

CAPÍTULO 14

La capacidad mental en Hong Kong: contradicciones, incertidumbres y la necesidad de una reforma

Urania Chiu*

Pok Yin S. Chow**

* D. Phil en Derecho y Estudios socio-jurídicos en la Universidad de Oxford, Inglaterra.

** Profesor adjunto en la Facultad de Derecho en la Universidad de Hong Kong.

SUMARIO: I. Introducción; II. El desarrollo de una legislación sobre capacidad mental en Hong Kong; III. Definición de la (in)capacidad mental en la legislación de Hong Kong; IV. Consentimiento al tratamiento médico (salvo para trastornos mentales); V. Tutela y administración de la propiedad por parte de la Corte; VI. Toma de decisiones en casos de incapacidad futura; VII. Conclusión.

I. Introducción

Por mucho tiempo, Hong Kong se ha enorgullecido de ser una jurisdicción que respeta y protege los derechos y las libertades individuales. Sin embargo, en el área de las leyes de capacidad y salud mental, Hong Kong está muy a la zaga de muchas jurisdicciones, en términos de su observancia de las normas internacionales de derechos humanos. Hasta hoy, el enfoque del gobierno de Hong Kong sobre los asuntos relacionados con la capacidad mental se sigue apoyando principalmente en el modelo médico de la discapacidad y la enfermedad mental, que equipara el deterioro funcional con la pérdida de capacidad mental y jurídica, y recalca la necesidad de intervención psiquiátrica y rehabilitación. Y ello a pesar de que tal enfoque se contradice con las normas establecidas en los diversos tratados internacionales de derechos humanos que se aplican en Hong Kong, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —ICCPR, por sus siglas en inglés— y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —ICESCR, por sus siglas en

inglés—, que se ratificaron en el Reino Unido —y cuya aplicabilidad se extendió al territorio— antes de la retrocesión de Hong Kong a la República Popular de China —RPC—. Ambos tratados ahora están enraizados en la Ley Fundamental de Hong Kong, con el ICCPR incorporado a la legislación nacional mediante el Decreto de Declaración de Derechos de Hong Kong —HKBORO, por sus siglas en inglés—. En agosto de 2008, la RPC ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —CDPD—, cuya aplicabilidad se volvió a extender a Hong Kong.¹ Sin embargo, las disposiciones de la CDPD no se han incorporado a la legislación nacional ni son, como tal, accionables judicialmente ante los tribunales locales.²

En este capítulo se examinan varias disposiciones jurídicas que regulan la capacidad mental en Hong Kong y se evalúan con respecto a los requisitos estipulados en el artículo 12 de la CDPD, a la vez que se destacan los aspectos que demuestran contradicciones, incertidumbres y una necesidad de reforma a la luz de las normas y criterios internacionales actuales en materia de derechos humanos. En la siguiente sección se ofrece una perspectiva general del desarrollo de una legislación en Hong Kong en el área y se destacan los cambios en su enfoque sobre la capacidad y la salud mental durante las últimas décadas. En la sección III se examina cómo la (in)capacidad mental se define en la legislación de Hong Kong, mientras que en las secciones IV a VI se examina detenidamente la regulación de la capacidad —civil— en tres áreas significativas: el tratamiento médico de aquellos sin capacidad para otorgar su consentimiento, la toma de decisiones por sustitutos en las formas de tutela y administración de la propiedad por parte de la Corte, así como la toma de decisiones por adelantado. Por último, la sección VII concluye con reflexiones

¹ Cf. Petersen, C. J., "China's Ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Implications for Hong Kong", en *Hong Kong Law Journal*, vol. 38, núm. 3, 2008, pp. 624-625.

² Hong Kong adopta un enfoque dualista en sus obligaciones internacionales. V. Ramsden, M., "Dualism in the Basic Law: The First 20 Years", en *Hong Kong Law Journal*, vol. 49, núm. 1, 2019, pp. 239-264.

más amplias sobre la observancia de Hong Kong de las leyes de salud y capacidad mental con las normas y los valores estipulados en la CDPD y otros tratados internacionales de derechos humanos.

II. El desarrollo de una legislación sobre capacidad mental en Hong Kong

Los orígenes de las leyes actuales en relación con la capacidad mental en Hong Kong se remontan a la era colonial. Hong Kong se convirtió en una colonia británica en 1841 y, exceptuando un breve periodo de ocupación japonesa —de 1941 a 1945—, siguió siéndolo hasta que su soberanía se transfirió a la RPC en julio de 1997. Desde el primer momento del régimen colonial, Hong Kong recibió la legislación británica mediante la promulgación de varios documentos constitucionales, incluidas las Cartas Patentes de 1843 y las Instrucciones Reales de 1843.³ En 1844, se aprobó el Decreto del Tribunal Supremo para establecer el sistema judicial en Hong Kong e introducir formalmente una incorporación total de las leyes británicas. Así, se reconoció de manera específica que el derecho consuetudinario y las leyes como están promulgadas en el Reino Unido se aplicarían en Hong Kong, excepto cuando eran "inaplicables a las circunstancias locales de [Hong Kong] o de sus habitantes".⁴ Por lo general, es indiscutible que, al menos hasta la retrocesión, las leyes y políticas en Hong Kong estaban fuertemente influidas por las que se adoptaron en el Reino Unido, incluso si no se habían incorporado directamente en la jurisdicción.⁵ Se ha observado que las leyes y políticas en materia de atención sanitaria que estableció el gobierno colonial "com-

³ V. Wesley-Smith, P., "The Reception of English Law in Hong Kong", en *Hong Kong Law Journal*, vol. 18, 1988, pp. 183-217.

⁴ Decreto del Tribunal Supremo, 1873, en *Historical Laws of Hong Kong Online*. Disponible en <<https://oelawHongKong.lib.HongKongu.HongKong/items/show/587>>.

⁵ *V. China Field Ltd vs. Appeal Tribunal (Buildings)* (Núm. 2) 12 HKCFAR 342, 2009, pp. 351-352: "[Históricamente], los tribunales de Hong Kong tuvieron que desarrollar lo que acabó siendo el derecho consuetudinario de Hong Kong aunque en su mayor parte era idéntico al derecho inglés".

binan una historia colonial británica [con] un contexto cultural chino".⁶

En los primeros días del Hong Kong británico, la legislación en materia de salud mental iba dirigida principalmente a los individuos que padecían alguna forma de trastorno mental. La primera legislación en materia de salud mental promulgada en Hong Kong separadamente de la ley inglesa fue el Decreto sobre Manicomios —*Asylums Ordinance*— de 1906, que reemplazó a la Ley de Regulación de la Locura —*English Lunacy Regulations Act*— inglesa de 1853 como la ley aplicable para el internamiento y cuidado forzoso de las "personas que no están en uso de sus facultades mentales". A efectos del Decreto sobre Manicomios, "Toda persona se considerará que no está en uso de sus facultades mentales si hasta el momento tiene un trastorno mental que haga *necesario o conveniente* que dicha persona, ya sea en su propio beneficio o en el del interés público, se ponga y mantenga bajo control".⁷

Asimismo, la sección 5 del decreto determina que "Cualquier médico, funcionario de policía o cualquier persona privada, *que tenga motivos para creer* que una persona no está en uso de sus facultades mentales, puede con el pedido por escrito de un magistrado o juez de paz hacer que esa persona sea remitida, usando la fuerza que sea necesaria, a un manicomio".⁸

El Decreto sobre Manicomios fue objeto de una serie de enmiendas, hasta que se sustituyó por el Decreto sobre Hospitales Psiquiátricos —*Mental Hospitals Ordinance*— en 1950,⁹ aunque muy poco cambió en

⁶ Schoeb, V., "Healthcare Service in Hong Kong and its Challenges: The Role of Health Professionals within a Social Model of Health", en *China Perspectives*, 2016/4, p. 51.

⁷ Decreto sobre Manicomios, s. 3 —énfasis añadido—. Disponible en *Historical Laws of Hong Kong Online*, <<https://oelawHongKong.lib.HongKongu.HongKong/items/show/1224>>.

⁸ Decreto sobre Manicomios, s. 5 —énfasis añadido—.

