

CAPÍTULO 18

La capacidad jurídica en Canadá: un análisis de la igualdad de derechos a la luz de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Lana Kerzner* **

* Abogada y profesora; Escuela de Estudios sobre Discapacidad, Universidad de Ryerson, Toronto, Canadá.

** Quiero expresar mi más sincero agradecimiento a Michael Bach, director general del IRIS —Institute for Research and Development on Inclusion and Society—, por su contribución al análisis y la cuidadosa edición de este capítulo; así como a Miriam Kerzner, mi maestra de inclusión e igualdad de toda la vida.

SUMARIO: I. Introducción; II. La prueba actual de capacidad en las leyes canadienses: la prueba cognitiva de "comprensión y apreciación"; III. Un enfoque inclusivo de la capacidad jurídica: capacidad de tomar decisiones; IV. Implementación del artículo 12 en Canadá: relevancia de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá; V. Una examinación de la prueba cognitiva de capacidad con respecto al derecho de igualdad en la Carta de Derechos y Libertades de Canadá; VI. Limitación de derechos: VII. El enfoque de igualdad de la CDPD en el ejercicio de la capacidad jurídica: poner en perspectiva el análisis de la sección 15; VIII. Conclusión.

I. Introducción

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad — en adelante, CDPD— ha estimulado la defensa de las personas con discapacidad, la reforma legislativa y los esfuerzos de organización comunitaria en países de todo el mundo con el objetivo de garantizar que las leyes, las políticas y las prácticas correspondan a la visión de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El artículo 12, párrafo 2, exige que los Estados partes reconozcan "que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida". Los defensores de las personas con discapacidad citan con frecuencia este párrafo para justificar su demanda de un derecho a ejercer poder sobre sus vidas y resistir a cualquier intento que interfiera con su capacidad decisoria, a través de vías legales como la tutela y otras formas de toma de decisiones por sustitutos. Debido a la exclusión que muchas personas con discapacidad enfrentan y a las restricciones históricas a su

autonomía que resultan en una afrenta a su dignidad, han luchado mucho por su demanda, pero esta ha quedado en buena parte incumplida en el ámbito internacional.¹

Entender lo que se necesita para alcanzar los ideales del artículo 12 exige una profunda exploración de lo que significa el disfrute de la capacidad jurídica *en igualdad de condiciones*. Si bien el significado de *igualdad* y el concepto relacionado de discriminación se entienden bien en otros contextos, como la accesibilidad física, resulta menos claro en el contexto de la capacidad jurídica. ¿Qué caracteriza a una ley de capacidad jurídica como discriminatoria? ¿Cómo identificamos la discriminación? Para introducir cambios, primero debemos ser capaces de identificar el problema con suficiente precisión para orientar la acción. En este capítulo se explora la capacidad jurídica desde la óptica de la igualdad, con base en el derecho de igualdad de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá —en adelante, simplemente Carta— (1982) y la CDPD.

La experiencia en la legislación canadiense se examina a efectos comparativos y para demostrar un método de análisis de los derechos de igualdad. Canadá es una jurisdicción apta para este estudio de caso, ya que fue el principal Estado parte de la Organización de las Naciones Unidas en el desarrollo del artículo 12. Tal como lo describe Julian Walker,² y citando un documento conjunto del Consejo de Canadienses con Discapacidad

¹ Cf. Degener, T., *Towards inclusive equality: 10 years Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, 2018, p. 54. Disponible en <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRPD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CRPD_INF_21_28325_E.pdf>. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha recomendado "sistemáticamente en sus observaciones finales a los Estados partes" que se debe pasar de los paradigmas de toma de decisiones por sustitutos a los que se basan en la toma de decisiones con apoyos. Esto es así, aunque Lucy Series y Anna Nilsson observaron que "el artículo 12 ha tenido influencia en los organismos legislativos nacionales y regionales" —Lucy, S. y Nilsson, A., "Article 12 CRPD: Equal Recognition before the Law", en I. Bantekas, M. A. Stein y D. Anastasiou (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 9—.

² Cf. Walker, J., *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: An Overview*, Publication N° 2013-09-E, Biblioteca del Parlamento, 27 de febrero de 2013, p. 5. Disponible en <<https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2013-09-e.pdf>>.

y la Asociación Canadiense para la Integración Comunitaria,³ "la fuerte contribución de Canadá a la CDPD permitió que ciertos valores canadienses quedaran consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos". Walker también afirma lo siguiente, citando ese documento: "el artículo 12 (i) fue facilitado a través de la delegación canadiense y asegura un enfoque progresivo a la capacidad jurídica y, por primera vez en el derecho internacional, reconoce el derecho a usar el apoyo para ejercer la capacidad jurídica de una persona (una solución hecha en Canadá)".⁴

En este capítulo se describe la forma en que la igualdad y la discriminación se interpretan en la Constitución de Canadá, y se compara con el tratamiento de dichos conceptos en la CDPD. También se exploran los límites legítimos que se pueden poner en el derecho a la igualdad, tanto en la legislación canadiense como en las fuentes internacionales de derechos humanos, en función de una evaluación del equilibrio entre los derechos individuales y los intereses sociales.

La prueba cognitiva/funcional de capacidad que se encuentra en las leyes canadienses se usa para demostrar el análisis de igualdad mediante una ilustración concreta. Esta prueba de capacidad se eligió para su examinación porque se encuentra en la mayoría de los estatutos de Canadá que regulan la capacidad jurídica y tiene un impacto profundo en las vidas de las personas con discapacidad. Estas leyes tienen el efecto de determinar cuándo una persona puede tomar sus propias decisiones, porque la ley la considera "capaz", y cuándo se necesitará que cualquier otra persona tome decisiones por ella, porque la ley la considera "incapaz". La cruda realidad es que, en virtud de estas leyes, una persona mantendrá su autonomía e inclusión en la sociedad o quedará excluida y se sentirá como una *no-persona*.

³ V Council of Canadians with Disabilities (CCD) and the Canadian Association for Community Living (CACL), "UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Making Domestic Implementation Real and Meaningful", documento de trabajo de CCD-CACL, febrero de 2011.

⁴ Walker, J., *op. cit.*, p. 5.

II. La prueba actual de capacidad en las leyes canadienses: la prueba cognitiva de "comprensión y apreciación"

La gran mayoría de las leyes en materia de toma de decisiones por sustitutos en Canadá, e incluso aquellas que reconocen la toma de decisiones con apoyos, dependen de una prueba de lo que implica ser capaz. Se trata normalmente de una prueba cognitiva: la capacidad se define comúnmente, pero no siempre, por una habilidad de entender información pertinente para tomar una decisión y una habilidad para apreciar las consecuencias razonablemente previsibles de una decisión o falta de decisión.⁵ Esto suele denominarse *prueba de capacidad de comprensión y apreciación*.⁶ Es coherente con el enfoque cognitivo/funcional que describe el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —Comité CDPD—,⁷ a través del cual los requisitos cognitivos se consideran necesarios para ejercer la capacidad jurídica de uno, así como el que otras personas la respeten.

Los siguientes ejemplos ilustran algunas de las formulaciones de esta prueba, que se encuentran en los estatutos canadienses:

⁵ Incluso las pruebas de capacidad que no se articulan precisamente de esta manera suelen incorporar las mismas nociones y requisitos. Sin embargo, pese a que son poco frecuentes, algunas disposiciones legislativas en Canadá definen la capacidad no sobre la base de la capacidad cognitiva, sino en función del diagnóstico o la existencia de una condición. V., por ejemplo, s. 17(1) de la Ley de Herencias de las Personas con Discapacidad Mental —Mentally Disabled Persons' Estates Act, MDPEA—, R.S.N.L. 1990, c. M-10, de Terranova y Labrador, que estipula que un tribunal o juez puede declarar que una persona, "a través de un trastorno mental causado por una enfermedad, la edad, la embriaguez habitual, el uso de drogas u otra causa es incapaz de gestionar sus propios asuntos".

