

Minoría de edad, patria potestad y derecho sanitario: ¿Emergencia de la autonomía del menor? Un análisis del derecho francés*

por *Susana Acedo García*
Universidad del País Vasco

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El menor de edad en la Ley nº 2002-305, de 4 de marzo de 2002, relativa a la patria potestad. 2.1. La patria potestad en el Código civil francés: 2.1.1.El interés del menor. 2.1.2. Desarrollo del menor y respeto de su persona. 2.1.3. La obligación de permitir al menor participar en las decisiones que le afectan. 2.2. El ejercicio de la patria potestad. La capacidad del menor. 2.3. Ejercicio de la patria potestad y libertad de conciencia del menor. 3. El menor de edad en la Ley nº 2002-303, de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema sanitario. 3.1. Consideraciones generales. 3.2. La situación jurídica anterior a la Ley nº 2002-303 de 4 de marzo de 2002: 3.2.1.Extracción de órganos. 3.2.2. Experimentación médica. 3.2.3. Contracepción e interrupción voluntaria del embarazo. 3.3. La aportación de la nueva Ley nº 2002-303 de 4 de marzo de 2002: 3.3.1. El derecho del menor a la información. 3.3.2. El derecho de acceso directo a la historia clínica. La oposición del menor. 3.3.3. El derecho a decidir sobre su propia salud. El consentimiento del paciente menor de edad. 3.3.4. El derecho del menor al secreto. 4. Síntesis conclusiva.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Francés reconoce desde hace tiempo, en diversidad de ámbitos, una determinada autonomía al menor de edad en su vida personal. Ciertamente, la emergencia de derechos autónomos del menor es evidente, de manera especial en todo aquello relativo a su persona y en coherencia con los principios enunciados en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Francia¹, en particular en su artículo 12.

Sin embargo, la naturaleza jurídica de esta importante Convención ha sido objeto de grandes debates en el seno de la doctrina; una sentencia de la 1ª Sala de lo Civil del Tribunal

* Il presente scritto è stato già pubblicato nella *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 8 junio 2005, www.iustel.com: OLIR ringrazia per la disponibilità l'autrice e il direttore della Rivista prof. Rafael Navarro-Valls.

Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Libertad de conciencia y Derecho Sanitario" (n. 00122.224-H-14883/2002) financiado por la Universidad del País Vasco.

¹ Firmada en Francia el 26 de enero de 1990; ratificada mediante Ley nº 90-548, de 2 julio 1990 (*JO* 5 julio 1990) y publicada mediante Decreto nº 90-917 de 8 octubre 1990 (*JO* 12 octubre 1990). V. sobre este texto, RAYMOND G., "La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance", *La Semaine Juridique*, nº 24, 1990, I 3451; CLERGERIE, J.-L., "L'adoption d'une Convention internationale sur les droits de l'enfant", *Revue du Droit Public (et de la Science Politique en France et à l'étranger)*, nº 2-1990, pp. 435-451; BOSSUYT, M., "La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 2, nº 4, 1990, pp. 141-144; ROUMY, F., "La Convention internationale des droits de l'enfant", *L'année canonique*, vol. 36, 1994, pp. 155-157; BENNOUNA, M., "La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant", *Annuaire français de droit international*, nº XXXV, 1989, pp. 433-445.

Supremo de 10 marzo de 1993², negándole toda aplicación directa en el derecho interno francés, ha suscitado una gran polémica y duras críticas en determinados sectores doctrinales³.

Una de las disposiciones más importantes y de mayor eco en Francia, el artículo 12 de la Convención, establece que “los Estados garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Podemos señalar que este precepto ha servido en gran parte de inspiración para la adopción de la Convención europea sobre el ejercicio de los derechos del niño, firmada el 25 de enero de 1996 y actualmente en vigor desde el 1 de julio de 2000⁴, la cual ha venido a completar la ya mencionada Convención de Naciones Unidas, sobre todo en materia de derechos procedimentales del niño⁵.