⁹ El Decreto sobre Manicomios se modificó en 1927 y 1935. V. Cheung, D., "Mental Health Law in Hong Kong: The Civil Context", en *Hong Kong Law Journal*, vol. 48, núm. 2, 2018, pp. 461-484.

relación con la definición de las personas "que no están en uso de sus facultades mentales" y los requisitos mínimos para que una persona pueda ser internada de manera forzosa. El efecto principal del Decreto sobre Hospitales Psiquiátricos de 1950 fue implementar requisitos más estrictos en la regulación de las instituciones psiquiátricas, tras el cambio general en las políticas de salud mental que señala que las personas con una enfermedad mental deben recibir atención médica y no simplemente ser encerradas en nombre de la seguridad o el interés públicos.¹⁰

A finales de los años cincuenta y principios de los sesenta, a raíz del *Informe Guillebaud —1956—*, el enfoque del Reino Unido a la salud mental empezó a cambiar hacia la desinstitutionalización.¹¹ Hong Kong pronto siguió: la primera iteración del Decreto sobre Salud Mental —*Mental Health Ordinance, MHO*— se promulgó en 1960 —y entró en vigor en 1962. A través de esta norma el gobierno buscaba adoptar disposiciones para todos los aspectos del cuidado y tratamiento de las personas que, a consecuencia de una enfermedad mental o discapacidad intelectual, eran incapaces de gestionar asuntos en relación con su persona o propiedad, es decir, las personas que estaban "mentalmente incapacitadas".* En esencia, la MHO faculta a la Corte para ejercer la jurisdicción *parens patriae* en nombre del Estado, lo que permite dictar órdenes de tratamiento y designar comités para administrar los asuntos financieros y personales de las "personas mentalmente incapacitadas".¹²

¹⁰ Por ejemplo, el Decreto sobre Hospitales Psiquiátricos estipuló los ingresos voluntarios e incluyó no solo la "custodia y el cuidado", sino también el "tratamiento" de los pacientes.

¹¹ V., por ejemplo, Nolan, P., "The History of Community Mental Health Nursing", en B. Hannigan y M. Coffey (eds.), *The Handbook of Community Mental Health Nursing*, Routledge, London, 2003, pp. 7-18.

* Queremos subrayar que la expresión *mentalmente incapacitadas* es una traducción de *mentally incapacitated* (como se lee en el original en inglés). Como la intención del texto en inglés es conservar el término usado en la *Mental Health Ordinance* (aunque para los estándares actuales sea inapropiado o poco preciso), conservamos esta traducción, con la misma intención. Lo mismo ocurre con las expresiones *incapacidad mental* (traducción de *mental incapacity*, como aparece en la MHO) y *discapacidad mental*. Las personas autoras de este capítulo se refieren, de hecho, a estas "disposiciones y conceptos obsoletos" de la MHO más adelante (V. n. 96 de este capítulo) [N. de las personas correctoras].

¹² Cf. MHO, cap. 136, pts. IVB, II; y Lee, R., "The Adult Guardianship Dilemma in Hong Kong", en *Trusts & Trustees*, vol. 25, núm. 10, 2019, p. 1074. V. también las secciones 4 y 5 a continuación.

Desde entonces, la MHO ha sido objeto de varias fases de enmiendas, y estipuló, en su Decreto de enmiendas en 1988, el Tribunal de Revisión de la Salud Mental,¹³ un órgano cuasi judicial responsable de la revisión de las solicitudes presentadas por personas sujetas al régimen obligatorio, incluidas las que están sujetas a ser internadas en un hospital y las que están en la comunidad.¹⁴ Otro cambio significativo tuvo lugar en la reforma de 1996/7: la introducción de un régimen de tutela plena con su propia Junta de Tutela,¹⁵ otro órgano cuasi judicial, facultado para hacer, revisar y modificar órdenes de tutela¹⁶ con vistas a "apoyar, proteger y defender el interés superior de los adultos mentalmente incapacitados" y "facilitar la resolución de disputas con parientes y proveedores de servicios" —Junta de Tutela—. En virtud de la iteración actual de la MHO, en la que la Junta de Tutela opina, entre otras cosas, que la capacidad de una persona para tomar "decisiones razonables con respecto a todo o a una parte considerable de los asuntos que se relacionan con sus circunstancias personales" está limitada por la discapacidad o el trastorno mental, y "si ninguna otra medida menos restrictiva o intrusiva está disponible en las circunstancias" para satisfacer las necesidades particulares de la persona,¹⁷ puede designar a un tutor privado —como un amigo o pariente— o designar al director de Bienestar Social como tutor público para tomar decisiones en nombre de la persona.¹⁸

Hoy, el concepto de "incapacidad mental" está asociado a una gama más amplia de condiciones que pueden perjudicar las capacidades cognitivas de una persona "que no está en uso de sus facultades mentales", como demencia, apoplejía, esquizofrenia, otras formas de trastornos psiquiátricos o cognitivos, discapacidades intelectuales, o daño cerebral causado por una lesión, enfermedad o abuso de sustancias. En las si-

¹³ Cf. MHO, pt. IVA.

¹⁴ Cf. MHO, s. 59B.

¹⁵ Cf. MHO, pt. IVB.

¹⁶ Cf. MHO, s. 59K(1).

¹⁷ Cf. MHO, s. 59O.

¹⁸ Cf. MHO, s. 59S.

güentes secciones se explica cómo se define la (in)capacidad mental en distintos apartados de la legislación de Hong Kong en materia de salud mental y sus implicaciones prácticas.

III. Las definiciones de la (in)capacidad mental en la legislación de Hong Kong

La legislación sobre (in)capacidad mental en Hong Kong está formada por una matriz compleja de principios establecidos en la legislación y de elaboración jurisprudencial. Para empezar, el punto de partida para evaluar la capacidad mental en Hong Kong, dado el uso continuado que hace la ciudad del sistema jurídico de derecho consuetudinario hasta el día de hoy, se puede encontrar en el derecho consuetudinario inglés. Esta imagen, no obstante, se ve complicada por la MHO, que ofrece no una sino varias definiciones de capacidad para aplicarse en diferentes contextos. Como se demostrará, estas diferentes pruebas se basan en diferentes interpretaciones de la capacidad mental y pueden generar resultados que se contraponen.

En el derecho consuetudinario, el principio general relacionado con la capacidad mental, antes que nada, es que se presume que toda persona adulta tiene capacidad de tomar decisiones —esto incluye decisiones sobre tratamientos médicos, cuidado y otros asuntos no médicos— por ella misma, aunque esta presunción se puede refutar con respecto a cada instancia específica de la toma de decisiones.¹⁹ Se dice que una persona carece de capacidad si "algún impedimento o perturbación del funcionamiento mental" la vuelve incapaz de tomar una decisión.²⁰ Esta habilidad se evalúa a través de una prueba de tres fases: (i) si la persona es capaz de asimilar y retener la información pertinente; (ii) si cree en ella; y (iii) si es capaz de sopesar dicha información y equilibrar los riesgos

¹⁹ *Re T (Adult: Refusal of Treatment)* 4 All ER 649 (CA) (Lord Donaldson), 1992.

²⁰ *Re MB EWCA Civ 3093* [4], 1997.

y las necesidades.²¹ Si se considera que una persona es capaz de tomar una decisión, su elección debe respetarse, incluso en situaciones que amenacen sus vidas:

El principio de libre determinación requiere que se respeten los deseos del paciente, de modo que si un paciente adulto en pleno uso de sus facultades mentales se niega, no obstante de manera irrazonable, a prestar su consentimiento a un tratamiento o cuidado mediante el cual su vida podría prolongarse, los médicos responsables deben hacer válidos sus deseos, aunque consideren que hacerlo no responda a su interés superior.²²

Otros principios clave en relación con la evaluación de la capacidad también se pueden distinguir de la jurisprudencia:

- La capacidad necesaria para una decisión específica en cuestión es proporcional a su gravedad.²³
- No se considera que una persona carece de capacidad solamente porque su decisión parezca irrazonable o irracional.²⁴
- No es necesario que una persona "use y sopesa cada detalle", sino solo los "factores destacados" de las opciones disponibles, para poder demostrar capacidad.²⁵
- Aun cuando una persona no sea capaz de usar y sopesar parte de la información pertinente, de igual forma puede ser capaz de usar y sopesar otros elementos lo suficiente como para poder tomar una decisión en plena capacidad.²⁶

²¹ *Re C (Adult: Refusal of Treatment)* 1 All ER 819 (QBD), 1994.

²² *Id.* V, también, *Airedale NHS Trust vs. Bland* 1 All ER 821, en 860, 1993.

²³ *Re T (Adult: Refusal of Treatment)* 4 All ER 649 (CA) (Lord Donaldson).

²⁴ *Id.*

²⁵ *CC vs. KK and STCC* EWHC 2136 (COP), 2012.

²⁶ *Re SB (A patient; capacity to consent to termination)* EWHC 1417 (COP) [44], 2013; *WBC (Local Authority) vs. Z, X, Y* EWCOP 4, [12], 2016.