⁶ En este capítulo se usa la forma abreviada, *prueba de capacidad*, para indicar los factores o criterios jurídicos empelados en las leyes para determinar si alguien es capaz de tomar sus propias decisiones según la ley. Whaley y Sultan usan el término *pruebas* y observan que son, con más precisión, "los factores pertinentes para determinar la capacidad" —Whaley, K. A. y Sultan, A., "Capacity and the Estate Lawyer: Comparing the Various Standards of Decisional Capacity", en *Estates and Trusts Pensions Journal*, vol. 32, núm. 3, mayo de 2013, p. 216—.

⁷ Cf. Comité CDPD, Observación General Núm. 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, 2014, párr. 15. Disponible en <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en>.

- La incapacidad para administrar la propiedad conforme a la Ley de Decisiones por Sustitutos —Substitute Decisions Act— de Ontario, de 1992, se define de la siguiente forma:

Una persona es incapaz de administrar su propiedad si no es capaz de entender la información que es pertinente para tomar una decisión sobre la administración de sus bienes, o bien si no es capaz de apreciar las consecuencias razonablemente previsibles de una decisión o falta de decisión.⁸

- La falta de capacidad para tomar decisiones conforme a la Ley de Protección de los Adultos —Adult Protection Act— de Terranova y Labrador se define de la siguiente forma:

Se considerará que un adulto carece de capacidad para tomar una decisión cuando dicho adulto

(a) sea incapaz de entender la información pertinente para la decisión cuando dicha decisión afecte a sus necesidades sanitarias, físicas, emocionales, psicológicas, financieras, legales, residenciales o sociales; o

(b) sea incapaz de apreciar las consecuencias razonablemente previsibles de una decisión o falta de decisión.⁹

La siguiente disposición, como los dos ejemplos anteriores, también emplea una prueba cognitiva. Sin embargo, es destacable porque uno debe superar esta prueba cognitiva para poder crear un acuerdo de toma de decisiones con apoyos que designe a una persona para ayudarla a tomar decisiones. Paradójicamente, las personas cuyas discapacidades afectan a su cognición hasta el punto de no superar la prueba, también se ven en la imposibilidad de designar a una persona de apoyo que les ayude a tomar decisiones.

⁸ Substitute Decisions Act, 1992, c. 30, s. 6.

⁹ Adult Protection Act, 2011, s. 6.

Celebrar un acuerdo de toma de decisiones con apoyos conforme a la Ley de Protección de Adultos y Toma de Decisiones —*Adult Protection and Decision-Making Act*— de Yukón requiere lo siguiente: "Un adulto puede celebrar un acuerdo de toma de decisiones con apoyos si entiende la naturaleza y las consecuencias del acuerdo".¹⁰

Algunas disposiciones legislativas, aunque requieren un nivel necesario de habilidad cognitiva, se apartan de la formulación anterior de una manera que permite que un conjunto más amplio de personas supere la prueba. Pertenecen a dos categorías. La primera variación de la prueba de capacidad es una prueba de "comprensión y apreciación" que usa una redacción paralela a la expuesta antes, pero que reconoce explícitamente la función que desempeña la obtención de ayuda para superar la prueba.

Por ejemplo:

- *Capacidad*, en la Ley de Toma de Decisiones y Capacidad para los Adultos —*Capacity and Decision-making Act*— de Nueva Escocia, se define de la siguiente forma: *capacidad* significa la habilidad, *con o sin ayuda*, para: (i) entender información pertinente para tomar una decisión, (ii) apreciar las consecuencias razonablemente previsibles de tomar o no tomar una decisión.¹¹

Las pruebas de capacidad en las que los apoyos y la asistencia se imponen por encima de la prueba de "comprensión y apreciación" son poco frecuentes en las leyes de capacidad jurídica de Canadá. Sin embargo, las leyes de derechos humanos se han interpretado para exigir que terceros,

¹⁰ The Adult Protection and Decision-Making Act, 2003, s. 6.

¹¹ Cf. Adult Capacity and Decision-making Act, 2017, c. 4, s. 3 —énfasis añadido—. Una prueba similar está en la Ley de Tutela y Custodia de los Territorios del Noroeste —Northwest Territories Guardianship and Trusteeship Act, S.N.W.T. 1994, c. 29, s. 12(1)—, donde "una persona es 'capaz' si tiene la habilidad, por sí misma o con ayuda", para entender la información que es pertinente para tomar una decisión y apreciar las consecuencias razonablemente previsibles de una decisión o falta de decisión.

como en un acomodo de la discapacidad, respeten las funciones que desempeñan el apoyo y la asistencia para ayudar a una persona a superar la prueba de capacidad.¹²

La segunda variación de la prueba de capacidad, a diferencia de cada uno de los ejemplos anteriores, no se centra exclusivamente en las habilidades cognitivas. Algunos la han descrito como una prueba no cognitiva.¹³ Se trata de una *prueba de incapacidad* que se encuentra en la Ley del Acuerdo de Representación —*Representation Agreement Act*— de la Columbia Británica (1990). Una persona debe superar esta prueba para crear un acuerdo de representación para designar a una persona de apoyo —denominada "representante"— que le ayude a tomar decisiones.¹⁴ Esta prueba llega a una audiencia amplia. Algunas personas con discapacidades cognitivas que no pueden superar las pruebas cognitivas de capacidad sí pueden superar esta prueba, ya que implica la consideración de factores como si la relación con el representante se caracteriza por la confianza y si la persona demuestra elecciones y preferencias, además de si la persona es consciente de las implicaciones del acuerdo. No obstante, la redacción ambigua la deja abierta a la interpretación de lo que realmente se necesita para demostrar incapacidad.

De este modo, una revisión de las formulaciones de las pruebas cognitivas de capacidad en Canadá muestra que muchas personas con discapacidades cognitivas significativas, incluidas las personas con discapacidades intelectuales, discapacidades relacionadas con la salud mental y demencia, no son capaces de superar la prueba, ya sea a lo largo de sus vidas o en algunos momentos de sus vidas. Si bien esas pruebas que reconocen

¹² Con respecto a la obligación de acomodar las evaluaciones de capacidad en Ontario, V. Comisión de Derechos Humanos de Ontario, "Consent and capacity", en *Policy on preventing discrimination based on mental health disabilities and addictions*, 2014. Disponible en <<http://www.ohrc.on.ca/en/policy-preventing-discrimination-based-mental-health-disabilities-and-addictions>>.

¹³ Cf. Law Commission of Ontario, *Legal Capacity, Decision-making and Guardianship: Final Report*, Toronto, marzo de 2017, p. 99. Disponible en <<http://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2017/03/CG-Final-Report-EN-online.pdf>>.

¹⁴ Representation Agreement Act, 1996, s. 7[1].

la asistencia y los apoyos excluirán a menos personas, un número significativo no podrá nunca demostrar el nivel de cognición requerido, ni siquiera con dicha ayuda, por lo que verán denegado su ejercicio de capacidad jurídica y, por lo tanto, se les impondrá la toma de decisiones por sustitutos. A diferencia del resto de la sociedad, es posible que se les niegue el derecho a tomar decisiones personales fundamentales, como aquellas relacionadas con la atención médica, la forma de gastar su dinero y el lugar donde viven.

III. Un enfoque inclusivo de la capacidad jurídica: la capacidad de tomar decisiones

Lo que se ha denominado *enfoque de la capacidad de toma de decisiones* se propuso como un enfoque alternativo al ejercicio de la capacidad jurídica que responde a las deficiencias de los enfoques descritos anteriormente.¹⁵ Este enfoque no discriminatorio se plantea como uno que es coherente con el derecho constitucional a la igualdad de Canadá, que se describe a continuación. Se basa en el creciente reconocimiento de los apoyos y acomodos en las leyes canadienses, y se desarrolló en el contexto canadiense.¹⁶

Como el enfoque cognitivo, el enfoque de capacidad de toma de decisiones requiere el "entendimiento" y la "apreciación" para constituir una decisión legalmente válida. La diferencia con el enfoque de capacidad de toma de decisiones es que una persona puede poseer las habilidades cognitivas necesarias por sí misma o de forma conjunta con las personas de

¹⁵ M. Bach y L. Kerzner primero articularon el enfoque de "capacidad de toma de decisiones" para la capacidad jurídica en un estudio para la Comisión de Derecho de Ontario —V. Bach, M. y Kerzner, L., *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, Comisión de Derecho de Ontario, Ontario, 2010. Disponible en <<https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>>.