El art. 12, origen de las reformas de derecho civil llevadas a cabo en la mayoría de países de Europa, ha sido introducido en el derecho interno a través de los arts. 388-1 y 388-2 del Código civil francés – audiencia del menor- mediante reforma operada por la Ley n° 93-22, de 8 de enero de 1993, relativa al estado civil, a la familia y a los derechos del niño, que modifica el Código civil y establece la institución del “juez de familia”⁶, con la finalidad de poner en consonancia el derecho francés con la Convención Internacional. En palabras de la doctrina, “conceder la palabra a un niño en un procedimiento que le afecta es un medio técnico y ético de reconocerle el derecho de conquistar progresivamente su ámbito de libertad”⁷.

Cabe subrayar el hecho de que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce explícitamente determinados derechos subjetivos a los menores, reconocimiento que también ha

² La célebre sentencia *Le Jeune*, *Cass. 1ère civ.*, de 10 de marzo 1993 (*Bull. Cass.* I, n° 103) establece que las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño no pueden ser invocadas ante los tribunales franceses, pues la misma sólo crea obligaciones para los Estados Partes, no siendo directamente aplicable en derecho interno. El Tribunal mantendrá esta misma postura en posteriores sentencias de 2 junio 1993 (*Bull. Cass.* I, n° 195) y 15 julio 1993 (*Bull. Cass.* I, n° 259).

³ En efecto, sobre la aplicación directa de esta Convención se han producido numerosas discusiones: cf. RONDEAU-RIVIER, M.-C., “La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de Cassation: un traité mis hors jeu”, *Dalloz*, 1993, 28e. *Cahier, chron.*, pp. 203-206; NEIRINCK, C. y MARTIN, P.-M., “Un traité bien mal traité: à propos de l'arrêt Le Jeune”, *La Semaine Juridique*, n° 20, 1993, I 3677, pp. 223-227; MONÉGER, F., “Point de vue sur la question de l'applicabilité directe de la Convention des droits de l'enfant”, *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n° 29, vol. 3, julio-sept. 1993, pp. 533-536; RUBELLIN-DEVICHI, J., “L'accueil réservé par la France à la Convention Internationale sur les droits de l'enfant”, *Gazette du Palais* de 8 julio de 1995, pp. 885-887; más recientemente, CHABERT, C., “Pour un réexamen de la question de l'applicabilité de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant”, *La Semaine Juridique*, n° 18, abril 2003, I 129, pp. 761-768, quien recoge una abundante jurisprudencia al respecto; y desde otra perspectiva, BRAUNSCHWEIG, A. y DE GOUTTES, R., “Note à propos des arrêts de 1993 de la 1ère chambre civile de la Cour de Cassation sur la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'enfant”, *Gazette du Palais* de 8 julio de 1995, pp. 878-879, para estos autores, todas las disposiciones de la Convención no pueden ser directamente aplicadas en el derecho interno; por último, sobre la postura adoptada por el *Conseil d'État*, BENHAMOU, Y., “Courtes remarques sur la jurisprudence du Conseil d'État relative à la réception en Droit français de la Convention de New York sur les Droits de l'enfant”, *Gazette du Palais*, 1995, pp. 899-900, quien se muestra a favor del carácter no *self-executing* de la Convención.

⁴ Convención firmada por Francia el 4 de junio de 1996, pero sin embargo aún no ratificada. Cf. BENHAMOU, Y., «Aperçu critique du projet de Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant», *Gazette du Palais* de 8 julio de 1995, pp. 880-884.

⁵ En este sentido, v. *Droit de la famille* (bajo la dirección de RUBELLIN-DEVICHI, J.), edic., Dalloz, 2001, n° 2083, p. 749.

⁶ *JO* de 9 de enero de 1993. Sobre esta ley, v. RUBELLIN-DEVICHI, J., “Une importante réforme en droit de famille: la loi n. 93-22 du 8 janvier 1993”, *La Semaine Juridique*, n° 12, 1993, I 3659, pp. 123-128; FULCHIRON, H., “Une nouvelle réforme de l'autorité parentale: Commentaire de la loi du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi <<Malhuret>>”, *Dalloz*, 1993, *chron.* 117. Sobre la audiencia del menor ante los tribunales, GEBLER, M.-J., “Regards éthiques sur les droits de l'enfant: la parole de l'enfant en justice”, *Dalloz*, 1989, 19e. *Cahier, chron.*, pp. 118-120; ALT-MAES, F., “Le discernement et la parole du mineur en justice”, *La Semaine Juridique*, n° 10-11, 1996, I 3913, pp. 117-122.