Cuando se determina que falta capacidad, habida cuenta de lo anterior, la decisión debe tomarse según el *interés superior* de la persona.²⁷

En Inglaterra y Gales, estos principios se consolidaron en el derecho escrito en 2005 en la Ley de Capacidad Mental —*Mental Capacity Act, MCA*—, ya que se pensaba en ese momento que la incertidumbre en torno al marco del derecho consuetudinario había dejado a los profesionales vulnerables a las acciones legales y los retrasos en el acceso al tratamiento de los pacientes.²⁸ La sección 1 de la MCA reafirma, primero, la presunción de capacidad y otros principios clave. En las siguientes secciones se establecen las dos partes en la evaluación de la capacidad: en la sección 2 se presenta el umbral "diagnóstico", que exige que cualquier imposibilidad de tomar una decisión sea el resultado de "un deterioro o una perturbación en el funcionamiento de la mente o el cerebro", mientras que en la sección 3 se presenta el umbral "funcional", lo que significa no ser capaz de tomar una decisión. La prueba de la sección 3 es similar a la prueba de tres fases que se encuentra en el derecho consuetudinario:²⁹ una persona no es capaz de tomar una decisión por sí misma si no puede entender, retener, usar o sopesar la información pertinente para la decisión en el proceso de toma de decisiones, o si no es capaz de comunicar dicha decisión. Además, conviene subrayar que una falta de capacidad no se puede establecer solamente con referencia a la edad, apariencia u otros "supuestos injustificados" asociados a la condición de la persona.³⁰

En el caso de Hong Kong, no obstante, el gobierno no siguió los pasos de Inglaterra de incorporar estos principios del derecho consuetudinario en su legislación. En su lugar, paralelamente a la prueba del derecho consuetudinario, un marco legal independiente para la capacidad mental

²⁷ *Re F (Mental Patient: Sterilisation)* 2 AC 1 en 55, 1990.

²⁸ Jackson, E., *Medical Law: Text, Cases, and Materials*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 243.

²⁹ *Re C (Adult: Refusal of Treatment)* 1 All ER 819 (QBD), 1994.

³⁰ *Cf.* Mental Capacity Act, 2005, s. 2(3).

se desarrolló en el ámbito de la legislación en materia de salud mental. En la sección 2, la disposición de interpretación general, "incapacidad mental" significa "(a) trastorno mental; o (b) discapacidad mental", que a su vez se definen de la siguiente manera:

- "Trastorno mental" significa:
 - (a) enfermedad mental
 - (b) un estado de desarrollo mental interrumpido o incompleto que constituye un impedimento significativo en la inteligencia y el funcionamiento social que se asocia a conducta anormalmente agresiva o seriamente irresponsable por parte de la persona involucrada
 - (c) trastorno psiquiátrico
 - (d) cualquier otro trastorno o impedimento de la mente que no suponga una discapacidad mental

"Con trastornos mentales" se interpretará en el mismo sentido.

"Discapacidad mental" significa un funcionamiento intelectual general por debajo del promedio con deficiencias en el comportamiento adaptativo; "con discapacidades mentales" se interpretará en el mismo sentido.

Hay una definición separada para "persona mentalmente incapacitada":

- "Persona mentalmente incapacitada" significa:
 - (a) a efectos de la parte II ["Administración de la propiedad y los asuntos de las personas mentalmente incapacitadas"], una persona que es incapaz, a causa de incapacidad mental, de gestionar y administrar su propiedad y sus asuntos

- (b) a todos los demás efectos, un paciente o una persona con discapacidad mental, según sea el caso

En la misma subsección, un "paciente" se define como "una persona que padece o parece padecer un trastorno mental". Esta definición de "persona mentalmente incapacitada" es, por ende, más amplia que simplemente alguien con "incapacidad mental" tal como se definió antes, ya que "paciente" incluye no solo a aquellos que han recibido un diagnóstico con un trastorno mental, sino también a aquellos que *parecen* padecer un trastorno mental, tal como se definió antes.

Conviene señalar que detectar la "incapacidad mental" o que alguien es una "persona mentalmente incapacitada" en la sección 2 no significa que la ley considere que la persona carezca de capacidad para tomar una determinada decisión. Más bien, funciona de modo similar al umbral diagnóstico de la prueba del derecho consuetudinario —el requisito de la presencia de "algún impedimento o perturbación del funcionamiento mental"—,³¹ que delinea la amplia categoría de individuos que podrían someterse a la segunda parte de la prueba. Diferentes partes de la Ley, que se ocupan de áreas específicas de regulación en relación con las "personas mentalmente incapacitadas", proporcionan el elemento funcional de la prueba de capacidad. Por ejemplo, la sección 7 de la parte II de la Ley —"Administración de la propiedad y los asuntos de las personas mentalmente incapacitadas"— permite a la Corte ordenar una investigación para comprobar si una persona es "incapaz, a causa de incapacidad mental, de gestionar o administrar su propiedad y sus asuntos". Aquí, tras establecer que la persona en cuestión está "mentalmente incapacitada", la Corte tendrá que determinar si, por consiguiente, también es *incapaz* de tomar determinadas decisiones.

Una prueba diferente se puede encontrar en la sección 59ZB de la parte IVC —"Tratamiento médico y dental"—, que estipula sobre el tratamiento

³¹ *Re MB EWCA Civ 3093* [4], 1994.

—salvo para trastornos mentales— de "una persona mentalmente incapacitada que ha llegado a la edad de 18 años y es incapaz de dar su consentimiento" a dicho tratamiento. La prueba que se aplica aquí es si es capaz de "comprender la naturaleza y las consecuencias del tratamiento". Esta prueba de capacidad ciertamente es más parecida a la prueba general de derecho consuetudinario, aunque presenta un umbral más simplista en comparación con los requisitos de *Re C* de que la persona sea capaz de retener, creer y sopesar la información relevante para la decisión. Mientras que la prueba de *Re C* del derecho consuetudinario tiene aplicabilidad general para las decisiones relacionadas con todos los asuntos, si la situación de una "persona mentalmente incapacitada" —tal como se define en la sección 2 de la MHO— se incluye en cualquiera de las áreas específicas conforme a la MHO, se aplicará la sección relevante.

Esta situación caótica en torno a la definición de "personas mentalmente incapacitadas", irónicamente, se deriva en parte del deseo del gobierno de adoptar un solo "nombre genérico" en la legislación para referirse tanto a aquellos que tienen una enfermedad mental como a aquellos que tienen una discapacidad intelectual al redactar las enmiendas de 1997 a la MHO, supuestamente por razones de conveniencia.³² En la práctica, queda claro la coexistencia de estas diferentes definiciones de capacidad en el derecho escrito y consuetudinario en Hong Kong produce un marco legal demasiado complejo de explorar para particulares y profesionales jurídicos y sanitarios. Mientras que las diversas pruebas e interpretaciones de "incapacidad mental" y los conceptos relacionados se establecen bajo diferentes títulos en la MHO, aún es confuso que coexistan definiciones y conceptos tan dispares y en ocasiones hasta contradictorios. Un ejemplo obvio de esto es el hecho de que, mientras que la prueba del derecho consuetudinario para la capacidad mental se aplica, en principio, a todos los adultos en relación con sus decisiones sobre atención y tratamiento, si una persona está "mentalmente discapacitada"

³² Cf. Cheung, D., *op. cit.*, p. 480.

o —aparentemente— padece un trastorno mental, de manera automática encajará en la definición de la MHO s. 2 de "personas mentalmente incapacitadas" y, por ende, estará sujeta a la parte IVC en su lugar.

La complejidad del marco legal que rige la capacidad mental se hace tal vez más patente por el hecho de que las autoridades hospitalarias de Hong Kong han publicado por separado directrices sobre el tema para los profesionales médicos. Por ejemplo, en relación con las decisiones de reanimación en el hospital, las autoridades hospitalarias han establecido la siguiente prueba de capacidad:

Un adulto competente se define como uno con capacidad de decisión, la cual consiste en los elementos de (i) la capacidad para entender la información médica presentada; (ii) la capacidad para razonar y considerar dicha información en relación con sus propios valores y objetivos personales; y (iii) la capacidad de comunicarse de manera significativa.³³

Más recientemente, las autoridades hospitalarias también publicaron las *Directrices sobre los tratamientos de soporte vital en los enfermos terminales* —*Guidelines on Life-Sustaining Treatment in the Terminally Ill*—, que adoptan de manera explícita las directrices de la Asociación Médica Británica sobre capacidad e incluyen las concepciones de "propósito y naturaleza" del tratamiento y "tomar una decisión libre".³⁴ Ambas pruebas son claramente diferentes a la prueba de la MHO s. 59ZB de "comprender la naturaleza y las consecuencias del tratamiento". No solo esta infinidad de directrices tan distintas demuestra que hay una brecha entre lo que la ley dice y lo que se hace en la práctica real. El hecho de que las autoridades hospitalarias sientan la necesidad de publicar orientación adicional en este ámbito es quizá un indicio significativo de que la legis-

³³ Comisión de Reforma Legislativa de Hong Kong, 2006, p. 52.