¹⁶ Bach, M. y Kerzner, L., "Supported Decision Making: A Roadmap for Reform in Newfoundland and Labrador", Informe final, *Legal Basis for the Decision-Making Capability Approach*, Apéndice C, 2020. Disponible en <<https://irisinstitute.ca/wp-content/uploads/sites/2/2021/01/Final-NL-Legal-Capacity-Report-Nov-2020.pdf>>.

apoyo en la toma de decisiones. Los criterios cognitivos para una decisión válida —es decir, el entendimiento y la apreciación— están separados de los criterios que determinan si una persona tiene derecho a ejercer la capacidad jurídica. En otras palabras, puede que una persona no posea la habilidad cognitiva necesaria, pero aun así ejerza su capacidad jurídica a través de sus personas de apoyo, que sí poseen los requisitos cognitivos y que están guiadas por la voluntad y las preferencias de esa persona. En estas situaciones, las personas de apoyo aplican la mejor interpretación de la voluntad y las preferencias de la persona para efectuar una decisión.

Este enfoque es más inclusivo que el enfoque cognitivo, ya que las personas que tienen discapacidades cognitivas significativas pueden ejercer su capacidad jurídica de tal modo que no se les exija poseer un nivel necesario de cognición. En su lugar, en estas situaciones la función de la persona de apoyo es traducir la voluntad y las preferencias de una persona en decisiones concretas. El enfoque, aunque se aparta significativamente del enfoque cognitivo, aborda la prevención de daños y abusos de una forma similar que los regímenes basados en la prueba cognitiva. Por ejemplo, incluye mecanismos para responder a situaciones de emergencia y negligencia, para abordar el abuso por parte de las personas de apoyo y otras, y para apelar decisiones.¹⁷

IV. Implementación del artículo 12 en Canadá: la relevancia de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá

La implementación del artículo 12 implica inevitablemente una examinación de lo que significa ejercer la capacidad jurídica en igualdad de condiciones. La CDPD no estipula precisamente cómo debe implementarse. En su lugar, emplea un enfoque amplio y flexible de implementación que permite a los Estados partes usar "todas las medidas legislativas,

¹⁷ Cf. *ibid.*, pp. 96-99.

administrativas y de otro tipo que sean adecuadas".¹⁸ De este modo, Canadá tiene la libertad de adaptar su enfoque de implementación al panorama jurídico y político del país.¹⁹ De particular importancia para la implementación en el contexto canadiense es la función que desempeña la Carta de Derechos y Libertades de Canadá. Como parte de la Ley Constitucional de Canadá,²⁰ la Carta delimita el ámbito de implementación de la CDPD. En pocas palabras, la implementación en Canadá debe ser coherente con la Carta, ya que todas las leyes deben adecuarse a sus disposiciones.²¹

La interacción entre la Carta y la CDPD va en ambas direcciones. Mientras que la CDPD debe implementarse de manera coherente con la Carta, la interpretación de la Carta debe tener en cuenta los tratados de las Naciones Unidas de los que Canadá forma parte, incluida la CDPD. La Suprema Corte de Canadá ha sido clara en su opinión de que las obligaciones que se encuentran en los tratados internacionales de derechos humanos de los que Canadá forma parte son "un factor relevante y persuasivo en la interpretación de la Carta".²² Más específicamente, la Suprema Corte señaló lo siguiente al respecto:

la *Carta*, como un documento en constante evolución, crece con la sociedad y habla de las situaciones y necesidades actuales de las

¹⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 61/106, 76th plen. Mtg., U.N. Doc A/Res/61/106 [adoptado por consenso en la ONU el 13 de diciembre de 2006], [CDPD] art. 4(1)(a).

¹⁹ Cf. Kerzner, L., *Paving the way to Full Realization of the CRPD's Rights to Legal Capacity and Supported Decision-Making: A Canadian Perspective*, University of British Columbia, 2011, p. 19. Disponible en <https://citizenship.sites.olt.ubc.ca/files/2014/07/In_From_The_Margins_Paper-Lana_Kerzner-FINAL-April_22_2011_2_.pdf>.

²⁰ Constitution Act, 1982. Schedule B to the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11.

²¹ La Ley Constitucional, la Constitución de Canadá, de la que forma parte la Carta, es la ley suprema y todas las leyes deben adecuarse a sus disposiciones. V. McCormack, N. y Bueckert, M. R., *Introduction to the Law and Legal System of Canada*, Carswell, Toronto, 2013, p. 80.

²² *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alberta)*, 1987, Núm. 10, párrs. 59-60, Dickson, C.J.C. divergente. Con respecto a la aplicabilidad de este pasaje, Corbett y Sadoway señalan lo siguiente: "Aunque originalmente se escribió en un dictamen divergente, el siguiente pasaje de Brian Dickson C.J.C. se ha citado con bastante frecuencia para permitir que se le considere como una declaración del enfoque de la Suprema Corte sobre la relación entre los acuerdos internacionales de derechos humanos y la *Carta*" —Corbett, S. M. y Sadoway, G., *Canadian Human Rights Law & Commentary*, 3ª ed., LexisNexis, Toronto, 2016, p. 75—.

y los canadienses. De este modo, los compromisos *actuales* de derecho internacional de Canadá y el estado actual de la reflexión internacional sobre los derechos humanos proporcionan una fuente convincente para la interpretación del ámbito de la *Carta*.²³

V. Una examinación de la prueba cognitiva de capacidad con respecto al derecho de igualdad en la Carta de Derechos y Libertades de Canadá

1. La disposición de igualdad de derechos de la Carta: la sección 15 y la igualdad sustantiva

En esta sección se explora el significado de la igualdad y la discriminación, conforme a la Carta, así como su aplicabilidad a la prueba cognitiva de capacidad en las leyes sobre toma de decisiones de Canadá. La disposición de igualdad de derechos en la Carta se encuentra en la sección 15, la cual prohíbe la discriminación por diversos motivos, incluida la "discapacidad física o mental". Pese a la sección 15, las leyes sobre capacidad jurídica de Canadá no hacen una conexión explícita entre el ejercicio de la capacidad jurídica y la igualdad. De hecho, tal como se describe antes, queda claro que las leyes sobre capacidad jurídica de Canadá excluyen completamente a algunas personas con discapacidades del ejercicio de su capacidad jurídica. ¿Puede este tipo de exclusión caracterizarse como discriminación en la ley?

La sección 15(1) de la Carta estipula: "Todo individuo es igual ante la ley y en virtud de ella, y tiene derecho a igual protección y a igual beneficio de la ley sin discriminación y, en particular, sin discriminación por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad física o mental".²⁴

²³ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. vs. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, 2007 SCC 27, párr. 78.

²⁴ Department of Justice, Government of Canada, Charterpedia, Section 15 – Equality Rights. Disponible en <<https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art15.html>>.

El Informe de Fram, que el Comité Asesor sobre la Toma de Decisiones por Sustitutos para las Personas Mentalmente Incapaces entregó al gobierno de Ontario hace más de 30 años, en los primeros días de la sección 15, destacó la relevancia que esta sección debe tener en cualquier consideración de la reforma de las leyes sobre toma de decisiones; además, subrayó que, de forma consecuente con los valores que sustentan la sección 15, la función de las personas de apoyo debe reconocerse como un requisito para lograr la igualdad.²⁵ El informe establece la fase de aplicación de la sección 15 para la capacidad jurídica, que todavía resuena hasta el día de hoy:

Los valores subyacentes a la sección 15 nos llevan a considerar cómo fomentar mejor la igualdad de derechos de los individuos y grupos. En el caso de las personas mentalmente discapacitadas, es fundamental que apoyemos a quienes son capaces de hacerlo a formar parte de la comunidad general, reconociendo que pueden tener habilidades y necesidades diferentes. Esto refleja el tercer valor del Comité: que las personas mentalmente discapacitadas, que necesitan y desean ayuda para formar parte de la comunidad, tengan acceso a la asistencia ahora no disponible para muchas de las personas mentalmente discapacitadas, en apoyo de su asistencia y autodeterminación personal para seguir formando parte de la comunidad general.²⁶

La raíz de la sección 15, tal como lo describe la jueza Abella en *Quebec (Attorney General) vs. A*, "es nuestra consciencia de que determinados grupos han sido históricamente discriminados y que la perpetuación de dicha discriminación debe erradicarse".²⁷ Siempre ha existido un acuerdo en cuanto a que la sección 15 garantiza la igualdad sustantiva.²⁸

²⁵ Cf. Fram, S., *Final Report of the Advisory Committee on Substitute Decision-Making for Mentally Incapable Persons*, Advisory Committee on Substitute Decision-Making for Mentally Incapable Persons, Toronto, 1987, pp. 41-43.

