad que sugiere que un dentista es superior a otros, pero dentro de las nuevas directrices los dentistas son libres de promocionar sus prácticas a través de “publicidad fáctica”.³⁶ El mismo tipo de restricciones publicitarias actualmente se aplican a profesionales en diferentes campos.³⁷

En *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (A.G.)* (1995),³⁸ la Corte Suprema de Canadá dejó de lado una ley federal que prohibía la publicidad de productos de tabaco. En su debate acerca del estándar del medio menos restrictivo, la Corte aclaró que hubiese apoyado restricciones limitadas a la “publicidad sobre estilos de vida” o a publicidad dirigida a los niños. Dos años después de la decisión, el Parlamento promulgó una exhaustiva nueva *Ley sobre el Tabaco*.³⁹ La nueva *Ley* prohíbe la publicidad sobre estilos de vida⁴⁰ y limita la publicidad a medios dirigidos a adultos,⁴¹ pero permite que los fabricantes de tabaco usen publicidad informativa y publicidad de preferencia de marcas para promocionar sus productos a fumadores adultos.⁴²

Los elementos comunes de estos casos son: (1) la ley afectaba un derecho de la *Carta*; (2) la ley perseguía un objetivo importante; y (3) la ley era más restrictiva del derecho de la *Carta* de lo que era necesario para alcanzar el objetivo. En cada caso, la invalidez de la ley podría ser corregida por la promulgación de una nueva ley que fuera más respetuosa del derecho de la *Carta* al mismo tiempo que cumplía sustancialmente con el objetivo importante. La

³⁶ O. Reg. 220/94, art. 1 (promulgado en conformidad con la *Ley de Odontología*, 1991, S.O. 1991, c. 24)

³⁷ Ver, por ejemplo, los límites publicitarios impuestos por las reglas del colegio de abogados provinciales: Law Society of Upper Can., Rule 12(2); Law Society of Man., c. 14, Rule 7, Law Society of P.E.I., Reg. 38(3); Nova Scotia Barristers Sy., Reg. 47A(3). Ver también el estudio de las normas profesionales post-*Rocket* en J.A. Maciura. “Advertising by Self-Regulated Professionals: After *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons*” (1995) 16 Health L. Can. 58.

³⁸ [1995] 3 S.C.R. 199.

³⁹ S.C. 1997, c. 13.

⁴⁰ *Ibid.*, art. 22(4). La definición de “publicidad sobre estilos de vida” es la siguiente: “publicidad que asocia un producto con, o evoca una emoción positiva o negativa sobre o la imagen de, una forma de vida que incluye glamour, entusiasmo, vitalidad, riesgo o atrevimiento”.

⁴¹ *Ibid.*, art. 22(2). Los medios admisibles para la promoción de productos de tabaco son los siguientes:

- (a) Una publicación que es proporcionado por correo y dirigida a un adulto identificado por nombre;
- (b) Una publicación que tiene un número de lectores adultos de no menos del ochenta y cinco por ciento;

⁴² Por supuesto, las compañías de tabaco todavía pueden elegir atacar la nueva ley sobre la base de que ella también es más restrictiva de la expresión de lo necesario. Sólo una decisión de la Corte Suprema de Canadá puede afirmar sin duda que cualquier ley está justificada por el art. 1.

forma de la nueva ley tendría que tener en cuenta la forma en que la Corte analizó el estándar del medio menos restrictivo para la justificación del artículo 1. El diálogo parece una descripción apropiada de la relación entre tribunales y órganos legislativos. Ciertamente, es difícil afirmar que un tribunal no elegido está frustrando los deseos del pueblo. En cada caso, el proceso democrático ha sido influenciado por el tribunal de revisión, pero no ha sido atrofiado.

3. Derechos calificados de la *Carta*

Varios de los derechos garantizados en la *Carta* están enmarcados en términos calificados. El artículo 7⁴³ garantiza el derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad del individuo, pero sólo si una privación viola “los principios de la justicia fundamental”.⁴⁴ El artículo 8⁴⁵ garantiza el derecho a estar seguro contra el registro e incautación “abusivos”. El artículo 9⁴⁶ garantiza el derecho a no ser detenido o encarcelado “arbitrariamente”. El artículo 12⁴⁷ protege contra el castigo “cruel e inusual”. Hay cierta incertitud en la jurisprudencia sobre si los derechos calificados están sometidos al artículo 1, a pesar de que la opinión dominante es que lo están.⁴⁸ Sin embargo, incluso si el artículo 1 no es aplicable a los derechos calificados, por sus propios términos admiten la posibilidad de acción legislativa correctiva después de que una decisión judicial haya anulado una ley por violación a uno de los derechos.

Por ejemplo, el artículo 8 no prohíbe el registro e incautación, pero sólo el registro e incautación “irrazonables”. Una sentencia judicial que establezca que una ley autorizando el registro e incautación es irrazonable siempre puede ser seguida por una nueva ley que satisfaga los estándares de razonabilidad de la Corte. De hecho, el artículo 8 ha llevado a la anulación de muchas leyes (así como muchos registros e incautaciones particulares), pero cada decisión anulando

⁴³ El texto completo del art. 7 dice: “Todos tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, y el derecho a no ser privado de este derecho, excepto cuando sea en conformidad con principios de justicia fundamental”.

⁴⁴ Hay una teoría que sostiene que el art. 7 confiere dos derechos: (1) el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, y (2) el derecho a no ser privado de la vida, libertad y seguridad de la persona excepto cuando sea en conformidad con principios de justicia fundamental. Sin embargo, mientras que la estructura gramatical del texto en inglés (pero no en francés) de la *Carta* sostiene dicha lectura, esta teoría de los “dos derechos” no ha sido aceptada en la jurisprudencia, y los jueces y académicos parecen haber aceptado que “los principios de justicia fundamental” siempre **califican** el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona.

⁴⁵ El texto completo del art. 8 dice: “Todo ciudadano tiene derecho a sentirse protegido contra registros o aprehensiones abusivas”.

⁴⁶ El texto completo del art. 9 dice: “Todo ciudadano tiene derecho a no ser detenido o encarcelado arbitrariamente”.

⁴⁷ El texto completo del art. 12 dice: “Todo ciudadano tiene derecho a la protección contra todo tratamiento o penas crueles e inusitadas”.

⁴⁸ Hogg, ver supra 20 § 35.14.

una ley (como opuesta a un registro o incautación particular)⁴⁹ ha sido seguida siempre por una acción legislativa para corregir el defecto constitucional y restaurar un poder de registro e incautación, aunque una cubierta con más protecciones civiles libertarias que la versión original inválida. La noción de un diálogo es fácil de defender en este campo, ya que los órganos legislativos han reestructurado sus poderes de registro e incautación para incorporar protecciones civiles libertarias que cumplan con los requisitos de la *Carta* según lo establecido por la Corte Suprema de Canadá.

La primera decisión de la Corte Suprema de Canadá acerca del artículo 8 fue *Hunter* (1984)⁵⁰, en la cual la Corte anuló las cláusulas de la Ley de Investigación de Combinaciones federal que autorizaba registros e incautaciones como parte de los procedimientos de investigación de la *Ley*. Las cláusulas autorizaban al director del *Combinés Investigation Branch* a entrar en los locales, realizar registros e incautar pruebas sobre la base de una orden emitida por un miembro de la Comisión de Prácticas Restrictivas del Comercio. La Corte sostuvo que cualquier registro o incautación realizado bajo la *Ley* sería “irrazonable” en el marco del artículo 8, porque no había ningún requisito de que la orden para los registros e incautaciones emanara de un juez, ni tampoco había ningún requisito de que se estableciera una causa probable y razonable para apoyar la emisión de esa orden. El Parlamento inmediatamente enmendó la *Combinés Investigation Act* para cumplir con los requerimientos de la Corte.⁵¹

Poco después de la decisión en *Hunter*, las cláusulas de registro e incautación de la *Ley de Impuesto a la Renta* también fueron encontradas deficientes.⁵² Disponían que la orden fuera emitida por el Ministro Nacional de Hacienda, en lugar de un juez, y los fundamentos que justificarían la emisión de una orden no estaban adecuadamente explicados. La *Ley* fue inmediatamente modificada para corregir este y varios otros defectos constitucionales.⁵³ Sin embargo, la nueva ley fue luego encontrada deficiente sobre la base de que, a pesar de que requería que la orden fuera emitida por un juez y estipulaba los motivos bajo los cuales el juez debía actuar, la ley no daba al juez ninguna discreción para denegar la orden en circunstancias excepcionales en las que las bases legales se satisficieran. La

⁴⁹ Nótese, empero, que una decisión invalidando un registro o incautación particular a veces conduce a la acción legislativa. Por ejemplo, cuando la Corte Suprema de Canadá sostuvo que la práctica no regulada de usar vigilancia electrónica en las investigaciones policiales violaba el art. 8 de la *Carta*; el gobierno federal promulgó disposiciones en el *Código Penal* permitiendo vigilancia electrónica dentro de ciertos límites prescritos (por ejemplo, con una orden, o cuando un oficial de la policía está en peligro). Ver *infra*, notas 56-60 y el texto que acompaña.

⁵⁰ Ver *supra*, nota 19

⁵¹ Los cambios fueron introducidos cuando la *Combinés Investigation Act* fue revocada y una nueva disposición fue introducida en la *Ley de Competencia*, S.C. 1986, c. 26, art. 13

⁵² *M.N.R. v. Kruger*, [1984] 2 F.C. 535 (C.A.); y *Re Print Three*, *supra* 32

⁵³ *An Act to Amend the Income Tax Act and Related Statutes*, S.C. 1986, c. 6.

ausencia de cualquier discreción invalidaba el poder.⁵⁴ La *Ley* fue inmediatamente modificada por segunda vez para corregir este defecto.⁵⁵

La Corte Suprema de Canadá también sostuvo que diversas formas de vigilancia electrónica constituyen registros e incautaciones abusivas. Incluso cuando informantes de la policía hicieron sus observaciones (admisibles) más confiables por el uso de equipos audio-visuales ocultos en el departamento del informante,⁵⁶ o en una habitación de hotel utilizada para juegos de azar,⁵⁷ o por la utilización de un transmisor oculto en la persona del informante de la policía,⁵⁸ la evidencia así obtenida fue excluida sobre la base de registros e incautaciones irrazonables. Estas decisiones fueron criticadas como una extravagante extensión del concepto de registro e incautación y como desafortunado impedimento a la seguridad y confiabilidad de las investigaciones policiales.⁵⁹ Lo que el Parlamento hizo, sin embargo, fue modificar rápidamente el *Código Penal* al estipular para la emisión de una orden la autorización de diversas formas de vigilancia electrónica y al estipular que se tomen medidas sin una orden en situaciones de emergencia o peligro para el oficial de la policía.⁶⁰ No puede decirse, pues, que las decisiones de la Corte tuvieron alguna consecuencia adversa a largo plazo, y es discutible que el área de vigilancia electrónica necesitara más regulación, la cual fue ahora suministrada.