³⁴ Cf. Hong Kong Hospital Authority, *HA Guidelines on Life-Sustaining Treatment in the Terminally Ill*, 2020, párr. 5. Disponible en <<https://www.ha.org.Hong Kong/haho/ho/psrm/LSTEng.pdf>>.

lación actual es inadecuada para proporcionar claridad y certeza a los médicos.

Este mosaico de normas legales y no legales tiene consecuencias tanto para la eficacia práctica como para la coherencia conceptual: aparte de la dificultad para resolver cómo interpretar y aplicar la ley —y otras normas pertinentes— cuando hay duda sobre la capacidad de decisión de una persona, la forma en que la "incapacidad mental" se estructura y evalúa en el marco legal actual es también problemática de varias maneras, especialmente a la luz del artículo 12 de la CDPD. Estos desafíos se explorarán en las siguientes secciones, donde el foco serán dos áreas ampliamente definidas del derecho civil en materia de salud mental.

IV. Consentimiento al tratamiento médico (salvo para trastornos mentales)

Como ya se dijo, al determinar si una persona tiene la capacidad mental necesaria para otorgar su consentimiento al tratamiento médico —salvo para trastornos mentales—,³⁵ hay dos pruebas pertinentes: (i) la prueba del derecho consuetudinario y (ii) la prueba conforme a la sección 59ZB(2) de la MHO. La regla general es que la prueba del derecho consuetudinario se aplica, a menos que la persona sea una "persona mentalmente incapacitada" conforme a la sección 2 de la MHO, es decir, una "persona que padece o parece padecer un trastorno o una discapacidad mentales". Al examinar el contenido de las pruebas de derecho consuetudinario y la sección 59ZB(2), queda claro que no necesariamente son coherentes entre sí y, en función de si una persona se considera una "persona mentalmente incapacitada" conforme a la MHO —lo que en determinados casos puede ser difícil de responder—, pueden generarse

³⁵ El internamiento y tratamiento forzoso de las personas a causa de su trastorno mental está estipulado en la parte III de la MHO. Dado que lo que aquí está en juego son consideraciones muy diferentes para aquellos involucrados en las evaluaciones de capacidad mental —las medidas obligatorias no están justificadas en función de la "incapacidad mental", sino de consideraciones relacionadas con la enfermedad mental o la seguridad pública—, no se examinarán en este capítulo.

respuestas considerablemente diferentes a la pregunta de si una persona tiene capacidad jurídica para tomar determinada decisión. Mientras que la prueba de la sección 59ZB(2), que exige que la persona entienda "la naturaleza y las consecuencias del tratamiento", parece ser un umbral que es más fácil de alcanzar que la prueba de derecho consuetudinario, todavía requiere no solo un *entendimiento* en un sentido general, sino también que la persona sea capaz de *asimilar, retener, creer y ponderar* la información pertinente para la decisión.³⁶ Lo que más preocupa es el hecho de que ninguno de los principios clave de derecho consuetudinario con respecto a la aplicación de la prueba de capacidad —como el principio de que no debe considerarse que una persona carece de capacidad simplemente porque toma una decisión "imprudente"— se incluya en la MHO.³⁷ Mientras tanto, en la sección 2 de la MHO se etiqueta a aquellas personas con "discapacidades mentales" como "*mentalmente incapacitadas*", lo que, desde luego, es en sí increíblemente estigmatizador y discriminatorio.

Con arreglo al marco legal vigente en Hong Kong, la prueba de "interés superior" se usa para determinar si el tratamiento debe efectuarse en relación con una persona de la que se considera que carece de capacidad, según las pruebas de la MHO y el derecho consuetudinario. La sección 59ZB(3) exige que la Corte garantice que el tratamiento propuesto "se efectúe según el interés superior" de la persona, mientras que el derecho consuetudinario estipula que la Corte, en su jurisdicción inherente, debe hacer la declaración de que el tratamiento propuesto se hace según el interés superior del paciente y, por lo tanto, es legítimo que el médico lo administre en su deber profesional.³⁸ Conforme a la sección 59ZA, "según el interés superior" puede significar el interés superior de dicha persona para

³⁶ *Re C (Adult: Refusal of Treatment)* 1 All ER 819 (QBD), 1994.

³⁷ *Cf.* Ley de Capacidad Mental, 2005, secciones 2-3.

³⁸ *Re F (Mental Patient: Sterilisation)* 2 AC 1, en 77 (Lord Goff), 1990.

- (a) salvar la vida de la persona mentalmente incapacitada
- (b) evitar el daño o deterioro a la salud física o mental y el bienestar de dicha persona
- (c) producir una mejora en la salud física o mental y el bienestar de dicha persona'

El interés superior conforme a la MHO está, por lo tanto, muy orientado hacia el interés superior *médico* de la persona. En cambio, el marco del derecho consuetudinario incluye no solo lo que el bienestar físico y mental de una persona puede necesitar, sino también otros factores, como sus deseos, sentimientos y valores.³⁹ Con todo, aunque el último abarca una gama mucho más amplia de consideraciones, ambos regímenes constituyen una toma de decisiones *por sustitutos* en nombre de la persona.

En términos de cumplimiento de las normas y los valores de la CDPD, el primero y más evidente problema en ambos regímenes —de derecho consuetudinario y MHO— es que, al usar la presencia de "algún impedimento o perturbación del funcionamiento mental",⁴⁰ el trastorno mental, o la "discapacidad mental" como umbral diagnóstico en las evaluaciones de capacidad, el concepto de "incapacidad mental" se aplica a personas que tienen, o parecen tener, "discapacidades mentales" en una manera que es claramente discriminatoria. Esta disposición va en contra directamente del artículo 12 de la CDPD, en términos del principio de igual reconocimiento ante la ley: el Comité CDPD ha afirmado una y otra vez que "la condición de una persona como persona con discapacidad o la existencia de una deficiencia —incluida una defi-

³⁹ En el derecho inglés, estos principios están ahora consolidados en la sección 4 de la Ley de Capacidad Mental de 2005.

⁴⁰ *Re MB EWCA Civ 3093* [4], 1997.

ciencia física o sensorial— nunca debe ser motivo para negar la capacidad jurídica o cualquiera de los derechos previstos en el artículo 12".⁴¹

No obstante, incluso si el umbral diagnóstico se eliminara y solo se conservara la prueba funcional, los enfoques en el derecho consuetudinario y la MHO se quedan cortos en cuanto a lo que exige el artículo 12 de la CDPD, el cual, según el comité, reconoce que todos tienen derecho a la capacidad jurídica.⁴² En esencia, las pruebas funcionales niegan de manera desproporcionada a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, ya que imponen una carga excesiva en la persona para alcanzar el umbral exigido sin considerar las necesidades de la persona o brindar alguna asistencia o apoyo a esta a fin de ejercer sus habilidades para tomar decisiones.⁴³ Se argumenta que, en los casos donde debe efectuarse una evaluación, como en el contexto de las decisiones médicas en las que se requiere un consentimiento informado, los Estados tienen la obligación de brindar el apoyo necesario y los ajustes razonables para facilitar a la persona en cuestión el ejercicio de su capacidad jurídica, por ejemplo, reconociendo jurídicamente el rol de las personas que brindan el apoyo.⁴⁴

Como se señaló, la consecuencia de fallar en las pruebas funcionales de capacidad en Hong Kong es que la decisión en cuestión se tomará *para* la persona según su interés superior. El principio de "interés superior", en opinión del comité, incumple el artículo 12, ya que sustituye el criterio de la persona con la opinión médica o judicial sobre lo que redundaría en su interés superior.⁴⁵ Incluso cuando no es factible determinar la voluntad y las preferencias de la persona —como en el caso de una persona en un estado vegetativo persistente—, la ley debe dar cabida a la "mejor

⁴¹ Comité CDPD, Observación General Núm. 1 sobre el artículo 12: igual reconocimiento ante la ley, UN Doc CRPD/C/GC/1, 2014, párr. 9.

⁴² Cf. *ibid.*, párr. 14.

⁴³ Cf. *ibid.*, párr. 15.

⁴⁴ Cf. *id.*

⁴⁵ Cf. *ibid.*, párr. 21.

interpretación posible" de la voluntad y las preferencias. En cualquier caso, las herramientas alternativas de planeación, como las voluntades anticipadas, deben estar disponibles con el fin de permitir que las personas indiquen sus preferencias con anticipación en caso de pérdida de capacidad —la condición jurídica de las voluntades anticipadas en Hong Kong se aborda en la sección VI, más abajo—.

En la próxima sección, se explorarán más a fondo las cuestiones espinosas de la toma de decisiones por sustitutos y el interés superior en relación con el sistema de tutela y el poder de la Corte para administrar la propiedad y los asuntos de una persona "mentalmente incapacitada".