⁷ GEBLER, M.-J., *op. cit.*, p. 120.

generado cierta polémica en Francia⁸, pues se trata de derechos que presuponen la capacidad jurídica, es decir, el ejercicio por parte del propio titular, sin el cual tales derechos no tendrían razón de ser. Así, en los artículos 12 a 16 se consagran los derechos de opinión (art. 12) y de expresión (art. 13), el *derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión* (art. 14), el derecho de asociación (art. 15) y el derecho al respeto de su vida privada (art. 16).

La pregunta que surge a continuación, es cómo armonizar la protección del menor y el reconocimiento al mismo de nuevos derechos subjetivos? Según una parte de la doctrina, “es jurídicamente inexacto pretender que son inconciliables la protección del niño y el reconocimiento de verdaderos derechos”⁹; se trata únicamente de encontrar un justo equilibrio entre los derechos del niño y los deberes de los padres.

Así pues, se hacía necesaria la intervención legislativa en determinados ámbitos del derecho interno, entre otros: redefinir “la patria potestad”, o satisfacer de manera adecuada los derechos reconocidos en los artículos 13, 14 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), 15 y 16 de la Convención¹⁰. En alguno de estos ámbitos, como veremos, el legislador ya ha intervenido, con la finalidad de lograr la armonización del derecho francés con las nuevas exigencias derivadas, sobre todo, de los instrumentos jurídicos internacionales.

En definitiva, hoy en día el acento está puesto sobre “el interés y los derechos del niño”. Así, frente a dicho desarrollo de los derechos del niño, comprobamos en las legislaciones modernas que los dos regímenes de cuidado y protección aplicables a los menores, como son la incapacidad y la patria potestad, ceden terreno cada vez más en beneficio de estos nuevos derechos que el sujeto menor de edad puede ejercer por sí sólo, nuevas esferas de autonomía que se abren al menor, a las que contribuyen la Convención internacional, el legislador, la jurisprudencia, y cómo no, la práctica.

En materia de Derecho de menores, en Francia han sido adoptadas recientemente, el 4 de marzo de 2002, dos importantes leyes. Estas nuevas disposiciones legislativas responden al mismo espíritu y tienen en cuenta las aspiraciones de la sociedad, reconociendo de esta forma una mayor relevancia a la voluntad del menor.

La primera, la Ley n° 2.002-305 relativa a la patria potestad¹¹, modificadora del Código civil en esta materia. Con su estudio pretendemos establecer de forma precisa cuál es el lugar que otorga expresamente el Código civil francés a la iniciativa o al consentimiento del menor de edad, teniendo en cuenta que esta ley refleja la evidente evolución que se ha producido en las últimas décadas en dicha materia, lo que sin duda ha llevado a una modulación del ejercicio por parte de los padres de sus deberes y facultades respecto de los hijos, en función de su interés y de los nuevos derechos reconocidos a éstos.

La segunda, la Ley *Kouchner* n° 2.002-303, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario¹², tiende a garantizar y a reforzar los derechos de las personas

⁸ YOUNG, D., « Sur le statut juridique de l'enfant », *Le Débat*, sept.-octobre 1999, n° 106, pp. 67-82, en especial p. 76.

⁹ RUBELLIN-DEVICHI, J., “Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises”, *La Semaine Juridique*, n° 7, 1994, I 3739, pp. 87-93, en especial p. 91.

¹⁰ NEIRINCK, CL. et MARTIN, M.-P., *op. cit.*, p. 226, nota 28.