Estos ejemplos podrían ser multiplicados, pero no tiene mucho sentido hacerlo. Los casos de registro e incautación no han subvertido los poderes de ejecución de las leyes o atrofiado los procedimientos de investigación policiales. Más bien, han forzado al Parlamento a revisar los poderes de investigación en las leyes federales y proveer garantías más elaboradas de la privacidad individual. Ha habido un diálogo productivo entre la Corte y el Parlamento.

4. Derechos de igualdad

El Artículo 15 (1)⁶¹ de la Constitución prohíbe las leyes que discriminan sobre la base de nueve motivos enumerados, a saber, la raza, el origen étnico o nacional, color, religión, sexo, edad o discapacidad física o mental, o las leyes que discriminan sobre la base de cualquier razón que sea análogo a alguno de los

⁵⁴ *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416.

⁵⁵ *An Act to Amend the Income Tax Act*, S.C. 1994, c. 21, s. 107.

⁵⁶ *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30

⁵⁷ *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36

⁵⁸ *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62

⁵⁹ Hogg, *supra* note 20 § 45.5(b).

⁶⁰ *Supra* 15.

⁶¹ El texto completo del artículo 15(1) establece: “Toda persona es igual ante y bajo la ley y tiene el derecho a la misma protección y al mismo beneficio de la ley sin discriminación y, en especial, sin discriminación por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física.

motivos enumerados. Típicamente, cuando una ley es declarada inconstitucional por una violación del artículo 15 (1), el problema es que la ley es menos inclusiva, de manera tal que las personas que están en la posición del demandante, que tienen el derecho constitucional de ser incluidos, sufren la desventaja de ser excluidos. Una decisión judicial conforme al artículo 15(1) obliga a la legislatura a integrar a la persona o al grupo que ha sido excluido.⁶² No obstante, hay numerosas maneras distintas de cumplir con el artículo 15 (1) que permiten a los cuerpos legislativos competentes establecer sus propias prioridades.

La solución más obvia es la de extender el beneficio de la ley menos inclusiva al grupo excluido. Por ejemplo, cuando la Corte de Apelaciones de Nueva Escocia sostuvo que una ley que extendía los beneficios familiares a las madres solteras, pero no a padres solteros, era inconstitucional⁶³, las regulaciones de los Beneficios Familiares de esa provincia fueron inmediatamente modificadas para permitir la igualdad de acceso a los beneficios familiares para padres solteros de ambos sexos.⁶⁴ La legislatura de Nueva Escocia obviamente consideró que la provisión de beneficios familiares era tan importante que el programa debía extenderse en lugar de eliminarse. Sin embargo, eliminar (o reducir) un beneficio estatal es otra opción que está abierta a una legislatura cuando una ley ha sido considerada menos inclusiva. Después de todo, no se trata del derecho del demandante a un cheque del gobierno, sino de un derecho a la igualdad, que la Corte ha ratificado.

Como es lógico, las legislaturas suelen optar por extender leyes menos inclusivas en lugar de eliminarlas por completo.⁶⁵ Sin embargo, esto refleja una decisión política por parte del órgano legislativo competente. Si el objetivo de la legislación es de importancia sustancial, esto generalmente va a justificar el gasto adicional o la carga administrativa (si la hay) que se necesita para eliminar la discriminación. A veces, la legislatura legislador puede, en cambio, optar por proporcionar beneficios un tanto reducidos a todos aquellos que tienen un derecho constitucional a ser incluidos.⁶⁶ El Artículo 15(1) da margen para diferentes

⁶² Será muy raro que una ley que es considerada discriminatoria bajo el artículo 15(1) sea sostenida bajo el artículo 1. Sin embargo, es posible: en *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R., cinco de nueve miembros de la Corte Suprema de Canadá consideraron que las disposiciones contenidas en la *Ley de Seguro de Vejez* de Canadá R.S.C. 1985, c. O-9, arts. 2, 19(1), violaban el artículo 15(1), pero Sopinka J., en 576, consideró que la ley podía sustentarse bajo el artículo 1. Por ello, la ley fue ratificada en una mayoría de cinco a cuatro.

⁶³ *Phillips v. Social Assistance Appeal Board (N.S.)* (1986), 76 N.S.R. (2d) 240 (C.A.)

⁶⁴ N.S. Reg. 72/87.

⁶⁵ En nuestra encuesta de casos donde una ley fue derogada en virtud de la *Carta*, no hay ningún caso en el que el órgano legislativo competente haya optado por eliminar el beneficio en lugar de extenderlo a un grupo excluido.

⁶⁶ Ésta fue la solución elegida por el Parlamento ante la decisión en *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, que determinó que era inconstitucional negarles a los

elecciones legislativas de este tipo, de modo que los órganos elegidos democráticamente siguen siendo los responsables en última instancia de establecer sus propias prioridades presupuestarias, aunque de una manera que no discrimine a los grupos desaventajados. Por lo tanto, las decisiones basadas en el Artículo 15(1) dejan la puerta abierta para el diálogo entre los tribunales y los legisladores.

IV. BARRERAS PARA EL DIÁLOGO: ALGUNAS DECISIONES DE LA CARTA PUEDEN NO ESTAR “ABIERTAS A LA DISCUSIÓN”

A. Tres Situaciones Donde El Diálogo Es Excluido

Mientras que la situación general es que las decisiones de la Constitución dejen algunas opciones abiertas para el cuerpo legislativo competente, y permitan que se de un diálogo entre los jueces y los legisladores, debemos reconocer que puede haber ciertas circunstancias donde la corte tendrá, por necesidad, la última palabra. Parece haber tres situaciones donde ese será el caso: (1) cuando el artículo 1 de la Constitución no sea aplicable; (2) cuando un juez declare que el *objetivo* de la legislación impugnada es inconstitucional; y (3) cuando fuerzas políticas hagan imposible que el legislador modele una respuesta a la decisión constitucional del juez.

1. Cuando el artículo 1 no es aplicable

Es posible que algunos de los derechos protegidos por la Carta sean encuadrados dentro de términos tan específicos que no hay lugar para que el Parlamento o una legislatura provincial imponga “límites razonables” sobre aquellos derechos. Esta fue la postura adoptada por la Corte Suprema de Canadá, con respecto a los derechos de educación de idiomas minoritarios, en el primer caso examinado por la Corte sobre la Carta. El caso fue *Quebec (A.G.) v. Quebec Protestant School Boards* (1984)⁶⁷. Se trataba de las disposiciones contenidas en la Carta de la Lengua Francesa de Quebec⁶⁸, que restringía las admisiones a escuelas de idioma inglés de Quebec a aquellos niños cuyos padres habían recibido enseñanza del idioma inglés en Quebec. Bajo los términos expresos del artículo 23(1)(b) de la Carta, los padres que eran ciudadanos canadienses y residentes en Quebec, y que habían recibido su educación primaria en inglés *en cualquier lugar* de Canadá, tenían derecho a que sus hijos recibieran educación

padres naturales los beneficios que fueron extendidos a padres adoptivos bajo el la *Ley Seguro de Desempleo, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 32*. La solución del Parlamento (que, en realidad, fue dictada antes de que la Corte Suprema de Canadá tomara su decisión final) fue proporcionar un paquete de beneficios reducido tanto a padres naturales como adoptivos: una *Ley Para Enmendar la Ley de Seguro de Desempleo S.C. 1990, c. 40, s. 24*

⁶⁷ [1984] 2 S.C.R. 66 [en adelante *Quebec School Boards*].

⁶⁸ R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 72-88.

del idioma inglés en Quebec.⁶⁹ Apartándose de la ley de Quebec, la Corte se negó a considerar el argumento, anticipado por el fiscal general de Quebec, de que la ley de Quebec podría justificarse bajo el artículo 1 de la Carta como una medida de protección del idioma y la cultura francesa. Según la Corte, debido a que la ley era una directa contradicción entre los términos de la Carta, la justificación del artículo 1 no era una posibilidad.

El caso de *Quebec School Boards* es algo así como una anomalía, y la decisión de la Corte Suprema de Canadá de que el artículo 1 no aplicaba se basaba en la dudosa afirmación de que la ley de Quebec era una “negación de”, en lugar de un “límite a”, un derecho de la Carta.⁷⁰ La Corte no se ha negado a considerar la posibilidad de la justificación del artículo 1 en cualquier otro caso,⁷¹ y puede ser que el caso de *Quebec School Boards* haya sido erróneamente resuelto. Sin embargo, el caso de *Quebec School Boards* proporciona un ejemplo de una situación en la que no era posible que la legislatura superara la decisión de la Corte. Dado que ni una justificación del artículo 1 ni una invalidación del artículo 33⁷² era adecuado, Quebec fue obligada a abandonar su objetivo legislativo original y a cumplir con las directivas de la Corte.⁷³

2. Cuando el objetivo de la ley es inconstitucional

⁶⁹ El artículo 23 (1) (b) de la Carta dice lo siguiente:

(1) Los ciudadanos de Canadá: ... (b) que han recibido su instrucción primaria en Canadá en Inglés o Francés y residen en una provincia donde el idioma en el que recibieron esa instrucción es la lengua inglesa o francesa de la minoría lingüística de la población de la provincia, tiene el derecho a que sus hijos reciban la instrucción de la escuela primaria y secundaria en ese idioma en esa provincia.

⁷⁰ La distinción entre “negaciones” y “límites” es criticada en *Hogg, v. supra* 20 § 35.6

⁷¹ La decisión de la Corte Suprema de Canadá en *R. v Askov*, [1990] 2 S.C.R 1199 [en adelante, *Askov*] es de alguna manera similar al caso *Quebec School Boards*. En *Askov*, la Corte designó de seis a ocho meses entre la reclusión y el juicio como el límite de tiempo al aire libre para que el Estado cumpla con el derecho de un acusado, bajo el artículo 11 (b) de la Carta, a un juicio en un plazo razonable. La Corte se negó a aceptar los argumentos de la Corona de que un retraso de más de ocho meses debería aceptarse como justificado, al menos por el tiempo que se necesitaría para remediar el retraso en los tribunales. Mientras ninguna ley fue revocada en *Askov*, la decisión dejó a la Corona sin opciones; la Corona se vio obligada a desestimar los cargos contra más de 47.000 personas acusadas hasta que más jueces y fiscales pudieran ser designados para eliminar la demora sistémica en los tribunales.

⁷² El Artículo 33 sólo está disponible con respecto al artículo 2 y artículos 7 a 15 de la Carta.

⁷³ Quebec no modificó formalmente la Carta de la Lengua Francesa R.S.Q. 1977, c. C-11, para dar cumplimiento a la decisión en el caso *Quebec School Boards, v. supra* 67, hasta 1993: *v. supra* 29, artículos 23 a 35. Por supuesto, la decisión misma tuvo el efecto inmediato de obligar a la provincia a permitir a los hijos de ciudadanos canadienses que habían sido educados en inglés en provincias distintas a Quebec, a concurrir a escuelas de idioma inglés.