V. Tutela y administración de la propiedad por parte de la Corte

Como ya se dijo, la MHO establece, en la parte IVB, un régimen de tutela para las "personas mentalmente incapacitadas" que son mayores de 18 años.⁴⁶ Un tutor es una persona designada para asistir al adulto "mentalmente incapacitado" respecto de sus necesidades personales y financieras diarias.⁴⁷ Esto también puede incluir decisiones en relación con el cuidado y tratamiento médicos, pero "solo en la medida en que la persona mentalmente incapacitada sea incapaz de comprender la naturaleza y las consecuencias de cualquier tratamiento".⁴⁸ Por otro lado, la Corte o un comité establecido en la parte II de la MHO puede administrar la propiedad y otros asuntos financieros de un adulto "mentalmente incapacitado", como sus cuentas bancarias, acciones y otras inversiones. A menudo, cuando se determina que una persona está "mentalmente incapacitada" —por ejemplo, debido a la edad avanzada y al deterioro

⁴⁶ La tutela de menores se aborda por separado en otra legislación, incluidos el Decreto de Tutela sobre Menores —Guardianship of Minors Ordinance—, cap. 13, y el Decreto sobre la Protección de Niños y otros Menores —Protection of Children and Juveniles Ordinance—, cap. 213.

⁴⁷ Esto no debe confundirse con el poder de la Corte para designar un comité para la administración de la propiedad y los asuntos de las personas "mentalmente incapacitadas", que se estipula por separado en la parte II de la MHO y que se examinará más adelante.

⁴⁸ MHO, s. 59R(3)(d).

en su salud mental que esta conlleva—, la designación simultánea de un tutor y un comité puede considerarse necesaria conforme a la MHO. Ambos mecanismos constituyen formas de toma de decisiones por sustitutos conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

1. Tutela

En la sección 59M de la MHO se establecen los criterios para que una persona "mentalmente incapacitada" sea apta para recibir tutela: se puede hacer una solicitud respecto de la persona si (i) padece un trastorno mental o tiene una discapacidad intelectual "de una naturaleza o grado que garantice" dicha aptitud y (ii) hacerlo es "necesario en pro del bienestar de la persona mentalmente incapacitada o para la protección de otras personas".⁴⁹ Al considerar el fondo de una solicitud, además de estar convencida de que se cumplen los criterios anteriores,⁵⁰ la Junta de Tutela debe también garantizar que el trastorno o la discapacidad intelectual en cuestión: a) "limite a la persona mentalmente incapacitada para tomar decisiones *razonables* en lo que se refiere a *todos los asuntos, o una parte considerable, en relación con sus circunstancias personales*", y, b) que "las necesidades particulares de la persona mentalmente incapacitada solo se pueden satisfacer o atender si se le recibe en tutela", sin "ninguna otra alternativa menos restrictiva o intrusiva" disponible.⁵¹

El primer requisito aquí parece presentar un umbral más bien bajo e incierto que se contrapone a las pruebas de capacidad del derecho consuetudinario y la sección 59ZB(2), ya que solo se requiere que la persona esté *limitada* en su capacidad de decisión. Aunque esto debe ser en relación con "todos o una parte considerable" de sus asuntos personales, no queda claro si hay un umbral para el grado de "limitación" que se necesita y cuál podría ser.⁵² Además, el énfasis en tomar decisiones "razonables"

⁴⁹ *Ibid.*, s. 59M(2)(a)(b).

⁵⁰ *Cf. Ibid.*, s. 59O(3)(a)(d).

⁵¹ *Ibid.*, s. 59O(3)(b)(c) —énfasis añadido—.

⁵² *Cf. Cheung, D., op. cit.*, p. 482.

no solo es extraño —ya que este término no aparece en ninguna otra prueba de capacidad conforme a la MHO—, sino también problemático dado el ahora ampliamente aceptado principio de que no se puede considerar que las personas carecen de capacidad solamente porque sus elecciones parezcan "imprudentes" o "irrazonables".⁵³ Este último requisito de alternativas menos restrictivas supuestamente ofrece una mayor protección para la autonomía de aquellos que son aptos para recibir tutela, pero dichas alternativas están actualmente ausentes en el marco legislativo. No obstante, esto puede fomentar que se intenten primero acuerdos informales entre la persona "mentalmente incapacitada" en cuestión y su familia, antes de que se dicte una orden de tutela.⁵⁴

Los poderes conferidos al tutor son muy amplios y abordan una amplia gama de asuntos en relación con el cuidado de la persona, incluido el poder de exigirle que resida o asista a lugares determinados y el poder de retener, recibir o pagar dinero en nombre de la persona para su mantenimiento o beneficio.⁵⁵ La principal crítica que suele recaer sobre el sistema de tutela es que, una vez que la persona se considera apta para recibir tutela *en el momento de la evaluación inicial* y que se dicta una orden, la persona perderá por completo la capacidad de tomar decisiones en muchos ámbitos de su vida personal. Es decir, la "(in)capacidad mental" se convierte en un concepto "de todo o nada", contrariamente a la idea que ahora prevalece en el derecho consuetudinario de que la capacidad es específica en el tiempo y depende de la naturaleza y gravedad de cada decisión que debe tomarse.⁵⁶ Además, cuando una persona ha sido acogida en el régimen de tutela tan paternalista, no hay margen para que pueda ejercer su autonomía residual, ya que no hay disposiciones

⁵³ *V. Re T (Adult: Refusal of Treatment)* 4 All ER 649 (CA), 1992 y la Ley de Capacidad Mental inglesa de 2005, s. 1(4).

⁵⁴ Kwok, H. W. M. y Scully, P., "Guardianship for people with learning disabilities: the current perspective in Hong Kong", en *British Journal of Learning Disabilities*, vol. 33, 2005, p. 146.

⁵⁵ *Cf.* MHO, s. 59R(3).

⁵⁶ *Cf.* Cheung, D., *op. cit.*, p. 482.

formales para su participación en el proceso de toma de decisiones ni asistencia para que lo haga.⁵⁷

A lo largo de la parte IVB de la MHO surge una clara tensión entre los dos principios que sustentan el sistema de tutela: el principio de interés superior y la protección de la autonomía. Las secciones 59K(2) y 59S(1) exigen que la Junta y el tutor, respectivamente, observen y apliquen el siguiente ejercicio de sus facultades: que "los intereses de la persona mentalmente incapacitada [...] se promuevan, *lo que incluye invalidar las opiniones y los deseos de dicha persona donde [la Junta o el tutor propuesto] considere que dicha acción redunde en interés de la persona*" y que, pese a ello, "las opiniones y los deseos de la persona mentalmente incapacitada sean, en la medida en que pueda determinarse, respetados". Esto se remonta a la clara interpretación de la CDPD por parte del Comité CDPD, que requiere la adopción de un enfoque de "capacidad jurídica universal" conforme a la cual toda forma de toma de decisiones por sustitutos, incluida una basada en una evaluación del interés superior, queda prohibida.⁵⁸ Esto está explícito en la redacción de las secciones 59K(2) y 59S(1), que indican que, aunque las opiniones y los deseos de la persona "mentalmente incapacitada" han de respetarse cuando sean verificables, solo es en la medida en que se adhieran a lo que redunde en su interés superior, de acuerdo con la Junta o el tutor —de existir alguna incoherencia entre los dos, prevalecerá la última—. Por lo tanto, aunque la prueba del interés superior pueda tener un "fuerte componente de 'juicio sustitutivo'"⁵⁹ o, en el lenguaje del comité, un componente de la "mejor interpretación" del enfoque de voluntades y preferencias,⁶⁰ no garantiza de hecho a la persona la oportu-

⁵⁷ Cf. Lee, R., *op. cit.*, pp. 1075-1077.

⁵⁸ Cf. Comité CDPD, *op. cit.*, párr. 25.

⁵⁹ La diferencia entre las pruebas de interés superior y juicio sustitutivo se sintetiza en el caso inglés *Aintree University Hospitals NHS Foundation Trust vs. James*, UKSC 67 [24], 2013: "la prueba de interés superior también debe incluir un fuerte componente de 'juicio sustitutivo' y tener en cuenta los deseos y sentimientos pasados y presentes del paciente como persona, así como los factores que este consideraría si pudiera hacerlo [...]. Se trata todavía de [...] más una prueba de 'interés superior' que de 'juicio sustitutivo', pero que acepta que las preferencias de la persona interesada son un componente importante al decidir dónde recae su interés superior".