¹¹ JO de 5 marzo de 2002, p. 4161. Cf. BOULANGER, F., “Modernisation ou utopie?: la réforme de l'autorité parentale par la loi de 4 mars 2002”, *Dalloz*, 2002, n° 20, pp. 1571-1577; GOUTTENOIRE-CORNUT, A., “La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002”, *Droit de la famille*, n° 11, nov. 2002, pp. 4-6; LAQUENAN, O., “Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002”, *La Semaine Juridique*, n° 28, 9 julio 2003, pp. 1297-1303.

¹² JO n° 54, de 5 marzo de 2002, p. 4.118. Sobre esta ley encontramos una abundante bibliografía: LAMBERT-FAIVRE, Y., “La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé: I. La solidarité envers les personnes handicapées”, *Dalloz* 2002, n° 15, *Chron.* p. 1217 y ss; “II. Les droits des malades, usagers du système de santé”, *Dalloz* 2002, n°16, *Chron.*, pp. 1291-1296; “III. L'indemnisation des accidents médicaux”, *Dalloz* 2002, n° 17, *Chron.* p. 1367 y ss.; BELLIVIER F. y ROCHFELD J., “Droits des malades, qualité du système de santé, loi n° 2002-303 du 4 mars 2002”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, julio-septiembre 2002, pp. 574-591; JOURDAIN, P., LAUDE, A., PENNEAU, J. y PORCHY-SIMON, S., *Le nouveau droit des malades*, Litec, Juris-Classeur, Carré Droit, 2002, en especial pp. 69-74; MATHIEU, B., “Les droits des malades”, *Petites Affiches*, n° 122, 19 junio 2002, pp. 10-18; DUPONT, M., ESPER, C. y PAIRE, C., *Droit hospitalier*, 4ª edic. *Dalloz*, 2003, en especial

enfermas y los usuarios del sistema sanitario y otorga mayor importancia aún a la voluntad del menor en la determinación de su tratamiento médico, en fin, en las decisiones que afectan a su salud.

Dos leyes, por tanto, con especial incidencia sobre aspectos estrictamente íntimos y personales del sujeto menor de edad, que estudiaremos a continuación y que, tal y como podremos observar, ponen de manifiesto el respeto a la persona del menor y su autonomía.

2. EL MENOR DE EDAD EN LA LEY N° 2002-305, DE 4 DE MARZO DE 2002, RELATIVA A LA PATRIA POTESTAD

2.1. La patria potestad en el Código civil francés

El Código civil francés se ocupa de la *patria potestad* en su Título IX¹³. Dicho título se divide a su vez en dos capítulos, el primero referido a la “persona” del menor¹⁴, regulándose en el segundo capítulo los “bienes” del mismo¹⁵.

La “*autorité parentale*”, término que se ha mantenido en esta reforma del Código civil

pp. 508-514; AAVV, *La loi du 4 mars 2002: continuité ou nouveauté en droit médical?* (Bajo la dirección de G. FAURÉ), PUF, 2003; AAVV, “La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé”, n° especial bajo la dirección de CORMIER, M. y MONÉGER F., *Revue du Droit Sanitaire et Social*, n° 4, octubre-diciembre 2002, pp. 641-844; CLÉMENT, J. M., *Les Droits des malades et la loi du 4 mars 2002*, edic. Les Études Hospitalières, Burdeos, 2002; PANSIER, F. J. y CHARBONNEAU, C., “Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades”, *Petites Affiches*, n° 52, 13 marzo 2002 y n° 53, 14 marzo 2002; AAVV, “La Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé”, n° especial bajo la dirección de LAUDE, A., *Petites Affiches*, n° 122, 19 junio 2002, pp. 3-104; “Droits des malades; vers une démocratie sanitaire?”, *Dossier* realizado por GUILLAUME-HOFNUNG, M., *Problèmes Politiques et sociaux*, n° 885, febrero 2003, pp. 5-122; DEGUERGUE M., “Droit des malades et qualité du système de santé”, *AJDA*, junio 2002, p. 508-516; FOSSIER, T., “Démocratie sanitaire et personnes vulnérables”, *La Semaine Juridique*, n° 21, 21 mayo 2003, I 135, pp. 931-936; PRIEUR, S., “Les droits des patients dans la loi de 4 mars 2002”, *Revue Générale de Droit Médical*, n° 8, 2002, pp. 119-136;