Aun cuando un tribunal ha estado dispuesto a elaborar argumentos bajo el artículo 1 de la Carta, la decisión de derribar una ley por la violación de la Carta será virtualmente imposible de superar si la Corte determina que la ley no pasa el primer test de la justificación del artículo 1: el requisito de que la ley tenga un “propósito urgente y sustancial” (apremiante y esencial?) que justifique limitar un derecho de la Carta. En la práctica, los tribunales rara vez han declarado que una ley no cumple con este umbral inicial. No obstante, hay algunas excepciones en la jurisprudencia, especialmente para leyes cuyo *propósito*, a diferencia de los *efectos* de la ley, viole la Carta.

El primer ejemplo es *R. v. Big M Drug Mart Ltd* (1985),⁷⁴ en el que la Corte Suprema de Canadá revocó la ley federal del Día del Señor.⁷⁵ En ese caso, la Corte determinó que el propósito de la Ley era “obligar a la observancia del Sábado Cristiano.”⁷⁶ Esto era una violación a la garantía de la libertad religiosa en virtud del artículo 2(a) de la Carta. Además, dado que la Corte sostuvo que el objetivo principal de la Ley del Día del Señor era contrario a la Carta, no había posibilidad de avanzar en el mismo objetivo a través de una enmienda posterior de la Ley.⁷⁷ Por consiguiente, la Corte dio su última palabra cuando revocó la Ley del Día del Señor.⁷⁸ La Ley no fue nunca derogada, pero fue simplemente eliminada de la ulterior consolidación de estatutos federales.⁷⁹

Un ejemplo más reciente de una legislación que no logró cumplir con el umbral del “propósito urgente y sustancial” es el caso de *Somerville v. Canadá (A.G.)* (1996)⁸⁰. En ese caso, la Cámara de Apelaciones de Alberta unánimemente sostuvo que las disposiciones contenidas en la Ley Electoral de Canadá⁸¹, que limitaban los gastos electorales de terceros y establecían censuras propagandísticas al principio y al final de las campañas electorales nacionales,

⁷⁴ [1985] 1 S.C.R. 295 [en adelante *Big M Drug Mart*]. Tenga en cuenta que este caso se decidió antes de *Oakes, v. supra* 31, que establece el examen judicial estándar [standard judicial test] para la justificación del artículo 1.

⁷⁵ R.S.C. 1970, c. L-13.

⁷⁶ *Big M Drug Mart, v. supra* 74 a 351.

⁷⁷ El Fiscal General de Canadá, sin embargo, había sugerido que la Ley del Día del Señor tenía otros objetivos, tales como el propósito secular de proporcionar un día de pausa común. La provincia de Ontario había promulgado una ley con el propósito “secular” de proporcionar un día de pausa común (que resultó ser el domingo); esta legislación fue posteriormente desafiada en virtud de artículo 2 (a) de la Carta, y apoyada bajo el artículo 1: *R. v. Edwards Books and Art*, [1986] 2 S.C.R. 713

⁷⁸ Tenga en cuenta, sin embargo, que habría sido posible apoyar la Ley del Día del Señor sobre la base de la invalidez del artículo 33, si el Parlamento hubiera estado más inclinado.

⁷⁹ La Ley del Día del Señor no fue incluida en los Estatutos Revisados de Canadá 1985.

⁸⁰ (1996), 184 A.R. 241 (C.A.) [en adelante *Somerville*].

⁸¹ *v. supra* 32, s. 213.

eran inconstitucionales por violar los artículos 2(d) (libertad de expresión), 2(d) (libertad de asociación), y 3 (derecho al voto) de la Carta. Con respecto a los gastos de terceros, la mayoría de la Cámara de Apelaciones sostuvo que el objetivo de la Ley estaba “principalmente dirigido a preservar un sistema electoral que le daba una voz privilegiada a partidos políticos y candidatos oficiales dentro de esos partidos.”⁸² Conrad J.A., quien redactó la decisión de la mayoría, afirmó que el objetivo de la ley atacaba “el centro de estos derechos y libertades fundamentales [expresión, asociación y voto informado] y podría decirse que es una legislación que tiene como propósito mismo la restricción de estos derechos y libertades, lo cual nunca puede ser justificado.”⁸³ El juicio de la mayoría también desestimó los objetivos detrás las disposiciones de censura por ser “ilógicas” y sin mérito.⁸⁴ La condena de las disposiciones de la Ley Electoral de Canadá en *Somerville* por parte de la Cámara de Apelaciones de Alberta parece ir más allá de derribar el gasto de terceros y las disposiciones de censura. La sentencia también parece excluir la posibilidad de promover los objetivos de la legislación a través de una enmienda a las disposiciones. Cuando una decisión judicial sostiene que una ley tiene “objetivos objetables”, la única manera posible de que el Parlamento o una legislatura supere la decisión es mediante el uso de la invalidación legislativa del artículo 33. Y donde, al igual que con las disposiciones de la Ley Electoral de Canadá, la invalidación no sea posible,⁸⁵ el tribunal, por necesidad, tiene la última palabra.

3. Cuando las fuerzas políticas imposibilitan la acción legislativa

Una tercera situación que puede obstaculizar el diálogo entre los tribunales y las legislaturas aparece cuando una cuestión es tan polémica que parece **excluir** una respuesta legislativa a una decisión judicial de derogar una ley por violar la Carta. Un ejemplo de esto es la situación que acaeció luego de la sentencia en *R. v. Morgentaler* (1988).⁸⁶ En *Morgentaler*, las restricciones al aborto en el *Código Penal* fueron derogadas por privar indebidamente a las mujeres embarazadas de libertad o seguridad personal, contrarias al artículo 7 de la Carta. En el *obiter dictum*, la Corte agregó que una ley de aborto menos restrictiva podría posiblemente ser defendida.⁸⁷ En 1990, un proyecto de ley que pudo haber implementado una ley de aborto menos restrictiva fue presentado en el

⁸² *Somerville*, v. supra 80 en 263.

⁸³ *Ibíd.* 266

⁸⁴ *Ibíd.* 266

⁸⁵ La invalidación del artículo 33 no estaba disponible para resucitar la legislación derribada en *Somerville*, v. supra 80, porque se consideró que la legislación violaba el artículo 3 de la Carta (derecho al voto), que es uno de los derechos garantizados que es inmune al poder de invalidación legislativa.

⁸⁶ [1988] 1 S.C.R. 30 [en adelante *Morgentaler*].

⁸⁷ *Ibíd.* 76, Lamer J.; 82-83, Beetz J.; and 183, Wilson J.

Parlamento. Sin embargo, esa ley fue impugnada tras un empate en el Senado, y el tema divisivo del aborto nunca ha sido revisado, ya sea en términos de una nueva ley, o incluso en términos de la derogación formal de la ley que fue declarada inconstitucional en 1988. **Mientras que / Si bien** ni la *Carta* ni la *Corte* excluyeron una respuesta legislativa a la decisión en *Morgentaler*, la cuestión del aborto es tan explosivo políticamente que elude el consenso democrático. Por lo tanto, la decisión de la Corte, derribando la vieja ley de aborto de Canadá, sigue siendo la última palabra en este tema.

Cuando las fuerzas políticas, a diferencia de las sentencias en sí, son la razón de la falta de respuesta de un órgano legislativo competente luego de que una ley es derogada con sustento en la Carta, difícilmente puede decirse que jueces no electos están sofocando el proceso democrático. De hecho, todo lo contrario es cierto; la decisión de la Carta introduce un tema difícil en la arena pública que de otra manera habría permanecido inactivo, y obliga al Parlamento o a la legislatura a encargarse de las viejas leyes que probablemente habían perdido gran parte de su apoyo público original. Si una nueva ley tarda en materializarse, esa es sólo una de las consecuencias de un sistema democrático de gobierno, no una revisión judicial que falla.

V. LA NATURALEZA DEL DIÁLOGO ENTRE LOS TRIBUNALES Y LAS LEGISLATURAS CANADIENSES

A. *La Mayoría de las Decisiones Tienen Secuelas Legislativas*

Las decisiones que se acaban de discutir, en las que el diálogo entre el tribunal y el órgano legislativo competente no ha sido posible, son realmente excepcionales. Como aludimos anteriormente en este ensayo, hemos encontrado que la mayoría de los casos en que las leyes han sido derogadas con sustento en la Carta han dado lugar a un diálogo entre el tribunal y el Parlamento o la legislatura provincial. Esta tendencia se ve reflejada en la tabla adjunta.

Tabla I
Tipo de Secuela Legislativa

	Fed.	BC	AL	SK	ON	QUE	NS	‡Otr.	Tot.
†Mod. Antes	9	1	0	0	1	0	0	0	11
Repeal	3	1	1	0	1	0	0	1	7
Mod. Después	21	2	0	0	4	3*	2	1	33
Utilizado	0	0	0	1	0	1	0	0	2

Hizo Nada 10 0 0 0 1 0 1 1 13

* Hubo dos secuelas al caso de *Ford v Quebec (A.G.)*, [1988] 2 S.C.R. 712: (1) el uso de la **excepción** legislativa; y (2) la modificación de la ley original. Ambos son reflejados en esta tabla. Así, el número total de casos es de 66. † Denota una ley que fue modificada antes de que se dicte una sentencia definitiva por el más alto de revisión. ‡ Otros denota legislación delegada, específicamente ordenanzas municipales y **Reglas de la Academia de Abogados de Alberta**.

La acción legislativa de algún tipo ha seguido todos menos trece de los sesenta y cinco casos que encuestamos; el 80 por ciento de las decisiones en esta encuesta han generado una respuesta legislativa. De los trece casos sin secuelas, a menos dos han sido objeto de la legislación propuesta,⁸⁸ y otros tres han sido decididos dentro de los últimos dos años,⁸⁹ haciendo prematuro descartar la posibilidad de una secuela legislativa en el futuro.

¿Son todas las secuelas legislativas un ejemplo de diálogo? Hemos tomado la posición de que cualquier legislación es diálogo, porque la acción legislativa es una respuesta consciente del órgano legislativo competente a las palabras dichas por los tribunales. Sin embargo, puede haber lugar para el debate acerca de qué cuenta exactamente como diálogo. Por ejemplo, en siete de los casos que revisamos,⁹⁰ el Parlamento o una legislatura provincial simplemente revocaron a disposición que se consideraba violatoria de la *Carta*. En esos casos, el cuerpo legislativo competente simplemente aceptó la decisión del tribunal, y podría argumentarse que no se llevó a cabo ningún “diálogo” verdadero. Del mismo modo, en varios casos en que órganos legislativos competentes modificaron sus leyes, la **legislación correctiva** meramente implementó los cambios que el tribunal de revisión había sugerido.⁹¹ No se hizo ningún esfuerzo para evitar el

⁸⁸ *Mogrentaler*, v. supra 86 (enmiendas en el Proyecto de Ley propuesto C-43, **Una Ley Respetando el Aborto**, 2da Sesión, 34va Parlam., 1989-90, fracasaron en el Senado: Canadá, Senado, *Debates*, 2da Sesión, 34va Parlam., 1989-90-91 (31 de enero 1991); y *Toronto (Ciudad de) v. Quickfall* (1994), 16 O.R. (3d) 665 (C.A.) (nueva ordenanza se encuentra en etapa de redacción: Municipalidad de Toronto Metropolitano, Comité de Planificación y Transporte, *Instalación de Carteles en Vías de Metro*, Reporte Nro. 12 (Toronto: Municipalidad de Toronto Metropolitano, 7 de mayo de 1997).