⁶⁰ Comité CDPD, *op. cit.*, párr. 21.

nidad de participar en el proceso de toma de decisiones. En última instancia, sus deseos solo se consideran parte de una evaluación paternalista del interés superior y podrían invalidarse con criterios profesionales. Esto se evidencia en algunos de los casos contemplados en la Junta de Tutela, donde los deseos y sentimientos de la persona, si bien se tienen en cuenta en los procedimientos y son determinantes del resultado en algunos casos,⁶¹ también pueden descartarse en otros por ser "poco realistas"⁶² o estar "sumamente desorientados".⁶³

En términos generales, el sistema de tutela vigente en Hong Kong representa lo que comúnmente recibe el nombre de "tutela plena",⁶⁴ a través de la cual la persona bajo tutela pierde prácticamente toda su capacidad para administrar sus asuntos personales o financieros. Pese al requisito de que la tutela sea el medio menos restrictivo para satisfacer las necesidades de la persona,⁶⁵ actualmente no hay ninguna disposición legal para la toma de decisiones con apoyos —o incluso un reconocimiento formal del principio— para las personas que carecen de capacidad de decisión o la tienen limitada. El Comité CDPD ha expresado su preocupación en sus Observaciones Finales sobre China⁶⁶ que hay una "ausencia completa de un sistema de medidas de toma de decisiones con apoyos que reconozca los derechos de las personas con discapacidad

⁶¹ V., por ejemplo, *Ref No GB/P/4/10*: "En el presente caso, las visitas del hijo mayor del sujeto responderían al interés superior del sujeto, quien también desea recibir visitas"; *Ref No GB/P/6/16*: "Dado que el sujeto valoró más al hijo que a las hijas, [el tutor potencial] pensaba restituir al sujeto a su cuidado y, por lo tanto, respetar los deseos y sentimientos del sujeto".

⁶² V. *Ref No GB/P/1/18*: "Como el sujeto aún alberga el deseo poco realista de volver a Dongguan para tener una vida independiente, es obvio que debería designarse un tutor para decidir sobre su plan de atención a largo plazo".

⁶³ *Ref No GB/P/2/15*: "La Junta observa que el sujeto está sumamente desorientado y ha señalado déficits cognitivos, incluida una memoria extremadamente deficiente. Por lo tanto, la voluntad y los deseos del sujeto, expresados verbalmente en la audiencia, tendrían poco peso en la evaluación del futuro plan de bienestar".

⁶⁴ Cf. Series, L. y Nilsson, A., "Article 12 CRPD Equal recognition before the law", en I. Bentekas, 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. 377.

⁶⁵ MHO, s. 59O(3)(c).

⁶⁶ Comité CDPD, Concluding Observations on the Initial report of China, UN Doc CRPD/C/CHN/CO/1, 2012, párrs. 21-22.

para tomar sus propias decisiones y que se respeten su autonomía, voluntad y preferencias", y recomendó la aplicación de un sistema de toma de decisiones con apoyos en lugar de las leyes y políticas de tutela vigentes.

Además de estas deficiencias en la protección de la autonomía de la persona "mentalmente incapacitada", el sistema de tutela actual también supone el peligro de poner a la persona con discapacidad en riesgo de abuso y descuido físico y psicológico, dadas las facultades de gran alcance concedidas al tutor. Cuando se producen casos de malos tratos, solo se puede hacer una petición a la Junta para que revise la orden de tutela si los casos fueron descubiertos por otros.⁶⁷ Dado que aquellos sujetos al régimen de tutela se quedan en una situación extremadamente vulnerable en virtud de su estado mental y la falta de salvaguardias ofrecidas por la ley, esto plantea preocupaciones sobre posibles violaciones de los derechos a la integridad física y mental, así como a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso conforme a los artículos 16 y 17 de la CDPD.

2. Administración de la propiedad y los asuntos por parte de la Corte o un comité

La MHO proporciona otro mecanismo para la toma de decisiones por sustitutos en la parte II —"Administración de la propiedad y los asuntos de las personas mentalmente incapacitadas"—, que se efectúa por separado —aunque a menudo funciona simultáneamente— del régimen de tutela. Aquí, la Corte puede, previa solicitud, ordenar una averiguación sobre si una persona "es incapaz, a causa de incapacidad mental, de gestionar y administrar su propiedad y sus asuntos".⁶⁸ Más comúnmente, un pariente o familiar será el solicitante, pero cuando el pariente no haya

⁶⁷ La sección 59U de la MHO permite que la persona "mentalmente incapacitada" en cuestión, el tutor de dicha persona, el director de Bienestar Social y cualquier otra persona que "tenga un interés genuino en el bienestar de la persona mentalmente incapacitada", como un pariente, envíen solicitudes a la Junta de Tutela para que se revisen las órdenes de tutela.

⁶⁸ MHO, s. 7(1).

hecho dicha solicitud, también podrá hacerla el director de Bienestar Social, el procurador general o cualquier tutor de la persona —esto es particularmente común en los casos de abuso financiero—. ⁶⁹ En la solicitud a la Corte se requieren dos informes médicos de la persona afectada realizados por médicos generales registrados. ⁷⁰

De forma general, tras decidir que la persona es "incapaz" de gestionar y administrar su propiedad y sus asuntos, la Corte puede, conforme a la sección 10A, "cometer o garantizar que se cometa el acto según se considere necesario o conveniente" para el mantenimiento u otro beneficio de dicha persona o los miembros de su familia, teniendo en cuenta "como consideración primordial, los requisitos de la persona mentalmente incapacitada". La sección 10B especifica además las amplias competencias que la Corte puede ejercer, incluidos el control, la transferencia, la venta, la adquisición de la propiedad, la disolución de una asociación, la ejecución de un contrato y la realización de procedimientos legales. Además, puede "designar un comité para los bienes", que "realizará todos los actos en relación con la propiedad y los asuntos de la persona mentalmente incapacitada", tal como lo ordene la Corte o autorice a hacerlo, en ejercicio de las competencias mencionadas anteriormente. El Poder Judicial de Hong Kong publicó además una nota orientativa, en la que se especifica claramente, como referencia para aquellos designados a un comité, cuáles son sus obligaciones. La primera de estas es "actuar en beneficio de [la persona 'mentalmente incapacitada'] en todo momento" y "asegurarse de que el dinero [de la persona 'mentalmente incapacitada'] se usa para darle la mejor calidad de vida". ⁷¹

Como con los tutores, una vez que la Corte o un comité tenga a su cargo la responsabilidad de una persona de la que se considera que carece de

⁶⁹ Cf. Chan, S. G., *A Practical Guide to Mental Health Law in Hong Kong*, Hong Kong University Press, Hong Kong, 2019, p. 39.

⁷⁰ MHO, s. 7(5).

⁷¹ V. Hong Kong Judiciary, "Guidance Note to Persons appointed as Committee of Estate of a Mentally Incapacitated Person", 2018. Disponible en <https://www.judiciary.hong_kong/en/court_services_facilities/guidance_note.html>.

capacidad conforme a la parte II, su obligación es actuar en beneficio de la persona involucrada —la voluntad y las preferencias de la persona solo se tienen en cuenta como parte de una evaluación del interés superior—. Y, como con la tutela, la determinación de la capacidad mental aquí consiste en una evaluación única que abarca un ámbito potencialmente ilimitado de decisiones en relación con la propiedad y los asuntos financieros de uno. De tal modo, las amplias competencias de la Corte y los comités designados conforme a la parte II son en definitiva incompatibles con el artículo 12.5 de la CDPD, que estipula que los "Estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes" y "controlar sus propios asuntos económicos". Al igual que con nuestras observaciones anteriores en relación con las decisiones médicas, el derecho a la capacidad jurídica implica que el gobierno tiene el deber de brindar apoyo para la toma de decisiones, reconociendo que la capacidad jurídica debe corresponder a la persona en cuestión, independientemente de sus habilidades para tomar decisiones, y reconocer formalmente el rol de las personas que brindan el apoyo.

VI. Toma de decisiones en casos de incapacidad futura

En ocasiones, una persona puede tomar precauciones ante la posibilidad de "perder" su capacidad mental y jurídica para tomar determinadas decisiones en el futuro. Por ejemplo, en lugar de esperar que las disposiciones conforme a las partes IVB y II de la MHO empiecen a hacer efecto cuando su capacidad mental disminuya, tal vez quieran escoger a alguien de antemano para que actúe —o siga actuando— en su nombre con respecto a su propiedad y asuntos financieros en caso de que suceda. El Decreto de Poderes Notariales Perdurables —*Enduring Powers of Attorney Ordinance*, EPAO— estipula la creación de poderes notariales *perdurables* —EPA, por sus siglas en inglés—, que pueden continuar después de que la persona en cuestión —el "donante"— se vuelve "men-

talmente incapaz".⁷² Aquí "mentalmente incapaz" toma su significado del Decreto de Poderes Notariales,⁷³ que estipula que una persona es "mentalmente incapaz o padece una incapacidad mental" si padece un trastorno o una discapacidad mentales, y:

- no es capaz de comprender el efecto del poder notarial o
- no es capaz, por motivo de su trastorno o discapacidad intelectual, de tomar una decisión para otorgar un poder notarial o
- no es capaz de comunicar, a ninguna otra persona que haya hecho un esfuerzo razonable para comprenderlo, ninguna intención o deseo de otorgar un poder notarial.