Respecto a esta ley y, en particular, en relación al menor de edad, ver principalmente el Dossier “Les droits du mineur, usager du système de santé: vers l'autonomie?”, AAVV, *Actualités JuriSanté*, n° 42-julio 2003, p. 4 – 23; FAURÉ, G., “Vers l'émergence d'une majorité sanitaire?”, en *La loi du 4 mars 2002: continuité ou nouveauté en droit médical?*, cit., pp. 101-110; asimismo, sobre las primeras aplicaciones de esta ley de 4 marzo de 2002, podemos consultar, NATHANSON, M., “La loi du 4 mars 2002: une avancée pour les mineurs? Réflexions et vision pratique d'un médecin hospitalier”, *Actualités JuriSanté*, n° 39-40, Diciembre 2002-Enero 2003, pp.15-18. Otros autores, GÉNOT-POK, I., “Minorité, hospitalisation et soins”, *Actualités JuriSanté*, n° 34, Diciembre 2001-Enero 2002, pp.17-19; DUPONT, M. y REY, C., “L'adolescent, la majorité médicale”, *Actualités JuriSanté*, n° 31, Enero 2001, pp. 7-10; DUVAL-ARNOULD, D. y DUVAL-ARNOULD, M., *Droit et santé de l'enfant*, Masson, 2002, 264 páginas; DUPONT, M. y REY-SALMON, C., *L'enfant, l'adolescent à l'hôpital*, Doin Éditeurs/Assistance publique-Hôpitaux de Paris, 2002, 590 páginas.

¹³ Introducido en el Código civil francés mediante Ley n° 70-459, de 4 de junio de 1970 (JO de 5 de junio de 1970, p. 5227), en vigor el 1 de enero de 1971. Dicha norma sustituyó el concepto de “puissance paternelle” por el término de “autorité parentale”, a la vez que en relación al ejercicio de la misma, situó a los dos padres en un plano de igualdad, poniendo fin a la situación vigente hasta ese momento en la cual era el padre quien detentaba en exclusiva el poder respecto a los hijos. Evolución, por tanto, importante, reflejada no sólo en la nueva terminología adoptada, sino que marca también un cambio de espíritu en la concepción de esta materia: en este sentido, CASTELLAN, Cl., *Fonction d'éducation, autorité parentale du droit civil français et puissance parentale du droit canonique*, Tesis doctoral, Paris: Facultad de derecho canónico, 2002, en especial pp. 77 et 78, y bibliografía citada; SEJOURNÉ, R., *L'option religieuse des mineurs et l'autorité parentale*, Paris, edic. Beauchesne, 1972, p. 34, se hacía eco en 1972 del espíritu que informaba la reforma operada por la Ley de 1970, esto es, sustituir el concepto de “puissance paternelle”, con lo que resta de dominio sobre la persona del menor, por una “autorité parentale”, “cuya única función es la de proteger al menor con los derechos y deberes que ello conlleva, de manera solidaria, para los dos esposos (...)”.

¹⁴ Arts. 371-381. SEJOURNÉ, R., destacaba al respecto la gran importancia otorgada así a la “persona” del menor, “que está en el centro, como la razón de ser de la patria potestad”, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵ Arts. 382-387.

mediante Ley nº 2002-305 de 4 de marzo de 2002¹⁶, podemos definirla actualmente como una función, un conjunto de derechos y obligaciones, que tiene como objetivo principal no sólo la protección del menor, sino el permitir el desarrollo de su personalidad y convertirle en un individuo autónomo; además, su ejercicio se realiza en “interés del hijo”¹⁷ y es controlado por el juez¹⁸.

Así, el nuevo art. 371-1¹⁹ del Código civil francés, introducido por la Ley de 2002, establece: “La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes cuya finalidad es preservar el *interés del niño*.”