⁸⁹ Reference Re K. (1995), 23 O.R. (3d) 679 (Prov. Ct.); *Reform Party of Canada v. Canada*

(A.G.) (1995), 136 A.R. 1 (Q.B.); y *Somerville*, v. supra 80.

⁹⁰ Reference Re Section 94(2) of the B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486; Reference Re Blainey (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.); *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622 (T.D.); *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628 (T.D.); *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; y *Edmonton Journal v. Alberta (A.G.)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

⁹¹ Ver Apéndice para descripciones de las modificaciones legislativas posteriores. Por ejemplo, *Quebec School Boards*, v. note 67; Reference Re Hoogbruin (1985), 24 D.L.R. (4th) 718 (B.C.C.A.); *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); and *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416.

resultado alcanzado por el tribunal, y en al menos un caso no había posibilidad de hacerlo.⁹² En consecuencia, esos casos también podrían ser excluidos del significado de diálogo.

Empero, es probable que proyectar una noción de diálogo muy estrechamente para pasar por alto las medidas correctivas que han seguido las órdenes de la Corte, ya sea mediante la derogación o modificación de una ley inconstitucional. Empero, pasar por alto aquellas medidas correctivas que han meramente seguido las directivas de la corte, sea mediante la derogación o modificación de una ley inconstitucional, probablemente es abordar la noción de diálogo de manera muy estrecha. Después de todo, ¿siempre es posible que el resultado de un diálogo sea un acuerdo entre los participantes! Incluso si realmente excluyéramos aquellos casos, igualmente habría una gran mayoría de casos en que el órgano legislativo competente ha respondido a una decisión de la Carta cambiando el resultado de una manera substancial. Obviamente, en cualquier definición, el diálogo es muy frecuente entre los tribunales y las legislaturas canadienses.

B. *La Respuesta Legislativa a las Decisiones es Generalmente Inmediata*

Otro descubrimiento que surgió de nuestra investigación es que los legisladores canadienses típicamente responden de manera rápida a las decisiones en que una ley ha sido derogada en virtud de la Carta. La tabla adjunta demuestra el tiempo de respuesta para los casos que consideramos.

Tabla II
Tiempo de Respuesta Legislativa

	Fed.	BC	AL	SK	ON	QUE	NS	‡Otr.	Tot.
Antes de la Decis. Final	9	1	0	0	1	0	0	0	11
< 2 años	13	3	1	1	4	2	2	2	28
3 – 5 años	8	0	0	0	1	0	0	0	9
> 5 años	3	0	0	0	0	1	0	0	4

De los cincuenta y dos casos en que el Parlamento o una legislatura provincial ha implementado la legislación correctiva, en treinta y nueve casos (o 75 por ciento), la respuesta legislativa llegó dentro de los dos años. En nueve casos, la respuesta legislativa llevó más de dos años, pero menos de cinco. En sólo cuatro casos, fueron necesarios más de cinco años para obtener una respuesta.

⁹² Ver *Quebec School Boards*, v. supra 67.

Un caso en que la respuesta legislativa se demoró fue en *Quebec School Boards* (1984).⁹³ En ese caso, la legislación para armonizar las leyes de las escuelas de Quebec con el artículo 23(1)(b) de la Carta no fue promulgada hasta nueve años después de la sentencia de la Corte Suprema de Canadá.⁹⁴ Tal como explicamos previamente, *Quebec School Boards* fue uno de los casos extraños en que la legislatura se vio obligada a aceptar la dirección de la Corte Suprema de Canadá. Por supuesto, la decisión de la Corte tuvo que ser cumplido por los consejos escolares de Quebec incluso antes de que la legislación correctiva se promulgara. Sin embargo, quizás la demora en implementar formalmente la legislación correctiva puede ser vista de alguna manera como una protesta por los gobiernos sucesivos de Quebec ante el resultado en aquel caso. En este sentido, aun la falta de una acción legislativa que siga la decisión de la Corte podría ser vista como una especie de “diálogo”.

Los tres casos restantes⁹⁵ en que una respuesta legislativa ha tardado más de cinco años en materializarse, se han referido a la legislación nacional que controla el comercio de estupefacientes ilegales.⁹⁶ Las disposiciones afectadas, que fueron derogadas en la década de 1980, no fueron objeto de una atención legislativa sino hasta 1996, cuando el viejo control legislativo de narcóticos fue derogado y reemplazado por la nueva Ley de Drogas y Sustancias Controladas.⁹⁷ En estos tres casos, el retraso del Parlamento en abordar las fallas constitucionales en la vieja legislación no fue considerado una protesta contra las decisiones judiciales. Por el contrario, dado que las leyes en cuestión (**reversión de la carga de las provisiones y disposiciones mínimas de sentencia**) eran de una naturaleza tal que podían ser cumplidas por fiscales y tribunales sin ninguna enmienda formal de las leyes impugnadas, la necesidad de una legislación correctiva podía tener una prioridad menor en la agenda legislativa. De hecho, es notable que, de los nueve casos en los que el Parlamento no ha promulgado leyes correctivas hasta la fecha, cinco se refieren a disposiciones en el *Código Penal*.⁹⁸ Debido a que la Corona y los tribunales administran la ley penal, se puede contar con fiscales y jueces para ajustar sus prácticas para cumplir con la Carta, incluso antes de que los cambios hayan sido formalmente implementados a través de una nueva legislación. La

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ v. supra 29, ss. 23-35

⁹⁵ *R. v. Stanger* (1983), 46 A.R. 241 (C.A.); *Oakes*, v. note 31; y *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045.

⁹⁶ Dos estatutos estuvieron involucrados: la *Ley de Alimentos y Drogas*, R.S.C. 1985, c. F-27, y la *Ley de Control de Estupefacientes*, R.S.C. 1985, c. N-1.

⁹⁷ S.C. 1996, c. 19

⁹⁸ Estos casos son: *Morgentaler*, v. supra 86 (sobre delito de aborto); *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633 (sobre el elemento mental necesario para el asesinato en la comisión de otro delito); *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10 (sobre el delito de vivir de los beneficios de la prostitución); *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731 (sobre el delito de publicar noticias falsas intencionalmente); y *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711 (sobre el criterio para la denegación de libertad bajo fianza)

tendencia de los gobiernos a posponer enmiendas a la legislación de la justicia penal también es evidente en la siguiente tabla, que muestra el tiempo de respuesta de los gobiernos canadienses a las decisiones judiciales, en referencia al artículo de la Carta que ha sido violado.

Tabla III
Tiempo de Respuesta Legislativa por artículo de la Carta

Artículo de la Carta	Antes de la Decisión Final	Respuesta dentro de 2 años	Respuesta dentro de 3-5 años	Más de 5 años en Responder
2 (a)	0	2	0	0
2 (b)	1	6	2	0
2 (d)	0	1	0	0
3	0	3	2	0
6 (2) (b)	0	1	0	0
7	3	4	1	0
8	2	4	3	0
9	0	1	0	0
11 (a)	0	1	0	0
11 (d)	0	4	0	2
11 (h)	0	1	0	0
12	1	0	0	1
15 (1)	4	2	1	0
23 (1) (b)	0	0	0	1

C. Los Legisladores están Participando en “Charter-Speak” (Debate? Charla?)

La naturaleza del diálogo de la Carta entre tribunales y legislaturas canadienses no se ve reflejada en números solamente. El idioma de las leyes mismas posteriores a la Carta, particularmente en preámbulos legales y cláusulas del propósito/de la finalidad, sugieren que los legisladores canadienses están involucrándose en un diálogo consciente con el poder judicial. Cuando las leyes bordean cercanamente los límites de la Carta, y especialmente cuando nuevas leyes son promulgadas para reemplazar a aquellas que han sido derogadas en términos de la Carta, no es raro que el preámbulo de un estatuto explique cómo es que las medidas tomadas en la legislación están dirigidas hacia un objetivo “urgente y sustancial”, y están destinadas a “limitar razonablemente” derechos y libertades. Varias de las secuelas legislativas a los casos considerados en nuestra encuesta son ejemplos claros de esta tendencia. Por ejemplo, en *Canadian Civil*

Liberties Association v. Ontario (Minister of Education) (1990),⁹⁹ la Cámara de Apelaciones de Ontario derogó las regulaciones pertenecientes a la educación religiosa en las escuelas de Ontario por considerar que violaban la garantía de libertad religiosa del artículo 2(a) de la Carta. Ontario ya había intentado armonizar su regulación de educación religiosa con la Carta luego de que la Cámara de Apelaciones de Ontario suprimiera las regulaciones de educación religiosa en la provincia en 1988 por violar el artículo 2(a) en *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)*,¹⁰⁰ dos años antes que *CCLA*. Poco después del caso *CCLA*, Ontario hizo otro intento de promulgar directrices para la educación religiosa que podría ser sostenida por la Carta. Las nuevas directrices tornaron los programas de educación religiosa una parte opcional del plan de estudios prescrito, y específicamente declararon que las regulaciones revisadas de la provincia estaban diseñadas para “promover el respeto por la libertad de conciencia y de religión garantizada por la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades...*”¹⁰¹ Los legisladores de Ontario reconocieron así las obligaciones derivadas de la Carta que la Corte Suprema les había señalado, e indicaron que la nueva legislación estaba, en su opinión, dentro de los límites de la *Carta*. Esto parece ser un ejemplo explícito de diálogo.

El gobierno nacional respondió de manera similar ante la sentencia de la Corte Suprema de Canadá en *Commitee for the Commonwealth of Canada v. Canada* (1991).¹⁰² La decisión había derogado parte de las *Regulaciones Gubernamentales de Funcionamiento de Concesión de Aeropuertos (GACOR)* por ser excesivamente restrictivas de la libertad de expresión. El caso había sido presentado por dos miembros de un movimiento político, quienes fueron impedidos por la *GACOR* de difundir sus opiniones en el Aeropuerto de Dorval de Montreal. En 1995, las regulaciones fueron reemplazadas por límites menos restrictivos de la libertad de expresión en los aeropuertos de Canadá.¹⁰³ Junto con las nuevas regulaciones, el Ministerio de Transporte federal también emitió una Declaración de Análisis del Impacto Regulatorio que explicaba que el vacío producido por la invalidación de las viejas regulaciones había llevado al caos en los aeropuertos, e inclusive “confrontaciones físicas”, porque no había habido ninguna regulación efectiva para los vendedores y proveedores de servicios que operaran fuera de los aeropuertos de Canadá.¹⁰⁴ La Declaración de Análisis del Impacto también mencionaba explícitamente el caso de la *Commonwealth*, y denotaba que las nuevas regulaciones federales no limitaban el tipo de expresión (no comercial) que había sido el tema central de ese caso. Mientras que la

⁹⁹ (1990), 71 O.R. (2d) 341 (C.A.) [en adelante *CCLA*].