²⁶ *Ibid.*, p. 43.

²⁷ *Quebec (Attorney General) vs. A*, [2013] S.C.R. 61, 2013 SCC 5, párr. 332.

²⁸ Cf. *Quebec (Attorney General) vs. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, [2018] S.C.R. 464, 2018 SCC 17, párr. 25.

Se centra en los efectos de la ley, más que en su objetivo o apariencia de neutralidad.²⁹ La Suprema Corte rechazó la idea de que la igualdad significa tratar igual a los iguales. De este modo, la Suprema Corte, en *R. vs. Kapp*, hizo referencia a la declaración de J. McIntyre en *Andrews vs. Law Society of British Columbia* —1989—, donde destacó que "el concepto de igualdad no necesariamente significa el trato idéntico y que el modelo formal de discriminación de 'trato igual' puede, de hecho, producir desigualdad".³⁰

Lograr la *igualdad sustantiva* es particularmente importante para garantizar la inclusión de las personas con discapacidad en todas las áreas de la vida, incluida la toma de decisiones. La académica especialista en leyes de discapacidad Arlene Kanter aplicó un análisis de discapacidad a los modelos de igualdad.³¹ En él, describe el modelo de igualdad sustantiva como la "igualdad de resultados o logros",³² y argumenta que el derecho a la igualdad sustantiva es particularmente relevante para lograr la igualdad de las personas con discapacidad. Permite un trato diferente para aquellos que podrían estar situados de manera diferente, incluso —y en especial— las personas con discapacidad.³³ En este modelo, se puede usar una variedad de medios para lograr la igualdad de resultados, incluso las adaptaciones y la discriminación positiva.

A primera vista, la prueba cognitiva de capacidad es incompatible con la igualdad sustantiva. La prueba excluye a las personas con discapacidades cognitivas significativas. La jueza Abella describe la igualdad sustantiva como un "remedio para la exclusión y una receta para la inclusión".³⁴

²⁹ Cf. *Fraser vs. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, párr. 41.

³⁰ *R. vs. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, 2008 SCC 41, párr. 15.

³¹ La profesora Kanter describe tres modelos de igualdad: "igualdad formal", "igualdad de oportunidades" e "igualdad sustantiva". Cf. Kanter, A. S., "A Comparative View of Equality under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Disability Laws of the United States and Canada", en *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 32, 2015, pp. 67-73.

³² *Ibid.*, p. 71.

³³ Cf. *ibid.*, pp. 71-73.

³⁴ *Fraser vs. Canada... cit.*, párr. 41.

De este modo, para lograr la igualdad sustantiva se requiere remediar la exclusión provocada por la prueba cognitiva de capacidad y reemplazarla con la "receta adecuada para la inclusión". Una "receta para la inclusión" es el "enfoque de capacidad de toma de decisiones" en la capacidad jurídica.

Aun cuando es relativamente fácil describir el concepto de igualdad sustantiva, saber cuándo se logra realmente la igualdad sustantiva ha sido un desafío para los tribunales canadienses a lo largo de la historia de la sección 15. Ha habido mucho debate en el comentario y la jurisprudencia sobre la igualdad de derechos para determinar si existe la discriminación y qué factores deben considerarse en un análisis de discriminación.³⁵ El enfoque analítico de la sección 15 ha evolucionado considerablemente con el tiempo y persiste una falta de consenso, lo cual³⁶ no es sorprendente, dados los desafíos planteados por la sección 15. Sharpe y Roach describen estos desafíos y articulan los valores que creen que sustentan la sección 15 de la siguiente manera:

La jurisprudencia en materia de igualdad de derechos conforme a la Carta es compleja y desafía cualquier intento en un resumen breve y preciso. No es de extrañar. La igualdad es un valor fundamental en una sociedad democrática, pero su significado preciso es vago en el discurso político y jurídico. Como concepto jurídico, incluye la noción de que todo individuo tiene derecho a la dignidad y el respeto, y que la ley debe aplicarse a todos de manera equitativa.³⁷

³⁵ Puchta, A., "Quebec v A and Taypotat: Unpacking the Supreme Court's Latest Decisions on Section 15 of the Charter", en *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 55, núm. 3, 2019, pp. 665-712, en pp. 666-667.

³⁶ Cf. Watson Hamilton, J., "Cautious Optimism: Fraser v Canada (Attorney General)", en *Constitutional Forum constitutionnel*, vol. 30, núm. 2, 2021, pp. 3 y 10-11.

³⁷ Sharpe, R. J. y Roach, K., *The Charter of Rights and Freedoms*, 6ª ed., Irwin Law, Toronto, 2017, p. 354.

2. ¿Infringe la prueba cognitiva de capacidad la sección 15(1)? Aplicación del marco de la sección 15(1) de la Suprema Corte de Canadá

La articulación vigente de la Suprema Corte de si una ley viola la sección 15(1) se encuentra en *Fraser vs. Canada (Attorney General)*, donde la jueza Abella describió la prueba de la siguiente manera:

Para demostrar una violación *prima facie* de la sección 15(1), un demandante debe demostrar que la ley impugnada o acción estatal:

- a primera vista o por su efecto, crea una distinción por motivos enumerados o análogos; e
- impone cargas o niega un beneficio de una manera que tenga el efecto de reforzar, perpetuar o exacerbar la desventaja.³⁸

La sección que sigue examina la prueba cognitiva de capacidad contra cada uno de estos componentes.

A. A primera vista o por su efecto, ¿crea la prueba cognitiva de capacidad una distinción por motivo de discapacidad?

Una ley puede crear una distinción, aunque no trate explícitamente a las personas con discapacidad de manera diferente. Las leyes pueden imponer o exacerbar la desventaja de manera indirecta. Es decir, las leyes que a primera vista se aplican de igual modo a todos pueden, en la práctica, suponer una carga desproporcionada para ciertos grupos por motivos de protección, siendo la "discapacidad mental" uno de los motivos enumerados en la sección 15.³⁹ La Suprema Corte reconoció que dicha

³⁸ *Fraser vs. Canada... cit.*, párr. 27.

³⁹ En este capítulo se usa el término "discapacidad mental" —*mental disability*— porque es el término que se usa en la sección 15(1) de la *Carta*. La "discapacidad mental" incluye una amplia gama

discriminación es una de las diversas formas que puede tomar la discriminación.⁴⁰ Este tipo de discriminación se conoce como *impacto adverso* o *discriminación indirecta*. La práctica internacional de derechos humanos también reconoce la discriminación indirecta.⁴¹ En el contexto de la CDPD, la discriminación indirecta significa "que las leyes, las políticas o las prácticas son neutras en apariencia, pero perjudican de manera desproporcionada a las personas con discapacidad".⁴²

Si bien la prueba cognitiva de capacidad que se encuentra en las leyes de Canadá, a primera vista, se aplica a todos los canadienses de igual modo, en la práctica tiene un efecto desproporcionado en las personas con discapacidades mentales.⁴³ Dos obviedades fundamentan el análisis de la prueba cognitiva. En primer lugar, la prueba cognitiva de capacidad normalmente se aplica a todos. Por lo general, se incluye en estatutos que rigen la tutela, el consentimiento de la atención médica y otras formas de toma de decisiones por sustitutos. Estas leyes no tienen una aplicación selectiva para las personas con discapacidad u otros subconjuntos de la población. En teoría, a cualquier persona se le puede considerar incapaz e impedir que tome sus propias decisiones. En segundo lugar, la prueba cognitiva de capacidad crea una distinción entre las personas que superan

de personas que experimentan sus discapacidades de maneras únicas y diferentes. Puede incluir a personas con discapacidades intelectuales o del desarrollo, personas que tienen deficiencias de aprendizaje o personas que sufren problemas de salud mental. Con respecto a las personas en la última categoría, existe un debate de hace mucho tiempo y no hay consenso sobre la terminología apropiada. Entre otros términos en uso se incluyen: "consumidor/sobreviviente", "sobreviviente psiquiátrico", "discapacidad psiquiátrica", "personas con una enfermedad mental" o "enfermedad mental", "personas con discapacidades psicosociales" o "personas identificadas como locas".