Será ejercida por los padres hasta que el hijo alcance la mayoría de edad o su emancipación, con objeto de *velar por* su seguridad, *su salud* y su moralidad, asegurar su educación y *permitir su desarrollo, en el respeto debido a su persona*.

*Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y su grado de madurez*²⁰.

Haremos breve referencia a continuación a los principales aspectos sobre los que ha incidido esta importante reforma del Código civil operada por esta Ley de 4 de marzo de 2002, antes de analizar cuáles son las condiciones de ejercicio de la patria potestad en relación a los nuevos derechos del menor y su posición actual en la sociedad.

2.1.1. El interés del menor

En esta nueva definición de la “autorité parentale” que nos ofrece la Ley de 2002 modificadora del Código civil, se reafirma ahora de forma expresa el principio del “*interés del niño*”.

Este criterio del “interés del niño” no es nuevo, sino que está presente en el derecho francés desde hace tiempo. La doctrina sitúa de este modo el origen de esta noción a lo largo del

¹⁶ Respecto a este término, cf. BOULANGER, Fr., *Les rapports juridiques entre parents et enfants, Perspectives comparatistes et internationales*, Paris, Economica, 1998, p. 4, donde señala: “Una expresión similar (*autorité parentale*) figura hoy en día únicamente en los denominados derechos <<latinos>>, art. 316 del Código civil italiano sobre la <<potesta dei genitori>>, la ley española de 7 de julio de 1981 sobre la <<potestad del padre y de la madre>> así como en la reforma belga de 7 de abril de 1995 sustituyendo <<l'autorité sur la personne>> por la fórmula de <<administration de la personne>>. Considerada hoy día demasiado jerárquica, ha sido sustituida en la familia jurídica germano-escandinava por el término de <<soin parental>>, <<omvardnad>> del derecho sueco, <<sortge>> del & 1626 B.G.B alemán et los artículos 296-297 del Código civil suizo, <<obsorge>> del & 144 de l'A.B.G.B. austriaco. Por su parte, la <<Child Act>> inglesa de 1989 ha sustituido la antigua denominación de <<parental rights>> por la de <<parental responsibility>>, que encontramos asimismo en la Resolución del Parlamento Europeo de 1986 sobre la responsabilidad parental”. Volveremos más adelante de nuevo sobre esta idea.

¹⁷ Respecto a esta noción del “interés del hijo”, su carácter vago y las dificultades por tanto de su efectiva aplicación, cf. CARBONNIER, J., *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, especialmente p. 168; ver igualmente RUBELLIN-DEVICHI, J., “Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises”, *La Semaine Juridique*, nº 7, 1994, I 3739, pp. 87-93. La autora realiza un completo análisis de la aparición de este principio y su presencia en el derecho francés antes y después de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

¹⁸ En este sentido, también LEMOULAND, J.-J., tiene en cuenta los profundos cambios que se han venido produciendo en esta materia e incide en la intervención cada vez mayor del Estado, señalando que “l'autorité de los padres ha cambiado completamente de aspecto. Por una parte, se ha convertido, para ellos, en un deber y en un conjunto de obligaciones más que de derechos. Por otra parte, esta autoridad ha perdido poco a poco su carácter discrecional y familiar pasando a estar sometida cada vez más al control judicial o administrativo. Pues de ahora en adelante lo que prevalece es *el interés del niño*”, en “L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation”, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, nº 1, enero-marzo 1997, pp. 1-24, en especial p. 2.

¹⁹ El anterior art. 371-2 del Código civil establecía: “La patria potestad pertenece al padre y a la madre para proteger al hijo en su seguridad, su salud y su moralidad. Ellos tienen consigo el derecho y deber de guarda, de vigilancia y de educación”. Y el antiguo art. 371-1: “Él (el hijo) está sometido a su autoridad hasta su mayoría o emancipación”.

²⁰ Este último párrafo, tal y como podemos observar, se encuentra claramente inspirado en el art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989. Es precisamente en este sentido que se pronunciaba también la Comisión dirigida por DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., en su trabajo *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La Documentation Française, 1999, pp. 98-100.

siglo XIX, e incluso antes de 1804²¹.