Para crear un EPA, el donante debe tener la capacidad mental requerida, tal como se definió antes, es decir, debe ser capaz de comprender el efecto del poder notarial y de comunicar una intención o deseo de otorgar dicho poder.⁷⁴ El instrumento que crea el EPA debe firmarse ante un médico general registrado y un abogado: el primero debe certificar que quedó *convencido* de que el donante era mentalmente capaz y el último debe certificar que el donante *parecía* mentalmente capaz.⁷⁵ Una vez ejecutado —lo cual podría suceder antes o después de que el donante se vuelva "mentalmente incapaz"—, el representante legal tiene un deber fiduciario hacia el donante, lo cual significa que, entre otras cosas, tiene que ejercer sus poderes "de manera honesta y con debida diligencia".⁷⁶ Puede tener autoridad solo sobre determinadas cuestiones, propiedad o asuntos financieros, tal como lo especifique el donante.⁷⁷ Un poder perdurable puede ser revocado por el donante cuando tenga la capacidad o

⁷² Enduring Powers of Attorney Ordinance —EPAO—, cap. 501, s. 4(1).

⁷³ *Ibid.*, s. 2.

⁷⁴ *Ibid.*, s. 5(1)

⁷⁵ *Ibid.*, s. 5(2)(a)(d)(e).

⁷⁶ *Ibid.*, s. 12.

⁷⁷ *Ibid.*, s. 8(1).

cuando haya recuperado su capacidad, o bien por un tribunal con el nombramiento de un comité conforme a la parte II de la MHO para administrar los asuntos del donante.⁷⁸

Teóricamente, el régimen de EPA en Hong Kong puede ser una manera útil para que las personas amplíen su elección autónoma en cuestiones relacionadas con su propiedad y sus asuntos financieros, lo que les permite empezar a comunicar sus deseos con un representante *elegido* antes de quedar incapacitadas y minimizar las dificultades legales necesarias para designar a un tutor después del hecho.⁷⁹ Prácticamente, no obstante, se ha argumentado que los requisitos procedimentales complicados en la creación de un EPA, dados los requisitos formales y el requisito de que el donante haga una lista de cada asunto particular o propiedad sobre la que le gustaría otorgar poder notarial, disuaden a la comunidad que más lo necesita —las personas mayores— de usar el mecanismo, mientras faltan salvaguardias jurídicas formales una vez que el donante queda incapacitado.⁸⁰

Como se señaló antes, la sección 8(1)(a) del EPAO estipula que un EPA "no debe conferir al representante legal ninguna otra autoridad que aquella para actuar en relación con la propiedad del donante y sus asuntos financieros". Por lo tanto, los EPA no se pueden usar para autorizar a un representante legal a tomar decisiones relacionadas con un tratamiento médico u otro cuidado para los donantes en caso de "incapacidad mental", incluso cuando dichas decisiones tengan, probablemente, más significado que la propiedad y las finanzas para muchos donantes de la tercera edad.⁸¹

⁷⁸ *Ibid.*, s.13(1)(a)(e).

⁷⁹ Cf. Ho, L., "Financial Planning for Mental Incapacity: Antiquated Law in a Modern Financial Centre", en *Hong Kong Law Journal*, vol. 44, núm. 3, 2014, p. 796.

⁸⁰ Cf. *ibid.*, p. 799. V. Comisión de Reforma Legislativa de Hong Kong, *Report on Enduring Powers of Attorney: Personal Care*, 2011. Disponible en <https://www.Hong_Kongreform.gov.Hong_Kong/en/docs/rep2_e.pdf>.

⁸¹ Cf. Ho, L., *op. cit.*, p. 804.

Actualmente, no hay ninguna disposición legal para la toma de decisiones por adelantado en el contexto del cuidado y tratamiento médico en Hong Kong. En el derecho consuetudinario, no obstante, es posible que una persona con la capacidad de decisión necesaria rechace por adelantado un tratamiento de soporte vital para cuando ya no tenga dicha capacidad, tal como lo comenta la Comisión de Reforma Legislativa —LRC—:

El derecho de autodeterminación de una persona está consagrado en su capacidad de dar instrucciones por adelantado en cuanto a su tratamiento médico, incluido un rechazo de semejante tratamiento. Esto está estrechamente vinculado al principio fundamental del consentimiento⁸²

Las autoridades inglesas lo confirman:

Un médico debe cumplir las instrucciones claras proporcionadas por un adulto en pleno uso de sus facultades mentales en cuanto al tratamiento que se le dará o no en determinadas circunstancias, independientemente de si esas instrucciones son racionales o irracionales. (...) Este principio se aplica incluso si, para cuando se alcancen las circunstancias específicas, el paciente está inconsciente o ya no está en uso de sus facultades mentales.⁸³

En 2006, la LRC formuló recomendaciones para promover el uso de las voluntades anticipadas —VA—: instrucciones —normalmente por escrito— sobre la futura atención de una persona, otorgadas por dicha persona cuando aún tiene la capacidad pertinente, y que solo entran en vigor cuando la persona pierde capacidad para tomar esas decisiones.⁸⁴ A estas alturas, la LRC consideró diversos enfoques, entre ellos la ampliación o modificación del ámbito de aplicación de los EPA, la expan-

⁸² Comisión de Reforma Legislativa de Hong Kong, *Substitute Decision-Making and Advance Directives in Relation to Medical Treatment*, 2006, párrafo 4.41. Disponible en <<https://www.HongKongreform.gov.hk/en/docs/rdecision-e.pdf>>.

⁸³ *Airedale NHS Trust vs. Bland* 1 All ER 821, 1993, en 835-836 (sir Bingham MR).

⁸⁴ V., por ejemplo, *Ley sobre Capacidad Mental*, 2005, s. 24.

sión de funciones de la Junta de Tutela y la legislación en relación con las voluntades anticipadas. Sin embargo, en última instancia favoreció el mantenimiento de la legislación vigente y la promoción de las VA a través de medios no legislativos, con el razonamiento de que el enfoque del derecho consuetudinario tenía la ventaja de la flexibilidad y que la comunidad no estaba familiarizada lo suficiente con el concepto de VA para que se introdujeran medidas legislativas. El objetivo, en última instancia, era lograr un uso más amplio de las voluntades anticipadas a través de campañas de sensibilización y directrices de índole no reglamentaria, y, por lo tanto, potenciar la autonomía del paciente y proporcionar mayor certeza para los profesionales médicos.⁸⁵ Uno de esos documentos es la orientación de las autoridades hospitalarias para médicos clínicos sobre las voluntades anticipadas para adultos, que se publicó primero en 2010 y se actualizó en 2020, y que reitera la postura del derecho consuetudinario de que un adulto puede rechazar por adelantado un tratamiento de soporte vital. Para ello presenta un modelo de formulario para indicar una voluntad anticipada, tal como lo propone la LRC, de modo que los pacientes puedan dar instrucciones con más facilidad y certeza.

En 2019, el gobierno de Hong Kong presentó propuestas *legislativas* para la atención de pacientes terminales y voluntades anticipadas para consulta pública. Ello evidenció una mayor conciencia sobre las VA entre los profesionales y el público a lo largo de los años, y contribuyó al reconocimiento de que la falta de legislación para las VA planteaba preocupaciones sobre las incertidumbres jurídicas en torno a la validez de estas, especialmente en interacción con otra legislación relacionada con la salud y la capacidad mental, con la consiguiente dificultad para los pacientes y profesionales de hacer uso del mecanismo.⁸⁶ Entre las pro-

⁸⁵ Cf. Comisión de Reforma Legislativa de Hong Kong, *op. cit.*, cap. 8.