⁴⁰ Cf. *Fraser vs. Canada...* cit., párrs. 43, 46 y 47; y *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la Jeunesse) vs. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, [2015] 2 S.C.R. 789, 2015 SCC 39, párr. 32.

⁴¹ Cf. Comité CDPD, Observación General Núm. 6, sobre la igualdad y la no discriminación, UN Doc. CRPD/C/GC/6, abril de 2018, párr. 18.

⁴² *Ibid.*, párr. 18(b).

⁴³ De igual modo, se ha argumentado que la Ley de Capacidad Mental —Mental Capacity Act— de Inglaterra y el país de Gales deniega la capacidad jurídica de una manera que tiene un efecto desproporcionado sobre las personas con discapacidades —V. Essex Autonomy Project, *Achieving CRPD Compliance: Is the Mental Capacity Act of England and Wales Compatible with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities? If not, What Next?*, informe presentado ante el ministro de Justicia del Reino Unido, p. 16—.

la prueba y las que no la superan. No hay arbitrariedad en torno a quien no supera la prueba. Al contrario, la mayoría de las personas que no superan la prueba son miembros de una clase enumerada de canadienses a los que la disposición de igualdad de la Carta protege: personas con "discapacidades mentales".⁴⁴ Más específicamente, aquellos que no superan la prueba son de manera desproporcionada aquellos que tienen una discapacidad que los limita en sus habilidades cognitivas y comunicativas. La mayoría de las personas que no tienen estos tipos de discapacidades superará la prueba. Como tal, la prueba tiene un efecto desproporcionado en este subconjunto de personas con discapacidades mentales. Las personas que no superan la prueba se ven impedidas para entablar relaciones jurídicas, mientras que las personas que la superan tienen derecho a participar en asuntos jurídicos sin las restricciones similares que se les imponen. Utilizada de esta forma, la prueba tiene un efecto desproporcionado sobre muchas personas con discapacidades mentales.

Asimismo, la "ausencia de ajustes para los miembros de los grupos protegidos" puede representar un efecto adverso sobre un grupo protegido, como las personas con discapacidad.⁴⁵ En *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) vs. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) vs. Laseur*, la corte destacó la importancia de los ajustes razonables como medida para responder a las necesidades y circunstancias particulares de las personas con discapacidad.⁴⁶ La corte estableció que la lógica subyacente a la prohibición de la discriminación por motivo de discapacidad "es permitir el reconocimiento de las necesidades especiales y las capacidades reales de las personas afectadas por una amplia variedad de discapacidades en muchos contextos sociales diferentes. De acuerdo con esta lógica, la sección 15(1) requiere un grado considerable de adaptación y ajustes razonables

⁴⁴ La sección 15(1) de la Carta identifica la "discapacidad mental o física" como un motivo enumerado.

⁴⁵ Cf. *Fraser vs. Canada... cit.*, párr. 54.

⁴⁶ *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) vs. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) vs. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, párr. 81.

de la acción estatal a las circunstancias de los individuos particulares con discapacidades".⁴⁷

En gran medida, la CDPD incluye la "denegación de ajustes razonables" como una forma de discriminación.⁴⁸ De esta manera se reconoce el "dilema de la diferencia" que tiene en cuenta las diferencias entre los seres humanos para lograr una igualdad sustantiva, y "entraña tanto ignorar las diferencias entre los seres humanos como reconocerlas, a fin de lograr la igualdad".⁴⁹ La no discriminación incluye el derecho a ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad jurídica.⁵⁰ Dicho de otro modo, la denegación de los ajustes razonables constituye una discriminación.⁵¹ En una lectura simple de la prueba cognitiva de capacidad, siendo sus elementos constitutivos un requisito para tener tanto la capacidad de comprender información como la de apreciar las consecuencias razonablemente previsibles, para cumplir estos requisitos es necesario poseer un conjunto particular de habilidades cognitivas. Como tal, no permite la flexibilidad que se requiere en función de las necesidades especiales de las personas o las capacidades reales en el contexto de la toma de decisiones.

El hecho de que la prueba cree una distinción sobre la base de la discapacidad mental no significa que todas las personas que tienen una discapacidad mental estarán en la misma situación de desventaja por la prueba cognitiva. En realidad, hay muchas personas que tienen discapacidades mentales que pueden superar la prueba. Sin embargo, aquellos que tienen discapacidades intelectuales significativas y otras discapacidades que afectan a la cognición tal vez nunca puedan superar la prueba. Los tribunales canadienses han establecido que este hecho no constituye un obstáculo para una denuncia de discriminación. No todas las personas del grupo de demandantes necesitan estar en la misma situación de

⁴⁷ *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) vs. Martin... cit.*, párr. 93.

⁴⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, *op. cit.*, art. 2.

⁴⁹ Comité CDPD, Observación General Núm. 6... *cit.*, párr. 10.

⁵⁰ *Cf. Ibid.*, párr. 34.

⁵¹ *Cf. ibid.*, párrs. 10, 11 y 17.

desventaja debido al impacto de la medida. Al considerar los derechos de las personas a las que se describe con una discapacidad de dolor crónico, la Suprema Corte aclaró que el "tratamiento diferencial puede ocurrir sobre la base de un motivo enumerado pese al hecho de que no todas las personas que pertenecen al grupo relevante son maltratadas por igual".⁵²

B. ¿Acaso la prueba cognitiva de capacidad impone cargas o niega un beneficio de una manera que tenga el efecto de reforzar, perpetuar o exacerbar la desventaja?

En esta segunda fase de la investigación se pregunta en última instancia si la distinción es discriminatoria.⁵³ Para establecer una violación de la sección 15(1), el tratamiento diferencial debe considerarse discriminación en sentido sustancial. La Suprema Corte describió el objetivo en esta fase como la examinación del "impacto del daño causado al grupo afectado".⁵⁴ Se centra en "la protección de los grupos que han experimentado desventaja excluyente en función de las características del grupo".⁵⁵

La Suprema Corte, en *Withler vs. Canada (Attorney General)*, explicó que "la perpetuación de la desventaja normalmente ocurre cuando la ley trata a un grupo históricamente desfavorecido de una manera que exacerbe la situación del grupo".⁵⁶ Las desventajas históricas pueden incluir desventajas sociales, políticas o jurídicas.⁵⁷ El hecho de que las personas con discapacidad han enfrentado desventajas históricas es una realidad reconocida en la sociedad canadiense. Tal como lo describe la Suprema Corte en *Ontario (Attorney General) vs. G*: "En nuestra sociedad, las personas con discapacidad lamentablemente 'enfrentan coerción recurrente,

⁵² *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) vs. Martin...* cit., párr. 76.

⁵³ Department of Justice, Government of Canada, *op. cit.*

⁵⁴ *Fraser vs. Canada...* cit., párr. 76.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 77.

⁵⁶ *Withler vs. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396, 2011 SCC 12, párr. 35.

⁵⁷ *Cf. ibid.*, párrs. 35 y 39.

marginalización y exclusión social'. Como esta Corte ha reconocido: esta desventaja histórica en gran medida ha moldeado y perpetuado la noción de que la discapacidad es una anomalía o defecto".⁵⁸

La prueba cognitiva de capacidad afianza la desventaja histórica que las personas con discapacidades cognitivas enfrentan porque las despoja del ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Con respecto a las leyes de tutela, que normalmente emplean una prueba cognitiva para determinar si debe nombrarse un tutor, Fiala-Butora y Stein describen el rol que estas leyes desempeñan para perpetuar el prejuicio social de la siguiente forma: "Al tratar a las personas con discapacidades intelectuales como objetos de protección, y al mismo tiempo denegar su voluntad, la ley refuerza estereotipos obsoletos que conducen a prácticas excluyentes".⁵⁹ Para las personas que están bajo un régimen de toma de decisiones por sustitutos —ya sea por tutela u otra forma—, su desventaja se perpetúa aún más porque pierden la oportunidad de desarrollar las aptitudes y adquirir los apoyos, que pueden ser necesarios, para superar la prueba cognitiva.⁶⁰

Al crear una distinción basada en la discapacidad mental, la prueba cognitiva de capacidad deniega a las personas el beneficio de ejercer su autonomía sobre sus propias decisiones. Se ven restringidas para disfrutar de algo que la mayor parte de la sociedad da por hecho: la capacidad de ejercer poder sobre el rumbo de sus vidas. Además, la distinción impone una carga sobre este grupo porque requiere que las personas que no superan la prueba queden bajo la autoridad de un sustituto en la toma de decisiones. El efecto final es socavar la igualdad de condición y el igual respeto por su valor y dignidad como seres humanos y miembros de la sociedad.