El problema se nos plantea entonces al intentar establecer una definición concreta de este criterio de carácter netamente subjetivo. En efecto, ¿qué es el “interés del niño”? Se trata de un concepto genérico, flexible y evolutivo; la doctrina ha criticado su carácter vago, ambiguo, ha puesto de manifiesto las dificultades a la hora de su efectiva aplicación en la práctica; de hecho, ciertos autores han hablado incluso de una “noción mágica”²². Aunque el legislador francés sí nos ofrece algunas precisiones a fin de poder concretar este concepto²³, central en el derecho de familia desde 1945²⁴, el interés del menor deberá ser apreciado *in concreto*, teniendo en cuenta las circunstancias particulares que concurren en cada caso, siendo entonces amplio el margen de apreciación del que dispone el juez para tomar su decisión.

Los tribunales también se han pronunciado sobre el principio del “interés del niño” en el ejercicio de la patria potestad. Según el Tribunal de Apelación de París, “es tradicionalmente admitido que el conjunto de derechos reconocidos a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos les son concedidos por la ley no en su interés personal, sino *en interés del hijo*, y en la medida en que son necesarios para el cumplimiento de los deberes que han asumido”²⁵. Una segunda decisión del Tribunal de Gran Instancia de Versalles en materia de medidas de carácter educativo, declara igualmente que “(...) la <<puissance paternelle>> no es un derecho absoluto, discrecional, que debe ser ejercida en primer lugar en interés del hijo teniendo como finalidad garantizar el armonioso desarrollo de su personalidad; que ningún atributo esencial del hijo escapa, en caso de conflicto, al control del juez, competente para apreciar cuál es el verdadero interés del menor”²⁶. En fin, podemos concluir así siguiendo la doctrina jurisprudencial bien asentada, que la patria potestad no se trata de un poder absoluto, discrecional, en función del interés personal de los padres, sino que deberá ejercerse en exclusiva en *interés del hijo* y tendrá como objetivo, fundamento primordial el *pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, de tal manera que permita al menor irse labrando libremente su futuro*.

De esta forma, CARBONNIER ponía de relieve ya en el año 1969 que el derecho de familia se había convertido en un derecho “*paidocéntrico*” y que el interés del menor, “se trata de un *interés específico*, propio del hijo”; además, declara, *dicho interés está más bien en función de su futuro que de su presente*²⁷. Esta idea de futuro, que consideramos de gran relevancia, es asimismo puesta de manifiesto por otros autores²⁸.

²¹ RUBELLIN-DEVICHI, J., “Le principe de l’intérêt de l’enfant (...)”, cit., en especial pp. 87-88.

²² CARBONNIER, J., comentario sobre una sentencia del Tribunal de Apelación de París, de 30 de abril de 1959, *Dalloz*, 1960, p. 673: “El interés del hijo, es la noción mágica. Por más que esté presente en la ley, lo que no aparece, es el abuso que de ella se hace hoy en día. En última instancia, acabaría convirtiendo en supérfluas todas las instituciones del derecho de familia. Sin embargo, nada más huidizo, nada más apropiado para favorecer el arbitrio judicial”.

²³ Es el caso precisamente en materia de “medidas de asistencia educativa”, arts. 375 y ss. del Código civil, institución que fue creada mediante Ordenanza n° 58-1301, de 23 de diciembre de 1958, sobre Protección de la infancia y de la adolescencia en peligro (JO de 24 de diciembre de 1958, p. 1170). Recientemente, la Ley n° 2004-1 de 2 de enero de 2004 relativa al acogimiento y protección de la infancia (JO de 3 de enero de 2004, p. 184) acaba de modificar el art. 375-1, en virtud del cual estas medidas de carácter educativo deberán pronunciarse de forma explícita “en estricta consideración del *interés del hijo*”. V. a propósito de esta nueva ley, FOSSIER, T., “La Loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l’accueil et à la protection de l’enfance”, *Aperçu Rapide, La Semaine Juridique*, n° 6 – 4 febrero 2004, pp. 216-217.