¹⁰⁰ (1988), 65 O.R. (2d) 641 (C.A.).

¹⁰¹ O. Reg 677/90, ss. 29, 29a.

¹⁰² [1991] 1 S.C.R. 139 [en adelante *Commonwealth*].

¹⁰³ SOR/95-228

¹⁰⁴ Regulatory Impact Analysis Statement, C. Gaz. 1995.II.1467

Declaración de Análisis del Impacto Regulatorio no tenía fuerza de ley, sí enfatizaba que el gobierno había intentado respetar las obligaciones derivadas de la *Carta*, y que los límites a la expresión en las nuevas regulaciones estaban dirigidos a asuntos “urgentes y sustanciales”.

Un tercer ejemplo del gobierno participando del “Charter-speak” al promulgar nuevas leyes es la respuesta del Parlamento a la decisión tomada en *R. v. Daviault* (1994).¹⁰⁵ En ese caso, el abogado del Sr. Daviault, quien había sido condenado por ataque sexual, argumentó exitosamente ante la Corte Suprema de Canadá que los artículos 7 y 11(d)¹⁰⁶ de la *Carta* exigían que se le permitiera a una persona acusada avanzar en la defensa de que estaba en un estado de “embriaguez similar al automatismo”, y que no requerían de *mens rea* para el delito. Antes de la sentencia de *Daviault*, la regla del common law había sido que la defensa de la embriaguez no operaba para una persona acusada de un delito “de intención general”, como el ataque sexual. La Corte Suprema de Canadá hizo lugar al argumento del Sr. Daviault de que la extrema embriaguez era una defensa, y la Corte le concedió un nuevo juicio.

Luego de la decisión en *Daviault*, hubo una protesta pública significativa, particularmente por parte de los grupos de víctimas y de mujeres. El Parlamento respondió con una legislación que disponía que la intoxicación auto-inducida ya no sería una defensa a un delito que involucrara “un ataque o cualquier otra interferencia o amenaza de interferencia de una persona hacia la integridad física de otra persona”.¹⁰⁷ La legislación explicó que la responsabilidad penal se sujetaría a personas que cometieron delitos “de intención general” violentos estando intoxicadas, ya que el estado de intoxicación auto-inducida es una notable desviación “del estándar de cuidado razonable generalmente reconocido por la

¹⁰⁵ [1994] 3 S.C.R. 63.

¹⁰⁶ El texto completo del art. 7 se reproduce, v. supra 43. El texto completo del art. 11(d) establece: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho (d) a ser considerado inocente hasta no ser declarado culpable, con sujeción a la ley, por un tribunal independiente e imparcial a la conclusión de un proceso público y justo”

¹⁰⁷ S.C. 1995, c. 32, art. 1, agregando un nuevo art. 33.1 al *Código Penal*. El texto completo de las nuevas disposiciones acerca de la intoxicación auto-inducida dice:

(1) No es una defensa a un delito referido en el inciso (3) que el acusado, con motivos de intoxicación auto-inducida, carecía de la intención general o voluntariedad requerida para cometer el delito, cuando el acusado se apartó notablemente del estándar de cuidado descrito en el inciso (2).

(2) A los fines de este artículo, una persona se aparta notablemente del estándar de cuidado razonable generalmente reconocido por la sociedad canadiense y es, pues, penalmente responsable cuando la persona, en un estado de intoxicación auto-inducida que torna a la persona inconsciente de, o incapaz de controlar conscientemente, su conducta, voluntariamente o involuntariamente interfiere o amenaza interferir en la integridad física de otra persona.

(3) Este artículo es aplicable a cualquier delito de esta Ley o de cualquier otra Ley del Congreso que incluya como elemento al ataque o a cualquier otra interferencia por parte de una persona en la integridad física de otra persona.

sociedad canadiense".¹⁰⁸ Lo que es destacable de la legislación post-*Devault* es que el Parlamento básicamente ha promulgado sin modificaciones los propósitos mismos de ley que la Corte Suprema de Canadá rechazó en el caso *Devault*. Sin embargo, el estatuto también incluye un preámbulo extenso ofreciendo justificaciones para la nueva ley, incluyendo la asociación entre intoxicación y la violencia contra las mujeres y niños. La posición del Parlamento en el diálogo sobre esta cuestión puede verse como una refutación de la posición mayoritaria en *Daviault*, y será interesante ver cómo los tribunales responderán cuando el asunto se les presente por segunda vez.¹⁰⁹

D. El Diálogo Puede Ocurrir Incluso Cuando Las Leyes Se Defiendan

Este ensayo se ha centrado principalmente en los cambios legislativos que han seguido las sentencias que derogaron leyes por violaciones a la *Carta*. Empero, debe notarse que a veces las decisiones judiciales pueden tener un impacto en la legislación incluso cuando el tribunal no deroga ninguna ley.

Un ejemplo de esto es el resultado de la sentencia de 1995 en el caso *Thibaudeau v. Canada*.¹¹⁰ El caso se refería a las disposiciones en la *Ley de Impuesto a las Ganancias* que le permitía a un padre sin custodia deducirse los pagos de la manutención del hijo del ingreso (generalmente del de él), y que requería que un padre con custodia incluyera los pagos de la manutención infantil en el ingreso (generalmente en el de ella). La actora, una madre con custodia, argumentó que su obligación de pagar impuesto a los ingresos por los pagos que recibía del padre no custodio en concepto de alimentos violaba el artículo 15(1) (garantía de igualdad) de la *Carta*. Sin embargo, la mayoría de la Corte Suprema rechazó su petición, sosteniendo que no había ningún apartamiento del artículo 15(1). El caso de la Sra. Thibaudeau atrajo una gran parte de la atención de los medios, y expuso el hecho de que la *Ley de Impuesto a las Ganancias* podía, a veces, dar lugar a dificultades para los padres custodios. Por consiguiente, pese a que el Procurador General de Canadá ha prevalecido en los tribunales, anunció poco después de la decisión en *Thibaudeau* que el Parlamento iba a cambiar el esquema inclusión-deducción para los pagos de alimentos en la *Ley de Impuesto a las Ganancias*. Las modificaciones a la *Ley* fueron promulgadas en 1997, bajo la cual los pagos por la manutención de los niños no son más deducibles por el padre no custodio, y no son más gravables como ingreso del padre custodio.¹¹¹

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ Aún no ha habido un desafío directo al art. 33.1 del *Código Penal* (las disposiciones sobre la intoxicación auto-inducida), aunque un tribunal provincial de Ontario sostuvo que la legislación no aplica respecto de delitos cometidos antes de la entrada en vigencia de las disposiciones: *R. v. McShane*, [1996] O.J. Nro. 361 (QL) (Prov. Ct.)

¹¹⁰ [1995] 2 S.C.R. 627 [en adelante *Thibaudeau*].

¹¹¹ *Reforma al Presupuesto del Impuesto a las Ganancias*, 1996, S.C. 1997, c. 25. Las modificaciones sólo se aplican a las órdenes de manutención de los hijos hechas o

La respuesta del Parlamento a la decisión en *Thibaudeau* enfatiza que es un error considerar que la *Carta* le da a los tribunales no electos un poder de veto por sobre la voluntad democrática de los órganos legislativos competentes. Los legisladores canadienses no son indiferentes a las preocupaciones por la igualdad y por las libertades civiles, que se plantean en los casos de la *Carta*, y no siempre esperan a que un tribunal los “obligue” a modificar sus leyes antes de que estén dispuestos a considerar leyes más justas, menos restrictivas, o más inclusivas. La influencia de la *Carta* se extiende mucho más allá de los límites de lo que los tribunales definen como obligatorios. El diálogo de la *Carta* puede continuar fuera de los tribunales aun cuando éstos sostengan que no hay una cuestión acerca de la *Carta* de la cual hablar.

VI. CONCLUSION

Nuestra conclusión es que la crítica de la *Carta* basada en legitimidad democrática no puede ser sostenida. Sin duda, la Corte Suprema de Canadá es un cuerpo de abogados de mediana edad, no elegidos, y no responsables directamente frente a la ciudadanía. Sin duda, este cuerpo, de cuando en cuando, deroga leyes sancionadas por los órganos legislativos electos, responsables y representativos. Sin embargo, las decisiones de la Corte casi siempre dan lugar a una respuesta legislativa, y en general reciben una respuesta legislativa. Al final, si la voluntad democrática está ahí, el objetivo legislativo igual va a ser alcanzado, aunque con algunas garantías nuevas que protejan la libertad y derechos individuales. La revisión judicial no es un “poder de veto sobre las políticas de la nación”,¹¹² sino el comienzo de un diálogo acerca de cómo conciliar de la mejor manera los valores individualistas de la *Carta* con la realización de políticas sociales y económicas en beneficio de la comunidad como un todo.

modificadas luego de la entrada en vigor de la enmienda. Esto es porque el monto de órdenes de manutención de niños previas a 1997 habrían sido determinadas con referencia a las disposiciones de la *Ley del Impuesto a las Ganancias* que aplicaban después. Las modificaciones, igualmente, permiten a los padres elegir si ser gravados por pagos de manutención hechos antes de 1997 conforme al nuevo esquema.

¹¹² R. Dworkin, “The Forum of Principle” (1981) 56 N.Y.U. L. Rev. 469 at 469.

APPENDIX: LEGISLATIVE SEQUELS TO LAWS NULLIFIED FOR BREACH OF THE CHARTER*

R. v. Lucas

(1983), 57 N.S.R. (2d) 159 (A.D.).

Law Affected: Ability to give an overly vague short form to substitute for a description of the offence with which the accused was charged:

Summary Proceedings Act, S.N.S. 1972, c. 18, s. 5(1), as am. by S.N.S. 1977, c. 69, s. 5A.

Charter Section Breached: s. 11(a).

Legislative Sequel: A regulation was enacted to amend the section prescribing how an offence under the *Summary Proceedings Act* was to be described to an accused: N.S. Reg. 13/84

Reference Re Mitchell and the Queen

(1983), 42 O.R. (2d) 481 (H.C.J.).

Law Affected: Indeterminate sentences to be imposed on “habitual criminals”: *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 688.

Charter Section Breached: s. 12.

Legislative Sequel: The provisions themselves had already been repealed by the time of this decision: *Criminal Law Amendment Act*, 1977, S.C. 1976-77, c. 53, s. 14. Indeterminate sentences still exist for “dangerous offenders”: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c-46, s. 753.

R. v. Stanger

(1983), 46 A.R. 241 (C.A.).

Law Affected: Reverse onus clauses: *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 8, and *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, s.43.

Charter Section Breached: s. 11(d).

Legislative Sequel: Both the *Food and Drugs Act* and the *Narcotic Control Act* were repealed and replaced with the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, which does not contain a reverse onus clause.

Reference Re Southam Inc. and the Queen (No. 1)

(1984), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.).

Law Affected: Closed-court provisions: *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, ss. 12, 36.