⁵⁸ *Ontario (Attorney General) vs. G*, 2020, SCC 38, párr. 61.

⁵⁹ Fiala-Butora, J. y Stein, M. A., "The Law as a source of stigma or empowerment: legal capacity and persons with intellectual disabilities", en Katrina Scior y Shirli Werner (eds.), *Intellectual Disability and Stigma: Stepping Out from the Margins*, Palgrave Macmillan, Londres, 2016, p. 199.

⁶⁰ *Cf. ibid.*, p. 198.

Si bien la Suprema Corte ha pasado de definir la discriminación en términos del impacto de la ley en la dignidad humana como un componente del análisis de la sección 15,⁶¹ al menos en el contexto de las personas con discapacidad, la consideración de la dignidad humana aún tiene un significado para el análisis de la sección 15, aunque no una característica definitoria. Por ejemplo, en *Ontario (Attorney General) vs. G*, la Suprema Corte indicó que "la promesa de respeto de 'mismo valor y dignidad humana de todas las personas' de la sección 15 (Eldridge, párrafo 54) requiere que aquellas personas con discapacidad se consideren y reciban un trato de personas valiosas y se les garantice la dignidad en su pluralidad".⁶² Para aquellas personas con discapacidad que se ven afectadas por la prueba cognitiva, la esencia de la reclamación de inclusión y el derecho a tomar sus propias decisiones viene de la afrenta en su dignidad y autonomía que resulta de la privación de un derecho para dirigir sus decisiones y vivir sus vidas como deseen.

VI. Limitación de derechos: ¿Pueden las pruebas discriminatorias de capacidad jurídica considerarse una restricción justificable de los derechos de la Carta conforme a la sección 1 de la Carta?

1. El problema y las fuentes en la legislación sobre derechos humanos de Canadá y las Naciones Unidas

La reforma legislativa en materia de capacidad jurídica ha estado plagada continuamente de preocupaciones sobre si la tutela es conveniente, qué salvaguardias son necesarias, si las personas de apoyo deben estar reconocidas por la ley, así como los procesos para apelar y revisar, por mencionar algunas. Pero el meollo del problema es la necesidad de equilibrar los derechos contrapuestos y los valores sociales. Por lo general, se entiende

⁶¹ *R. vs. Kapp... cit.*, párrs. 21-22.

⁶² *Ontario (Attorney General) vs. G... cit.*, párr. 61.

que la sociedad no debe abandonar a las personas que son vulnerables al grado de poner en riesgo su salud, vida o sustento. También se entiende normalmente que todos deben tener el derecho a la autonomía e igualdad, y a vivir sus vidas sin interferencia del Estado. Tanto las leyes de Canadá como la legislación en materia de derechos humanos de las Naciones Unidas exigen abordar de frente el equilibrio de estos valores y derechos. En cada uno se integra el entendimiento de que en una sociedad democrática debe haber un equilibrio importante entre los derechos individuales y los intereses sociales en su conjunto.

En el contexto de las Naciones Unidas, el análisis de la discriminación demuestra un equilibrio a través de lo que se ha denominado la *definición pragmática de la discriminación*. Sandor Gurbai describe este enfoque de la siguiente manera: "el tratamiento diferencial no constituye discriminación si el propósito o efecto de este es alcanzar un objetivo legítimo y si el tratamiento diferencial puede justificarse de manera objetiva y razonable".⁶³ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que describe esta noción como un "ámbito aceptable de tratamiento diferencial", estipula:

El tratamiento diferencial basado en motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que la justificación de la diferenciación sea razonable y objetiva. Esto incluirá una evaluación sobre si el objetivo y los efectos de las medidas u omisiones son legítimos, compatibles con la naturaleza de los derechos del Pacto y únicamente con el propósito de promover el bienestar general en una sociedad democrática. Además, debe haber una relación

⁶³ Gurbai, Sandor, "Beyond the Pragmatic Definition? The Right to Non-discrimination of Persons with Disabilities in the Context of Coercive Interventions," en *Health and Human Rights Journal*, vol. 22, núm. 1, 2020, p. 290. La investigación de Gurbai, no obstante, cuestiona si la definición pragmática de discriminación se aplica a la CDPD. Concluyó que hay una falta de certeza, en función de un análisis del texto mismo de la CDPD y del trabajo del Comité de la CDPD.

clara y razonable de proporcionalidad entre el objetivo que se busca alcanzar y las medidas u omisiones y sus efectos.⁶⁴

El equilibrio análogo en el contexto canadiense se efectúa conforme a la sección 1 de la Carta, que estipula lo siguiente: "La Carta de Derechos y Libertades de Canadá garantiza los derechos y libertades que se establecen en ella sujetos solo a dichos límites razonables estipulados por la ley, tal como se puede justificar de manera demostrable en una sociedad democrática".

2. Sección 1 de la Carta: análisis de la prueba cognitiva de capacidad: ¿Se puede justificar?

Para que el Estado pueda justificar una limitación de derechos conforme a la sección 1, primero asume la responsabilidad de establecer que el límite está "estipulado por la ley". Esto requiere que la medida que incluye el límite sea (i) adecuadamente accesible para el ciudadano y (ii) inteligible. Las pruebas de capacidad jurídica son accesibles e inteligibles. En general, las pruebas utilizadas y las reglas que rigen la toma de decisiones por sustitutos son claras y detalladas. Parece que están "estipuladas por la ley".

La decisión de la Suprema Corte en *R. vs. Oakes*⁶⁵ proporciona el marco para un análisis de la sección 1 que requiere una evaluación de si el límite está justificado. En esta fase, tiene lugar el equilibrio de los intereses sociales contra los derechos individuales. Esto se logra "centrándose en

⁶⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm. 20, la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párr. 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 42° periodo de sesiones, E/C.12/GC/20, 2009, párrafo 14.

V, también, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General Núm. 18: No discriminación, 37° periodo de sesiones, 1989, párr. 13; y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Human Rights, Handbook for Parliamentarians* N° 26, HR/PUB/16/4, United Nations, Inter-Parliamentary Union, 2016.

⁶⁵ *R. vs. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, S.C.J. Núm. 7.

la legitimidad del objetivo del gobierno y la 'proporcionalidad' entre el medio elegido para lograr dicho objetivo y la carga en el demandante de derechos".⁶⁶ Sharpe y Roach resumen los factores para que se consideren de la siguiente manera:

- El objetivo de la medida debe ser suficientemente importante para justificar la derogación de un derecho de la Carta.
- Debe haber una conexión racional entre el límite en el derecho de la Carta y el objetivo legislativo.
- Este límite debe perjudicar al derecho de la Carta lo menos posible.
- Debe haber un equilibrio general o proporcionalidad entre los beneficios del límite y sus efectos perjudiciales.⁶⁷

El primer criterio en *Oakes* es que el objetivo de la legislación sea "de suficiente importancia para justificar la derogación de una libertad o un derecho protegido por la Constitución".⁶⁸ Para poder superar esta prueba, "es necesario, como mínimo, que un objetivo se refiera a preocupaciones que son apremiantes y sustanciales en una sociedad libre y democrática, antes de que pueda caracterizarse como suficientemente importante".⁶⁹ Incumbe al Estado justificar la infracción en esta fase.