⁸⁶ V. Hong Kong Food and Health Bureau, *End-of-Life Care: Legislative Proposals on Advance Directives and Dying in Place - Consultation Document*, 2019. Disponible en <https://www.fhb.gov.hk/hong_kong/download/press_and_publications/consultation/190900_eolcare/e_EOL_care_legislative_proposals.pdf>.

puestas había planes para promover la planificación de *voluntades anticipadas* (VA), "un proceso de comunicación entre un paciente, sus proveedores de asistencia sanitaria, sus familiares o cuidadores respecto al tipo de atención que se considerará adecuada cuando ya no pueda tomar una decisión".⁸⁷ Mientras que las VA supuestamente se basan en el principio de consentimiento informado, por lo general hay una falta de atención al proceso de deliberación o comunicación y a la forma en que la autonomía del paciente se realiza a través de ese proceso. A través del proceso más amplio de VA, los pacientes y sus familiares pueden, con suerte, prepararse mejor para futuras crisis sanitarias, cuando tengan que tomarse decisiones coyunturales y emocionales sobre determinado tratamiento.⁸⁸ Las propuestas legislativas definitivas estipulan que "cualquier persona mentalmente competente que sea mayor de 18 años [podría] hacer una [VA] para rechazar un tratamiento de soporte vital (que incluya nutrición e hidratación artificial) bajo condiciones especificadas previamente".⁸⁹

Estas condiciones especificadas previamente incluyen enfermedad terminal, estado vegetativo persistente o estado de coma y otras condiciones irreversibles que limiten la vida en la etapa final.⁹⁰ Para crear o modificar una VA, se requieren dos testigos sin ningún interés en los bienes de la persona que hace la VA, de los cuales uno debe ser un médico. Además, el médico debe estar convencido de que la persona "tiene capacidad para hacer una [VA] y que ha sido informada de la naturaleza

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 2.2.

⁸⁸ V. Perkins, H. S., "Controlling Death: The False Promise of Advance Directives", en *Annals of Internal Medicine*, vol. 147, 2007, pp. 51-57; y Sudore R. L. y Fried, T. R., "Redefining the 'Planning' in Advance Care Planning: Preparing for End-of-Life Decision Making", en *Annals of Internal Medicine*, vol. 153, 2010, pp. 256-261. V., también, Hong Kong Hospital Authority, *HA Guidelines on Advance Care Planning*, 2019. Disponible en <<https://www.ha.org.hk/hongkong/haho/ho/psrm/EACP/Guidelines.pdf>>.

⁸⁹ Hong Kong Food and Health Bureau, *End-of-Life Care: Legislative Proposals on Advance Directives and Dying in Place - Consultation Report*, 2020, párr. 4.7. Disponible en <https://www.fhb.gov.hk/download/press_and_publications/consultation/190900_eolcare/e_eol_consultation_report.pdf>.

⁹⁰ *Cf. ibid.*, párr. 4.3.

y el efecto de la [VA], así como de las consecuencias de rechazar los tratamientos especificados".⁹¹ La "capacidad" de hacer una VA aquí no se desarrolla más, y cabe destacar que el requisito es solamente que la persona haya sido *informada* sobre las cuestiones pertinentes, pero no que las *comprenda* —como en la prueba de la MHO para el tratamiento médico— o las examine con más detalle —tal como lo exige adicionalmente la prueba de derecho consuetudinario—. ⁹² No queda claro si esto seguirá siendo así cuando la propuesta se presente finalmente en la legislatura. También se ha sugerido durante el ejercicio de consulta que debe haber una legislación universal para la "incapacidad mental", que podría abarcar asuntos como las VA, la toma de decisiones en materia de salud por parte de los representantes legales y la tutela, pero el gobierno la ha rechazado de manera explícita, ya que considera que el tema es demasiado polémico en este momento.⁹³ Como señaló Daisy Cheung, para que un nuevo régimen legal de VA sea eficaz en su función de crear seguridad jurídica y alentar a las personas a planear con anticipación su atención al final de la vida, es posible que sea necesario primero reformar la ley vigente en materia de "(in)capacidad mental" para despejar las incertidumbres y contradicciones existentes.⁹⁴

VII. Conclusión

Para concluir, las leyes de Hong Kong en relación con la capacidad mental se han quedado muy rezagadas con respecto a las normas internacionales de derechos humanos. Muchas disposiciones y conceptos dentro de la MHO —cuya última modificación sustancial tuvo lugar hace dos décadas— están obsoletos⁹⁵ y se contraponen al artículo 12 de la CDPD y

⁹¹ Cf. *ibid.*, párr. 4.7.

⁹² Cf. *ibid.*, párr. 5.8.

⁹³ Cf. *id.*

⁹⁴ V. Cheung, D., "The importance of supporting legislation: mental capacity law in Hong Kong", en *Living Will, Living Well? Advance Directives Across Asia - Workshop 1*, Universidad de Hong Kong, 2020.

⁹⁵ La terminología de "discapacidad mental", por ejemplo, ya no se usa en el ámbito académico ni legislativo en muchas jurisdicciones para describir las discapacidades intelectuales. V., por ejemplo,

al espíritu del tratado en su conjunto. Estos conceptos y disposiciones obsoletos incluyen, antes que nada, la falta de una prueba uniforme y coherente para la capacidad mental en el derecho escrito y la preocupante combinación de trastorno e incapacidad mentales. Cuando se determina que una persona carece de capacidad, siempre se emplea la toma de decisiones por sustitutos basada en el bienestar o el interés superior, ya sea por parte de los tribunales o de un tercero designado para cuidar del individuo. En otras palabras, cuando se determina que un individuo tiene un deterioro en sus habilidades para tomar decisiones, puede perder su capacidad jurídica por completo, sin margen o apoyo para participar en el proceso de toma de decisiones, de forma contraria al principio de capacidad jurídica universal y a la obligación de los Estados de adoptar medidas adecuadas para brindar asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica conforme a la CDPD. Estos mecanismos de toma de decisiones por sustitutos no reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de trato y reconocimiento ante la ley, lo cual constituye una "imposición de dependencia" que "niega la aspiración humana, el respeto y la elección".⁹⁶

Como muchos han observado con acierto, las reformas legislativas en materia de capacidad y salud mental en Hong Kong están pendientes desde hace mucho tiempo, especialmente ante la promulgación del Decreto de Declaración de derechos de Hong Kong en 1992 y el Decreto sobre Discriminación y Discapacidad en 1997, la incorporación del IC-CPR en la legislación constitucional de Hong Kong en forma de ley fundamental, así como la ratificación de la CDPD por parte de China en

Ter Haar, A., "Attitudes and words referring to mental handicap", en *International Journal of Rehabilitation Research*, vol. 16, núm. 1, 1993, pp. 77-80; Devlieger, P. J., "From handicap to disability: language use and cultural meaning in the United States", en *Disability and Rehabilitation*, vol. 21, núm. 7, 1999, pp. 346-54; y Foreman, P., "Language and disability", en *Journal of Intellectual and Developmental Disability*, vol. 30, núm. 1, 2005, pp. 57-59.

⁹⁶ Dhanda, A., "Legal capacity in the disability rights convention: Stranglehold of the past or lodestar for the future?", en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, núm. 2, 2007, p. 446.

2008.⁹⁷ La necesidad de una reforma es especialmente llamativa dada la infinidad de problemas prácticos y conceptuales presentados por la legislación vigente en términos del cuidado de las personas consideradas mentalmente incapacitadas y del régimen psiquiátrico obligatorio.⁹⁸ Sin embargo, dada la constante estigmatización de la enfermedad mental y la discriminación en contra de las personas con discapacidad, falta el impulso político necesario para que el gobierno ponga en marcha dichas propuestas. A medida que la población en Hong Kong sigue envejeciendo, se estima además que el número de personas que padezcan diferentes formas de deterioro cognitivo crecerá rápidamente.⁹⁹ Por lo tanto, las reformas no solo son necesarias, sino urgentes, y pueden empezar con el replanteamiento de las pruebas incompletas —y, en ocasiones, contradictorias— que hay actualmente para la capacidad mental en diversos contextos y su consolidación en un enfoque uniforme que no despoje a las personas de su capacidad jurídica con base en sus habilidades para tomar decisiones o reemplace sus opiniones y preferencias con lo que otros consideran su interés superior. Al mismo tiempo, debe aplicarse un sistema de toma de decisiones con apoyos para empoderar a las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁹⁷ V. Petersen, C., "Unfinished Business: Reforming Hong Kong's Mental Health Ordinance to Comply with International Norms", en Centre for Medical Ethics and Law, *Compulsory Mental Health Treatment in Hong Kong: Which Way Forward? Conference*, Hong Kong, 2017. Disponible en <<https://www.cmel.hongkongu.hongkong/upload/files/CMentalHealth-Day-1-Presentation-3-Professor-Carole-Petersen-ppt.pdf>>.

⁹⁸ V. Cheung, D., Dunn, M., Fistein, E. *et al.*, "Articulating future directions of law reform for compulsory mental health admission and treatment in Hong Kong", en *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 68, 2020, 101513. Disponible en <<https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2019.101513>>.

⁹⁹ V. Yu, R. Chau, P. H., McGhee, S. *et al.*, "Trends in prevalence and mortality of dementia in elderly Hong Kong population: projections, disease burden, and implications for long-term care", en *International Journal of Alzheimer's Disease*, vol. 2012, 2012, 406852. Disponible en <<https://doi.org/10.1155/2012/406852>>.