Charter Section Breached: s. 2(b).

Legislative Sequel: By the time of this decision the *Juvenile Delinquents Act* had been repealed and replaced: *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110. Section 39 of this *Act* allows for the trials of young persons to be held in camera at the judge’s discretion. This provision was subsequently upheld in *Reference Re Southam Inc. and the Queen* (1986), 53 O.R. (2d) 663 (C.A.).

Reference Re Ontario Film and Video Appreciation Society

(1984), 45 O.R. (2d) 80 (C.A.).

Law Affected: Ontario censorship provisions which set no legal standards for discretion: *Theatres Act*, R.S.O. 1980, c. 498, ss. 3(2)(a), (b), 35, 38.

Charter Section Breached: s. 2(b), and s. 1 requirement that limits be “prescribed by law.”

Legislative Sequel: The *Theatres Act* was amended to implement an appeal procedure to Board decisions: *An Act to Amend the Theatres Act*, S.O. 1984, c. 56, ss. 35(8), (9). As well, regulations pursuant to the *Theatres Act* now set out detailed guidelines: O. Reg. 487/88 (see especially s. 14, “Board Criteria for Refusal to Approve”).

National Citizens’ Coalition v. Canada (A.G.)

(1984), 32 Alta. L.R. (2d) 249 (Q.B.).

Law Affected: Restrictions on third-party campaign expenditures: *Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14, s. 70.1(1), as am. By S.C. 1980-81-82-83, c. 164, s. 14.

Charter Section Breached: s. 2(b).

Legislative Sequel: No legislative sequel was found, but there have been two recent sequels in the Courts. Other *Canada Elections Act* provisions aimed at controlling expenses were declared of no force or effect by the Alberta Court of Appeal in *Somerville v. Canada*, below, and in *Reform Party of Canada v. Canada (A.G.)* (1995), 174 A.R. 169 (C.A.).

Quebec (A.G.) v. Quebec Protestant School Boards ,

[1984] 2 S.C.R. 66.

Law Affected: More restrictive eligibility rules for attending minority language (English) schools than provided in the Canadian *Charter: Charter of the French Language*, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 72-88.

Charter Section Breached: s. 23(1)(b).

Legislative Sequel: The *Charter of the French Language* was amended to comply with the Canadian *Charter*, but not until 1993: *An Act to Amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1993, c. 40, ss. 23-35.

Hunter v. Southam Inc.,

[1984] 2 S.C.R. 145.

Law Affected: Search and seizure provisions: *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 10(1), (3).

Charter Section Breached: s. 8.

Legislative Sequel: A new procedure for getting search warrants, issued by the Federal Court, was instituted by the *Combines Investigation Act’s* successor: *Competition Act*, S.C. 1986, c. 26, s. 13.

M.N.R. v. Kruger,

[1984] 2 F.C. 535 (C.A.).

Law Affected: Search and seizure provisions: *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231(4), (5) (see also Reference Re Print Three, below).

Charter Section Breached: s. 8.

Legislative Sequel: The provisions were amended in 1986: *An Act to Amend the Income Tax Act and Related Statutes*, S.C. 1986, c. 6, s. 121, but the modifications were also found to be unconstitutional in *Baron v. Canada*, below.

***Luscher v. Revenue Canada*,**

[1985] 1 F.C. 85 (C.A.).

Law Affected: Prohibition on importing “immoral or indecent” books: *Customs Tariff*, R.S.C. 1970, c. C-41, s. 14, Schedule C, tariff item 99201-1.

Charter Section Breached: s. 2(b), and s. 1 requirement that limits be “prescribed by law.”

Legislative Sequel: In 1987, the *Customs Tariff* schedules which were in effect at the time of this case were completely repealed and replaced: *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 49 to R.S.C. 1985 (3d Supp.), c. 41. An item equivalent to the one struck down in this case appears in Schedule VII, as item 9956. Instead of the vague references to “immoral and indecent character” which were impugned in *Luscher*, item 9956 prohibits books and other media which offend s. 159(8) (obscenity) and/or s. 281.3(8) (hate propaganda) of the *Criminal Code* R.S.C. 1970, C-34 as am. by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 11, s. 1.

***Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,**

[1985] 1 S.C.R. 177.

Law Affected: Refugee determination provisions: *Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 2, 45, 55, 70, 71.

Charter Section Breached: s. 7 (and s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44).

Legislative Sequel: New procedures for hearing claims were implemented in 1986: *An Act to Amend the Immigration Act*, 1976, S.C. 1986, c. 13, s. 5.

***R. v. Big M Drug Mart Ltd.*,**

[1985] 1 S.C.R. 295.

Law Affected: Sunday closing: *Lord’s Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, in its entirety.

Charter Section Breached: s. 2(a).

Legislative Sequel: Although there is no Act or order repealing the *Lord’s Day Act* to be found on the books, the *Act* was not recorded in the R.S.C. 1985, and stops appearing in the Table of Statutes for the Statutes of Canada as of 1990.

RWDSU v. Saskatchewan

(1985), 39 Sask. R. 193 (C.A.).

Law Affected: A Saskatchewan back-to-work law affecting the plaintiffs in this case: *Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, c. D-1.1, ss. 2(a), (b), (d), (e), (f), 3(a), 6, 7(b), (c), 8.

Charter Section Breached: s. 2(d) (as held by the Sask. C.A.).

Legislative Sequel: Saskatchewan re-enacted the law by invoking s. 33 of the *Charter* with an explanatory preamble: *The SGEU Dispute Settlement Act*, S.S. 1984-85-86, c. 111. This proved unnecessary when the S.C.C. reversed the decision of the Court of Appeal and held that the original enactment had been constitutional: *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460.

Reference Re Print Three Inc.

(1985), 51 O.R. (2d) 321 (C.A.).

Law Affected: Search and seizure provisions: *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231, (see also *M.N.R. v. Kruger*, above).

Charter Section Breached: s. 8.

Legislative Sequel: The impugned provisions were modified in 1986: *An Act to Amend the Income Tax Act and Related Statutes*, S.C. 1986, c. 6, s. 121, but the modifications were also found to be unconstitutional in *Baron v. Canada*, below.

Reference Re Hoogbruin

(1985), 24 D.L.R. (4th) 718 (B.C.C.A.).

Law Affected: No provisions for absentee voters: *Election Act*, R.S.B.C. 1979, c. 103, s. 2(1).

Charter Section Breached: s. 3.

Legislative Sequel: British Columbia amended s. 2(1) to include absentee voting provisions in 1987: **Election Amendment Act**, 1987, S.B.C. 1988, c. 2. The federal Election Act was similarly amended in 1993: *An Act to Amend the Canada Elections Act*, S.C. 1993, c. 19, Schedule II, Part III.

Reference Re Section 94(2) of the B.C. Motor Vehicle Act,

[1985] 2 S.C.R. 486.

Law Affected: Absolute liability offence which was subject to a minimum term of imprisonment: *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 94(2), as am. by S.B.C. 1982, c. 36, s. 19.

Charter Section Breached: s. 7.

Legislative Sequel: British Columbia repealed the impugned subsection in 1986: *Motor Vehicle Amendments Act*, 1986, S.B.C. 1986, c. 19, s. 5. The province also enacted a new provision to the *Offence Act*, stipulating that “Notwithstanding section 4 (the general penalty clause) or the provisions of any other Act, no person is liable to imprisonment with respect to an absolute liability offence”: R.S.B.C. 1979, c. 305, s. 4.1 as am. by *Attorney General Statute Amendment Act* (No. 2), 1990, S.B.C. 1990, c. 34, s. 10. In *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44, a 5-4 majority of the Supreme Court of Canada held that despite the 1986 repeal of the *Motor Vehicle Act* subsection impugned in *Reference Re Section 94(2) of the B.C. Motor Vehicle Act*, driving with a suspended licence remained an absolute liability offence. Section 4.1 of the *Offence Act* was therefore used by the Court to read down a penalty of imprisonment for that offence.

R. v. Oakes,

[1986] 1 S.C.R. 103.

Law Affected: Reverse onus clause in the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 8.

Charter Section Breached: s. 11(d).

Legislative Sequel: The *Narcotic Control Act* was repealed and replaced with the *Controlled Drugs and Substances Act*: S.C. 1996, c. 19, which does not contain a reverse onus clause.

Reference Re Blainey

(1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.).

Law Affected: An exemption for same-sex sports from gender equality provisions: Human Rights Code, S.O. 1981, c. 53, s. 19(2).

Charter Section Breached: s. 15(1).

Legislative Sequel: The impugned subsection was repealed in 1986: *An Act to Amend Certain Ontario Statutes to Conform to Section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, S.O. 1986, c. 64, s. 18(12).

Phillips v. Social Assistance Appeal Board (N.S.)

(1986), 76 N.S.R. (2d) 240 (C.A.).

Law Affected: Provisions which gave single mothers more liberal access to benefits than that afforded to single fathers in Nova Scotia: *Family Benefits Act*, S.N.S. 1977, c. 8, s. 5(4).

Charter Section Breached: s. 15(1).

Legislative Sequel: Alterations were made to the regulations passed pursuant to the Family Benefits Act which amended the impugned provisions to allow equal access to family benefits to single parents of both genders: N.S. Reg. 72/87

R. v. Sieben,

[1987] 1 S.C.R. 295.

Law Affected: Writs of assistance: *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 10(1)(a), (2), (3).

Charter Section Breached: s. 8.

Legislative Sequel: Writs of assistance were repealed prior to the S.C.C. case: *Criminal Law Amendment Act*, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 200.

R. v. Hamill,

[1987] 1 S.C.R. 301.

Law Affected: Writs of assistance: *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 10(1)(a), (2), (3).

Charter Section Breached: s. 8.

Legislative Sequel: Writs of assistance were repealed prior to the S.C.C. case: *Criminal Law Amendment Act*, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 200.

MacLean v. Nova Scotia (A.G.)

(1987), 76 N.S.R. (2d) 296 (T.D.).

Law Affected: Statute making those convicted and sentenced to imprisonment for five or more years ineligible to become candidates for the Nova Scotia House of Assembly for a five-year period: Ironically (since it was struck down) the impugned statute was entitled An Act respecting reasonable limits for membership in the House of Assembly, S.N.S. 1986, c. 104, s. 1 (bound in S.N.S. 1987) [our emphasis].

Charter Section Breached: s. 3.

Legislative Sequel: No sequel found.

R. v. Smith,

[1987] 1 S.C.R. 1045.

Law Affected: Minimum term of imprisonment for importing narcotics: *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(2).

Charter Section Breached: s. 12.

Legislative Sequel: *The Narcotic Control Act* was repealed and replaced with the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, which does not prescribe a minimum sentence for importing listed substances.

R. v. Vaillancourt,

[1987] 2 S.C.R. 636.

Law Affected: “Felony murder” or “constructive murder” offence (murder offence for causing death in the course of committing another crime with no mens rea requirement, subjective or objective, with respect to death): *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(d) as am. By *Criminal Law Amendment*, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 13.

Charter Section Breached: s. 7.