El objetivo de las leyes en materia de capacidad jurídica —y la prueba de capacidad de la que dependen— se originó en la necesidad de actuar en pos de la protección de las personas que se perciben como vulnerables, incapaces de cuidarse a sí mismas y, como tal, en peligro de sufrir daño. Más recientemente, la promoción de autonomía se reconoció como un valor contrapuesto que debe tenerse en cuenta en la reglamentación

⁶⁶ Sharpe, R. J. y Roach, K., *op. cit.*, p. 70.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ R. vs. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, párr. 139.

⁶⁹ R. vs. *Oakes*... *cit.*, párr. 69.

de la capacidad jurídica. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Ontario, en *Park y Park*,⁷⁰ describió el propósito de la Ley de Decisiones Sustitutas —*Substitute Decisions Act*— de Ontario —que emplea la prueba cognitiva en su reglamentación de la tutela y medidas de protección de adultos— como la protección de las personas vulnerables y destacó que la ley refleja "el principio que la dignidad y la privacidad de una persona deben respetarse asiduamente".⁷¹ El tribunal añadió que "por lo tanto, se le pone en una posición donde debe sopesar los derechos fundamentales de cada ciudadano contra el peligro de que se aprovechen de esa persona vulnerable debido a su incapacidad de protegerse o cuidar de sí misma o sus bienes y propiedades".⁷²

Estos objetivos se articulan una y otra vez, y es justo decir que, en el contexto canadiense, se consideran de suficiente importancia para justificar la derogación de una libertad o un derecho protegido por la Constitución. Incluso la CDPD, que tiene como enfoque principal la promoción de la autonomía individual, tanto en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica como de todas las cuestiones cubiertas por la CDPD,⁷³ reconoce la importancia de abordar situaciones de daño. Por ejemplo, el artículo 12(4) exige salvaguardias relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, el artículo 16 reconoce la importancia de las medidas relacionadas con la "protección contra la explotación, la violencia y el abuso" y el artículo 15 reconoce la importancia de las medidas para abordar la "protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

El segundo criterio requiere que las medidas adoptadas se conecten racionalmente con el objetivo, es decir, no deben ser arbitrarias o injustas. ¿Ayudarán los medios adoptados a lograr el objetivo? Algunos argumen-

⁷⁰ *Park and Park*, 2010 ONSC 2627 (S.C.J.) [*Park*].

⁷¹ *Park and Park*... cit., párr. 47.

⁷² *Ibid.*, párr. 48.

⁷³ Cf. Asamblea General de las Naciones Unidas, *op. cit.*, art. 3.

tarían que la prueba de capacidad que resulta en la imposición de un sustituto en la toma de decisiones para alguien que no tiene la capacidad cognitiva para comprender las decisiones que deben tomarse es la forma más efectiva de garantizar que los intereses de una persona queden protegidos. Las decisiones se toman de tal modo que la persona no quede desatendida y sus asuntos se administren. Al mismo tiempo, el sustituto que toma las decisiones es una persona que posee el requisito de la capacidad cognitiva para tomar dichas decisiones. Contra esto, se puede argumentar que no hay suficiente conexión racional. Se ha argumentado que las personas que están bajo tutela u otras formas de toma de decisiones por sustitutos no necesariamente están protegidas de todo daño, en contra del objetivo de la legislación. Los daños o descuidos provocados por el vehículo mismo de la tutela⁷⁴ han sido una preocupación que debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar si el objetivo está de hecho conectado racionalmente con los instrumentos jurídicos que tienen como fin lograr esos objetivos. Fiala-Butora y Stein plantean esta cuestión de manera categórica: "Irónica y trágicamente, si bien la tutela supuestamente protege a las personas con discapacidad contra abusos, permite que los abusos por parte de los tutores no solo sean posibles sino también habituales".⁷⁵

El tercer criterio exige que existan medios para perjudicar lo menos posible el derecho o la libertad en cuestión. En esta fase se vuelve difícil argumentar que la prueba cognitiva de capacidad puede preservarse en la sección 1. En efecto, el enfoque de capacidad de toma de decisiones, que se describió anteriormente, es una alternativa de perjuicio mínimo a la prueba cognitiva de capacidad. Puede lograr el mismo objetivo y no discrimina contra las personas con discapacidades mentales. A diferencia de

⁷⁴ Cf. National Council on Disability, *Beyond Guardianship: Toward Alternatives That Promote Greater Self-Determination for People with Disabilities*, Washington, 2018, pp. 101-110; y Joffe, K. y Montigny, E. A., *Decisions, Decisions: Promoting and Protecting the Rights of Persons with Disabilities Who Are Subject to Guardianship*, Law Commission of Ontario, Toronto, 2014.

⁷⁵ Fiala-Butora, J. y Stein, M. A., *op. cit.*, p. 198.

la prueba cognitiva de capacidad, el enfoque de capacidad de toma de decisiones es más inclusivo para las personas con una variedad de discapacidades,⁷⁶ fundamenta el reconocimiento legal de las decisiones con base en la voluntad y las preferencias de una persona y reconoce legalmente los apoyos y ajustes para ejercer la capacidad jurídica, y lo hace a la vez que mantiene intactos los requisitos de comprensión y apreciación para las decisiones jurídicamente válidas. La integración de este enfoque en la ley se puede lograr de una manera que aborde los perjuicios y, al mismo tiempo, respete —y no elimine— la autonomía de las personas y el poder sobre sus vidas.

El cuarto criterio requiere que se realice una evaluación de la proporcionalidad entre los efectos de las medidas que son responsables de limitar el derecho o la libertad de la Carta y el objetivo que se ha identificado como de "suficiente importancia". Se requiere que los tribunales usen un "enfoque contextual".⁷⁷ Tanto el objetivo como la eficacia en el logro del objetivo son consideraciones relevantes en esta etapa.⁷⁸ En este rubro se tiene plenamente en cuenta la "gravedad de los efectos perjudiciales de una medida en los individuos o los grupos".⁷⁹

El impacto de ser considerado incapaz en virtud de la prueba cognitiva es profundo y de gran alcance. La persona pierde su derecho a formar parte de la comunidad, ya se trate de una incapacidad para abrir una cuenta bancaria, comprar ropa o viajar, ya de dar su consentimiento a un tratamiento médico riesgoso que podría mejorar su calidad de vida. En cada paso y cada momento el mensaje que recibe la persona es que sus deseos y preferencias no son valorados. Se siente ignorada y devaluada mientras se le arrebatada su autonomía. Si bien hay pautas en el contexto canadiense

⁷⁶ Michael Bach y Lana Kerzner han desarrollado y aplicado el enfoque de capacidad de toma de decisiones para la capacidad jurídica en diversos estudios. Más recientemente, V. Bach, M. y Kerzner, L., "Supported Decision Making... *cit.*", pp. 85-100.

⁷⁷ *V. Edmonton Journal vs. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, S.C.J. Núm. 124.

⁷⁸ *Cf. Alberta vs. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, 2009 SCC 37, párr. 76.

⁷⁹ *Id.*

para tomar decisiones sustitutas que exigen seguir los deseos de la persona e incluir a personas de apoyo,⁸⁰ la eliminación del derecho de uno a decidir deja a la persona en la periferia y no en el centro de la toma de decisiones sobre sí misma.

Para sostener que los beneficios de la prueba cognitiva, incluidos los mecanismos de la toma de decisiones por sustitutos resultantes, compensan su efecto discriminatorio y atentan contra la dignidad y la autonomía, se requerirían pruebas sustanciales e irrefutables de que la prueba cognitiva en los regímenes de toma de decisiones en Canadá no solo apunta a impedir daños, sino que de hecho lo hace. Este es un reclamo complejo dadas las pruebas de daños resultantes de la tutela.⁸¹ Además, el enfoque de capacidad de toma de decisiones más inclusivo de la capacidad jurídica no niega el riesgo de daño. En su lugar, propone un enfoque sólido para abordar los diversos daños que pueden producirse para las personas que son vulnerables, incluidos el abuso y el abandono. En resumen, mientras que la toma de decisiones por sustitutos basada en la prueba cognitiva puede tener efectos beneficiosos en términos de prevención de daños en algunos casos, hay otras maneras más eficaces de evitar daños y, al mismo tiempo, minimizar la intromisión en las vidas de las personas.