Legislative Sequel: The subsection creating this offence was repealed from the *Criminal Code: An Act to Amend the Criminal Code*, S.C. 1991, c. 4, s. 1.

R. v. Morgentaler,

[1988] 1 S.C.R. 30.

Law Affected: Abortion offence: *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251.

Charter Section Breached: s. 7.

Legislative Sequel: In 1991, Bill C-43, *An Act Respecting Abortion*, 2d Sess., 34th Parl., 1989-90, which would have enacted a less restrictive abortion law, was defeated in the Senate: Canada, Senate, Debates, 2d Sess., 34th Parl., 1989-90-91 (31 January 1991) at 5307. The old abortion laws remain “on the books” although being of no force or effect.

Corporation Professionnelle des Médecins du Québec v. Thibault,

[1988] 1 S.C.R. 1033.

Law Affected: Provisions which, in practice, allowed for an acquittal to be appealed by way of a trial de novo: *Summary Convictions Act*, R.S.Q. 1977, c. P-15, ss. 75, 78.

Charter Section Breached: s. 11(h).

Legislative Sequel: The *Summary Convictions Act* was repealed and replaced in 1990: *Code of Penal Procedure*, S.Q. 1990, c. 4.

Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)

(1988), 65 O.R. (2d) 641 (C.A.).

Law Affected: Regulations pursuant to Ontario’s Education Act, R.S.O. 1980, c. 129, s. 50, authorizing and prescribing the form of religious instruction in public schools: R.R.O. 1980, Reg. 262, s. 28(1).

Charter Section Breached: s. 2(a).

Legislative Sequel: The subsection which was specifically impugned was revoked in 1989 and modifications to related provisions were made in response to other criticisms raised in this case: O. Reg 6/89, s. 2(2). The modifications were not enough to prevent another Charter challenge to Ontario’s religious education regulations, however (see *Canadian Civil Liberties Association v. Ontario (Minister of Education)*, below).

Canadian Disability Rights Council v. Canada,

[1988] 3 F.C. 622 (T.D.).

Law Affected: Denying voting rights to persons with “mental disease”: *Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14, s. 14(4)(f).

Charter Section Breached: s. 3.

Legislative Sequel: Mental disease was repealed as a ground for disenfranchisement in 1993: *An Act to Amend the Canada Elections Act*, S.C. 1993, c. 19, s. 23(3).

Muldoon v. Canada,

[1988] 3 F.C. 628 (T.D.).

Law Affected: Provisions disqualifying federally-appointed judges from voting in federal elections: *Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14, s. 14(4)(d), as am. by *An Act Respecting Citizenship*, S.C. 1974-75-76, c. 108, s. 42.

Charter Section Breached: s. 3.

Legislative Sequel: By 1993 amendment, judges may now vote in federal elections: *An Act to Amend the Canada Elections Act*, S.C. 1993, c. 19, s. 23(1).

Ford v. Quebec (A.G.),

[1988] 2 S.C.R. 712.

Law Affected: Provisions stipulating that public signs in Quebec be in French only: *Charter of the French Language*, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 58, 69, 214.

Charter Section Breached: s. 2(b).

Legislative Sequel: The ban on English language signs was initially preserved by operation of an Act invoking s. 33 of the Canadian *Charter: An Act to Amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1988, c. 54, s. 10. In 1993, the legislation was modified to permit other languages on public signs as long as French was present and “predominant”: *An Act to Amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1993, c. 40, s. 18.

Andrews v. Law Society of British Columbia,

[1989] 1 S.C.R. 143.

Law Affected: Canadian citizenship requirement for membership in the Bar of British Columbia: *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42.

Charter Section Breached: s. 15(1).

Legislative Sequel: British Columbia repealed the *Barristers and Solicitors Act* in 1987 and replaced it: *Legal Profession Act*, S.B.C. 1987, c. 25, s. 28(1)(a). The text of that *Act* also makes Canadian citizenship a bar membership requirement. However, the Order in Council bringing the new *Act* into effect excluded those provisions which were ultimately declared of no force and effect by *Andrews*: B.C. Reg. 172/88. In 1993, the unenforced sections were done away with by regulation: B.C. Reg. 325/93, and the definition of “Canadian citizen” in the *Legal Profession Act* (which had been brought into force but obviously served no purpose) was repealed: *Legal Profession Amendment Act*, 1993, S.B.C. 1993, c. 31, s. 1.

Dixon v. British Columbia (A.G.)

(1989), 59 D.L.R. (4th) 247 (B.C.S.C.).

Law Affected: Statutorily created provincial voting districts with marked disparities in their respective populations: *Constitution Act*, R.S.B.C. 1979, c. 62, s. 19.

Charter Section Breached: s. 3.

Legislative Sequel: British Columbia amended its voting districts in 1990: *Electoral Districts Act*, S.B.C. 1990, c. 39. The amending statute made note of the population of each defined district in parentheses; these ranged from approximately 29,500 to approximately 45,000.

Black v. Law Society of Alberta

[1989] 1 S.C.R. 591.

Law Affected: Rules which purported to restrict the entry of out-of province law firms to the legal profession in Alberta: *Rules of the Law Society of Alberta*, ss. 75B, 154.

Charter Section Breached: s. 6(2)(b).

Legislative Sequel: In June of 1989, the Benchers of the Law Society of Alberta rescinded the impugned rules. They have not been replaced. Alberta completely revised its rules in 1995 but out-of-province access to the legal profession was not restricted

Edmonton Journal v. Alberta (A.G.)

[1989] 2 S.C.R. 1326.

Law Affected: Alberta prohibition on publishing material on matrimonial litigation except within narrowly defined parameters: *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 30.

Charter Section Breached: s. 2(b).

Legislative Sequel: Alberta repealed the impugned section and its associated provisions in 1991: *Miscellaneous Statutes Amendment Act*, 1991, S.A. 1991, c. 21, s. 15(3). A prohibition in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c-46, s. 166, which resembled the Alberta statute was repealed in 1994: *Criminal Law Amendment Act*, 1994, S.C. 1994, c. 44, s. 9.

Canadian Civil Liberties Association v. Ontario (Minister of Education)

(1990), 71 O.R. (2d) 341 (C.A.).

Law Affected: Regulations pursuant to *Ontario's Education Act*, R.S.O. 1980, c. 129, ss. 10(1), para. 18, 50, prescribing content and form requirements for religious education in the public schools: R.R.O. 1980, Reg. 262, s. 28.

Charter Section Breached: s. 2(a).

Legislative Sequel: In 1990 (the same year as the decision), Ontario's religious education regulations were significantly altered. Religious education is optional to school boards and may involve the study of different religions, but a programme of religion must not "indoctrinate" students and shall, according to the regulations, "promote respect for the freedom of conscience and religion guaranteed by the Canadian *Charter of Rights and Freedoms*...": O. Reg 677/90, ss. 29, 29a.

Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario

[1990] 2 S.C.R. 232.

Law Affected: Regulations pursuant to Ontario's *Health Disciplines Act*, R.S.O. 1980, c. 196, which made advertising by dentists, with very restricted exceptions, "professional misconduct": R.R.O. 1980, Reg. 447, ss. 37(39), (41).

Charter Section Breached: s. 2(b).

Legislative Sequel: The regulations were altered in 1994. Now made pursuant to the Dentistry Act, 1991, S.O. 1991, c. 24, the new regulations provide that advertising by dentists only constitutes misconduct where the advertising is deceptive, non-factual in nature, suggests superiority over other members of the profession, is "likely to create expectations of favourable results or to appeal to the public's fears," or discloses specific areas of practice without also indicating whether the dentist is a general practitioner or a specialist in that field: O. Reg 220/94, s. 1.

R. v. Martineau,

[1990] 2 S.C.R. 633.

Law Affected: Provision which defined as murder the causing of death during the commission of another offence if an objective mental element with respect to death ("ought to have known") could also be attributed to the perpetrator: *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a).

Charter Section Breached: s. 7.

Legislative Sequel: No sequel found.

R. v. Hess; R. v. Nguyen,

[1990] 2 S.C.R. 906.

Law Affected: "Statutory rape" crime (having sexual intercourse with a female under 14) in which there was no mens rea requirement with respect to the victim's age: *Criminal Code*, R.S.C. 1970, C-34, s. 146(1).

Charter Section Breached: s. 7.

Legislative Sequel: "Rape" is no longer referred to in the *Criminal Code* (replaced with "sexual assault" in R.S.C. 1985, C-46, s. 271). However, some offences such as sexual interference (s. 151), and sexual exploitation (s. 153) in the *Criminal Code* are specifically directed at acts involving a youth. With respect to these provisions, the current legislation provides that "it is not a defence ... that the accused believed that the complainant was fourteen years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant": *An Act to Amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985 (3d Supp.), c. 19, s. 1.

Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada,

[1991] 1 S.C.R. 139.

Law Affected: Regulations which prohibited unauthorized "solicitation" in federal airports: Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, ss. 7(a), (b) [hereinafter GACOR].

Charter Section Breached: s. 2(b).

Legislative Sequel: In 1995 the Federal Government amended the GACOR: SOR/95-228. Non-commercial solicitation is no longer mentioned; the new regulations are concerned only with businesses and commercial undertakings, which are prohibited without a permit. Along with the new regulations, the Department of Transport issued a Regulatory Impact Analysis Statement

explaining that the invalidation of the old regulations, in their commercial context, by the Commonwealth case had led to “physical confrontations between unauthorized taxi and limousine operators and limousine and taxi operators who hold airport permits at Lester B. Pearson International Airport”: Regulatory Impact Analysis Statement, C. Gaz. 1995.II.1467. The impact statement is similar to the statutory preambles to several of these legislative sequels in the sense that it anticipates challenges to the enactment and offers “s. 1 justifications” for its provisions.

R. v. Swain,

[1991] 1 S.C.R. 933.

Law Affected: Automatic committal of persons acquitted for insanity: *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2), along with a rule of common law which allowed the Crown to adduce evidence of an accused’s insanity against the wishes of the accused.

Charter Section Breached: ss. 7, 9.

Legislative Sequel: 1991 amendments to the *Criminal Code* provide for review boards and disposition hearings and allow the court to order a mental assessment if it is either raised by the accused, or if the prosecutor satisfies the court that there is reasonable doubt as to the accused’s fitness to stand trial: *An Act to Amend the Criminal Code* (mental disorder), S.C. 1991, c. 43, s. 672.12.

Osborne v. Canada (Treasury Board),

[1991] 2 S.C.R. 69.

Law Affected: Limits on political activity of federal civil servants: *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33, s. 33.

Charter Section Breached: s. 2(b).

Legislative Sequel: No sequel found.

Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission),

[1991] 2 S.C.R. 22.

Law Affected: Provisions which called for unemployment insurance benefits to cease at age 65: Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 31(1), (2) (4), as am. by S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 10.

Charter Section Breached: s. 15(1).

Legislative Sequel: The impugned provisions had already been amended by the time of the S.C.C. decision: *An Act to Amend the Unemployment Insurance Act*, S.C. 1990, c. 40, s. 22.

R. v. Seaboyer,

[1991] 2 S.C.R. 577.

Law Affected: “Rape shield” provisions restricting the use of a complainant’s sexual history as evidence by the accused: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 276, 277.

Charter Section Breached: ss. 7, 11(d).

Legislative Sequel: Parliament resurrected the “rape shield” by amending its provisions in 1992, and adding procedures for a closed court judicial examination of whether evidence will be admissible (ss. 276.1-276.5): *An Act to Amend the*

Criminal Code (sexual assault), S.C. 1992, c. 38, s. 2.

R. v. Bain,

[1992] 1 S.C.R. 91.

Law Affected: Provision which allowed the prosecution (but not the defence) to “stand-by” jurors: *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 56, 3.

Charter Section Breached: s. 11(d).

Legislative Sequel: 1992 amendments repealed the provisions invalidated by this case: *An Act to Amend the Criminal Code* (jury), S.C. 1992, c. 41, s. 2.

R. v. Généreux,

[1992] 1 S.C.R. 259.

Law Affected: Provisions and corresponding regulations which did not adequately guard against executive interference with the judge advocate in a General Court Martial: National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 166-170.

Charter Section Breached: s. 11(d).

Legislative Sequel: The *National Defence Act* was amended to ensure greater independence for the judge advocate: *An Act to Amend the National Defence Act*, S.C. 1992, c. 16. Many of the offending regulations had already been amended prior to the S.C.C. case.

R. v. Downey,

[1992] 2 S.C.R. 10.

Law Affected: Offence of living off the avails of prostitution which placed an evidentiary burden on the accused to raise a reasonable doubt if he was demonstrated to be living with, or habitually in the company of, prostitutes: *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(2).

Charter Section Breached: s. 11(d).

Legislative Sequel: No sequel found.

Schachter v. Canada,

[1992] 2 S.C.R. 679.

Law Affected: Benefits which were available to adoptive but not to natural parents: Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 32(1), as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5.

Charter Section Breached: s. 15(1).

Legislative Sequel: The impugned provisions had already been amended by the time of the S.C.C. decision: *An Act to Amend the Unemployment Insurance Act*, S.C. 1990, c. 40, s. 24.

Haig v. Canada

(1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

Law Affected: Omission of sexual orientation as a prohibited ground of discrimination: *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 3.¹

¹ Note that the Alberta Court of Appeal reached the opposite conclusion as did the Ontario Court of Appeal, with respect to the Alberta *Individual Rights Protection Act*, S.A. 1980, c. I-2, ss. 2(1), 4, 7(1), (2), (3), 8(1), 10, in *Vriend v. Alberta* (1996), 181 A.R. 16. The Alberta statute, like the *Canadian Human Rights Act*, did not protect discrimination on the ground of sexual orientation; the Alberta Court of Appeal held that this lack of protection

Charter Section Breached: s. 15(1).

Legislative Sequel: *The Canadian Human Rights Act* was amended to add sexual orientation as a prohibited ground of discrimination: *An Act to Amend the Canadian Human Rights Act*, S.C. 1996, c. 14, s. 1.

R. v. Zundel,

[1992] 2 S.C.R. 731.

Law Affected: Offence of wilfully publishing false news: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 181.

Charter Section Breached: s. 2(b).

Legislative n: No sequel found.

R. v. Morales,

[1992] 3 S.C.R. 711.

Law Affected: Provision that allowed denial of bail by criteria which did not meaningfully guide judicial discretion: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), (d).

Charter Section Breached: s. 11(e).

Legislative Sequel: No sequel found.

Baron v. Canada,

[1993] 1 S.C.R. 416.

Law Affected: Specifically challenged was the procedure for obtaining search warrants which appeared to give judges no discretion in deciding whether to grant or deny them: *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.3, as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121. These amendments followed *M.N.R. v. Kruger*, and *Reference Re Print Three Inc.*, above.

Charter Section Breached: s. 8.

Legislative Sequel: 1994 amendments changed the impugned provision to stipulate that judges “may” rather than “shall” grant a search warrant under conditions set out in the *An Act to Amend the Income Tax Act*: S.C. 1994, c. 21, s. 107.

Sauvé v. Canada (A.G.),

[1993] 2 S.C.R. 438.

Law Affected: Disqualifying prison inmates from voting in federal elections: *Canada Election Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Charter Section Breached: s. 3.

Legislative Sequel: The disqualification of all inmates from voting, which was questioned in *Sauvé*, had already been altered by the time of the decision, pursuant to the same statute which removed the voting rights barrier from federally-appointed judges (see *Muldoon v. Canada*, above) and from those with mental disease (see *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, above). As amended, the *Canada Election Act* barred from voting only those inmates who are serving a sentence of two years or more: *An Act to Amend the Canada Elections*

did not constitute discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*, and upheld the validity of the *Individual Rights Protection Act*. The *Vriend* decision has been given leave to appeal to the Supreme Court of Canada, which will provide a final determination of whether *Haig* or *Vriend* was correctly decided.

Act, S.C. 1993, c. 19, s. 23(2). However, in 1995, the Federal Court Trial Division held that the amended law was also unconstitutional, and struck it down: *Sauvé v. Canada* (Chief Electoral Officer) (T.D.), [1996] 1 F.C. 857. The Federal Court disallowed an application by the Attorney General of Canada to stay the declaration in this case: [1997] F.C.J. No. 594 (QL), and all federal inmates were therefore eligible to vote in the June 2, 1997 elections. The judgment is currently under appeal to the Federal Court of Appeal

Ramsden v. Peterborough (City of),

[1993] 2 S.C.R. 1084.

Law Affected: Prohibiting posting on municipal public property: City of Peterborough, By-law No. 3270, ss. 1, 2, as am. by By-law No. 1982-

147.

Charter Section Breached: s. 2(b).

Legislative Sequel: Peterborough amended its Municipal Code in 1994 by providing for community bulletin boards within a specified zone and by prohibiting other posting on municipal public property within that area. The City, in inacting the by/law, notably included a four-paragraph long justificatory preamble explaining the reasonableness of its procedures and objectives: City of Peterborough, By-Law No. 94-108 (4 July 1994), amending articles 1-4 of Chapter 446 of the Peterborough Municipal Code.

R. v. Grant; R. v. Wiley; R. v. Plant,

[1993] 3 S.C.R. 223; 263; 281.

Law Affected: Provision authorizing warrantless searches of places other than dwelling houses: Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 10.

Charter Section Breached: s. 8.

Legislative Sequel: *The Narcotics Control Act* was repealed and replaced: *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. Under Part II of the new *Act*, all such searches are to be conducted pursuant to a warrant.

Toronto (City of) v. Quickfall

(1994), 16 O.R. (3d) 665 (C.A.)

Law Affected: By-laws collectively prohibiting posting on utility poles, public buildings, and roads in Toronto: City of Toronto, By-law No. 12519, *A By-Law Respecting Streets* (10 March 1930), as am., s. 8; and Municipality of Metropolitan Toronto, By-law No. 211-74, *A By-Law To regulate the use of Metropolitan Roads* (5 November 1974), s. 12(8).

Charter Section Breached: s. 2(b).

Legislative Sequel: Metropolitan Toronto and its constituent municipalities are currently working to design by-laws which would regulate rather than prohibit posting. Neither Metro nor the City of Toronto have enacted new by-laws, but a pilot project in Scarborough has studied the merits of restricting posting on municipal property to designated areas. The results were synthesized by the Area Sign Committee in the spring of 1997, and new by-laws are now in the drafting phase. See Municipality of Metropolitan Toronto, Planning and Transportation Committee, *Installation of Poster Signs on Metro Roads*, Report No. 12 (Toronto: Municipality of Metropolitan Toronto, 7 May 1997)

R. v. Daviault,

[1994] 3 S.C.R. 63.

Law Affected: Common-law rule that self-induced intoxication is not a valid defence to a crime of general intent, specifically sexual assault.

Charter Section Breached: s. 11(d).

Legislative Sequel: In 1995 a new s. 33.1 was introduced to the *Criminal Code*. The enacting statute has a lengthy preamble explaining its social motivations and grounding it in *Charter* principles such as equality. In essence it directly overturns the *Daviault* decision, establishing (s. 33.1(2)) that a person who has induced his own intoxication has the requisite criminal fault for actions taken while intoxicated, whether voluntary or involuntary, which interfere or threaten to interfere with another person's bodily integrity: *An Act to Amend the Criminal Code* (self-induced intoxication), S.C. 1995, c. 32, s. 1.

R. v. Heywood,

[1994] 3 S.C.R. 761.

Law Affected: Making it a crime of vagrancy for a person previously convicted of certain crimes (for example, sexual assault) to be found loitering in specified public places (playgrounds, bathing areas, etc.): *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 179(1)(b).

Charter Section Breached: s. 7.

Legislative Sequel: By the time of the S.C.C. ruling, Parliament had enacted s. 161 of the *Criminal Code* which provides for orders of prohibition for persons convicted of certain crimes which serve the same purpose as did the vagrancy offence. A prohibition order may be for life, but there is a procedure by which there can be a reconsideration of the order where desirable because of changed circumstances: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, C-46, s. 161, as am. by S.C. 1993, c. 45, s. 1.

Reference Re K.

(1995), 23 O.R. (3d) 679 (Prov. Ct.).

Law Affected: Definition of spouse which had the effect of preventing homosexual couples from jointly adopting a child in Ontario: *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, s. 136(1).

Charter Section Breached: s. 15(1).

Legislative Sequel: None to date.

Miron v. Trudel,

[1995] 2 S.C.R. 418.

Law Affected: Exclusion of a common-law spouse as a beneficiary of compulsory automobile insurance policies due to limited definition of "spouse" in Schedule C: *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218.

Charter Section Breached: s. 15(1).

Legislative Sequel: Ontario's automobile insurance laws were changed significantly in 1990 and again in 1993 and are now substantially different from those which were considered in this case. Current provisions include a definition of "spouse" which contemplates the inclusion of common-law spouses: *Insurance Statute Law Amendment Act*, 1993, S.O. 1993, c. 10.

Reform Party of Canada v. Canada (A.G.)

(1995), 136 A.R. 1 (Q.B.).

Law Affected: Provision which prevented political parties from negotiating for the purchase of extra broadcast time in excess of a fixed allotment based on the party's popular support: *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 310(1).

Charter Section Breached: s. 2(b).

Legislative Sequel: None to date.

RJR-MacDonald Inc. v. Canada (A.G.),

[1995] 3 S.C.R. 199.

Statute Affected: Ban on cigarette advertising and mandated unattributed warnings on all cigarette packages: *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20, ss. 4, 5, 6, 8, 9.

Charter Section Breached: s. 2(b).

Legislative Sequel: A comprehensive package of amendments including new packaging and advertising restrictions was enacted in 1997: *Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13, Part IV.

Somerville v. Canada (A.G.)

(1996), 184 A.R. 241 (C.A.).

Statute Affected: Advertising "black outs" at the beginning and end of election campaigns: *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 213.

Charter Sections Breached: ss. 2(b), 2(d), 3.

Legislative Sequel: None to date.