VII. El enfoque de igualdad de la CDPD en el ejercicio de la capacidad jurídica: poner en perspectiva el análisis de la sección 15

Si bien el análisis anterior afirma que la prueba cognitiva de capacidad es discriminatoria y no se puede preservar en la sección 1, se reconoce que no necesariamente es una opinión generalizada el que la prueba viole la Carta, sobre todo teniendo en cuenta el equilibrio de intereses que se

⁸⁰ V., por ejemplo, SDA, s. 32(4) y (5); s. 66(3), (6) y (7).

⁸¹ V. Bach, M., *Vulnerability to Losing Legal Capacity and Power in Personal Life: A Disability Rights Framework for Analysis*, IRIS (Institute for Research and Development on Inclusion and Society), Toronto, 2019.

requiere para un análisis de la sección 1. En efecto, se ha opinado que la prueba cognitiva no es discriminatoria.⁸² El análisis anterior de la sección 15 demostró lo maleable que es la prueba para determinar si una ley viola la disposición de igualdad y cómo el análisis de igualdad no se presta a una conclusión definitiva y unívoca. A la luz de esta ambigüedad, resulta útil examinar las fuentes internacionales en un intento de dilucidar aún más el significado de la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica. La fuente obvia a la cual recurrir es la CDPD.

El hecho de que la prueba cognitiva de capacidad sea discriminatoria se ve reforzado por la CDPD y la manera en que se ha interpretado. La discriminación se define en el artículo 2, y las obligaciones relacionadas con la no discriminación, aunque permean toda la convención, se refuerzan en los artículos 3, 4 y 5.⁸³ El Comité CDPD pone alto el listón en términos de la evaluación de las leyes sobre capacidad jurídica de Canadá en el contexto de la CDPD. Con respecto al criterio cognitivo, también conocido como criterio funcional, y al criterio basado en la condición, donde la capacidad se elimina sobre la base de un diagnóstico de una discapacidad, el comité hizo una fuerte declaración: "la discapacidad de una persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo

⁸² V. la decisión del Tribunal de Apelaciones de Ontario en *Thompson vs. Ontario (Attorney General)*, 2016 ONCA 676, en la que Sharpe J. A. declaró que la prueba de capacidad para tomar decisiones sobre tratamientos en la Ley sobre Consentimiento de Atención Médica —*Health Care Consent Act*— de Ontario, es decir, la prueba de comprensión y apreciación no es discriminatoria ni viola la sección 15 porque la prueba requiere de una evaluación individualizada. Sin embargo, el caso se decidió en función de un análisis de la sección 7 de la Carta —el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona—, y esta declaración se hizo sin ningún análisis o discusión de la jurisprudencia de la sección 15. V., especialmente, párrs. 66 y 67.

⁸³ El artículo 3 articula la no discriminación, el respeto por la dignidad inherente y la inclusión en la sociedad como principios de la convención; el artículo 4 obliga a los Estados partes a "adoptar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad"; el artículo 5 está dirigido exclusivamente a la "igualdad y no discriminación".

en su ejercicio".⁸⁴ De este modo, la prueba cognitiva de capacidad en las leyes sobre capacidad de Canadá es discriminatoria, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 12.⁸⁵ Esto no significa que la capacidad jurídica no pueda negarse nunca. En su lugar, la denegación de la capacidad jurídica se debe hacer bajo el mismo criterio para todos.⁸⁶

El Comité CDPD afirmó en su Observación General sobre el artículo 12 que para lograr el goce de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones y sin discriminación, tal como se estipula en el artículo 12, se debe restablecer la autonomía y el respeto de la dignidad humana.⁸⁷ Este es el caso también del artículo 12, que ha de interpretarse de conformidad con los objetivos de igualdad de oportunidades y accesibilidad.⁸⁸ Son estos mismos valores los que subyacen a la sección 15 de la Carta.

En el análisis definitivo, hay similitudes entre el análisis de discriminación conforme a la Carta y la CDPD. Cada uno se centra en los valores de autonomía, dignidad e inclusión; cada uno reconoce que la discriminación puede adoptar diferentes formas y suele estar en la naturaleza de la "discriminación indirecta"; cada uno destaca que los ajustes razonables son fundamentales para evitar la discriminación. Si bien existen diferencias en los dos enfoques, independientemente de la vía de análisis que se elige, la posición de que la prueba cognitiva de capacidad es discriminatoria es aceptable, ya sea conforme a la sección 15 de la Carta o a la CDPD.

⁸⁴ Comité CDPD, Observación General Núm. 1... *cit.*, párr. 15

⁸⁵ *Cf.* Comité CDPD, Observación General Núm. 6... *cit.*, párr. 47, donde el comité describe la denegación de la capacidad jurídica sobre la base del criterio cognitivo que predomina en Canadá —sistema funcional— y la existencia de discapacidad que aún existe en Canadá —sistema basado en la condición— como discriminatorio.

⁸⁶ Por ejemplo, la capacidad jurídica se puede restringir en circunstancias como la condena penal. Si bien está restringida, no es por motivos de discapacidad y, por lo tanto, no se considera discriminación.

⁸⁷ Comité CDPD, Observación General Núm. 1... *cit.*, párr. 32.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 4.

VIII. Conclusión

El derecho a la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica es la piedra angular del artículo 12 de la CDPD. Además, como lo señaló el Comité CDPD, "La igualdad y la no discriminación constituyen el núcleo de la Convención y son evocadas sistemáticamente en sus artículos sustantivos con el uso reiterado de la expresión 'en igualdad de condiciones con los demás', que vincula todos los derechos sustantivos de la Convención con el principio de no discriminación".⁸⁹ Con el fin de implementar el artículo 12, es fundamental poder reconocer los elementos de las leyes que deben existir para garantizar la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica y, como consecuencia, los elementos que serían un indicio de discriminación. La relación entre el derecho a la igualdad en la CDPD y el derecho de igualdad en la Carta canadiense puede verse como una relación simbiótica, ya que cada una puede usarse para reafirmar y profundizar la otra a fin de crear un entendimiento más preciso y completo de lo que significa la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica, no solamente como un ejercicio académico, sino con el propósito de brindar orientación para la aplicación del artículo 12 a los Estados partes, con el objetivo final de fomentar la inclusión en la toma de decisiones para todas las personas con discapacidad.

La prueba cognitiva de capacidad existe en la mayoría de las leyes sobre capacidad jurídica de Canadá, y su aplicación da lugar a determinaciones sobre quién tiene derecho a tomar decisiones por sí mismo y para qué personas es necesario un sustituto en la toma de decisiones. La prueba tiene un efecto adverso y una carga desproporcionada en las personas con discapacidades cognitivas de una manera que afianza su desventaja histórica, lo que lleva a la conclusión de que viola el derecho a la igualdad en la sección 15 de la Carta.

⁸⁹ Comité CDPD, Observación General Núm. 6... *cit.*, párr. 7.

No obstante, las violaciones de los derechos de la Carta, incluida la sección 15, se pueden defender si son "límites razonables" en una sociedad libre y democrática. Este tipo de justificación requiere un equilibrio de los derechos individuales contra los intereses sociales. De este modo, la igualdad y la autonomía deben guardar equilibrio con la protección contra el perjuicio. Se argumenta que las leyes que incorporan la prueba cognitiva de capacidad no pueden defenderse. Los daños causados por estas leyes no se pueden justificar, sobre todo porque la prueba cognitiva de capacidad no es la única opción para regular la toma de decisiones. Reemplazarla con una capacidad de toma de decisiones fomentaría la igualdad y evitaría la discriminación, conforme a la Carta y la CDPD. De este modo, debemos preguntarnos por qué la prueba cognitiva es tan dominante en la legislación canadiense y otras jurisdicciones. ¿Qué subyace a la resistencia para ver la prueba como discriminatoria? Quizá sea un miedo al cambio, un miedo a navegar nuevas aguas. Quizá rechazar la opinión de que la prueba discrimina es simplemente un disfraz para el miedo de que cualquier alternativa resulte en un abuso rampante, abandono y daño para aquellos que son más vulnerables en nuestra sociedad. Pero esta misma resistencia pone en riesgo la autonomía, la dignidad y la inclusión de las personas.