²⁴ CASTELLAN, Cl., Tesis doctoral cit., en especial p. 81, donde menciona a su vez la importante contribución de la ley adoptada en 1970 para una mejor comprensión de este criterio general.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Apelación de París, de 30 de abril de 1959, citada con anterioridad en la nota 21, *Dalloz*, 1960, p. 673, para justificar la atribución de un derecho de visita a los padrinos de una niña, a lo que los padres (la madre y el nuevo marido de ésta) se negaban. Comentada por J. CARBONNIER.

²⁶ Tribunal de Gran Instancia de Versalles, de 24 de septiembre de 1962, *Dalloz*, 1963, p. 52. Se trata de un caso en el que los padres querían imponer a su hija la práctica de una nueva religión. Comentada también por J. CARBONNIER. Cf. sobre estas dos importantes decisiones, RUBELLIN-DEVICHI, J., “Le principe de l’intérêt....”, cit., p. 88.

²⁷ CARBONNIER, J., *Droit civil, t. 2, La famille, les incapacités*, PUF, coll. Thémis, 8ª edic. 1969, p. 370.

²⁸ “Se trata (...) de preservar su futura libertad de elección”, CORNU, G., *Droit civil, La famille*, Paris: Montchrestien, Domat Droit Privé, 8ª edic. 2003, en especial p. 151.

2.1.2. Desarrollo del menor y respeto de su persona

En coherencia con lo que acabamos de indicar más arriba, la ley de 4 de marzo de 2002 introduce en la definición de la patria potestad estas dos nuevas referencias de forma explícita.

Los padres, mas allá de la función de educación, tienen como misión el asegurar el “desarrollo del hijo”; esta noción, deberá ser entendida en un sentido amplio, esto es, “desarrollo físico e intelectual, pero también *pleno desarrollo de la personalidad*” del menor²⁹; además, todas las funciones que corresponden a los padres como titulares de la patria potestad deberán ser ejercidas dentro del “respeto de la persona del menor”; es, en efecto, *su persona* el eje central de la patria potestad.

Ligado a ello, teniendo muy presente la clara evolución que venía sufriendo ya en los últimos años, sobre todo a partir de la adopción de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, el ejercicio por parte de los padres de sus deberes y facultades sobre sus hijos, determinados autores preferían hablar al respecto de “*responsabilité parentale*” y no ya de “*autorité parentale*”³⁰.

2.1.3. La obligación de permitir al menor participar en las decisiones que le afectan

Por primera vez, el Código civil francés, a partir de la reforma de 2002 prevé expresamente la obligación de los padres de buscar la adhesión personal de los hijos a las decisiones que le afectan, entendemos por tanto comprendidas también las decisiones relativas a su salud, lo cual según precisa la doctrina, es “representativo de la evolución de la sociedad y del lugar que el menor ocupa en la misma”³¹.

De esta manera, haciendo *expresa referencia a la edad y al grado de madurez* del menor, el art. 371-1 *in fine* pretende de los padres que tengan en cuenta fundamentalmente la voluntad del menor en la decisión de todos aquellos asuntos que, de forma directa o indirecta, incidan en su persona, en función de estos criterios. Así será en el ámbito sanitario, en donde la relevancia que se otorga a la voluntad expresada por el propio menor es sin duda evidente.

2.2. El ejercicio de la patria potestad. La capacidad del menor

El Código civil francés se ocupa de la minoría de edad en el Título X, “De la minoría, de

²⁹ MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H., *Droit civil, La Famille*, Paris, Défrenois, 2004, pp. 516-520, en especial p. 520.

³⁰ En este sentido, ver el Informe del CONSEJO DE ESTADO, *Statut et Protection de l'enfant*, Paris, La Documentation française, *Les Études du Conseil d'État*, 1991, pp. 92-93: “La ley de 4 de junio de 1970 ha modificado en profundidad las disposiciones originarias. Al establecer el título IX del Código civil “*De l'autorité parentale*”, el legislador ha entendido las relaciones entre padres e hijos como un conjunto de derechos y deberes cuya finalidad es la protección de estos últimos. Además, esta “*autorité*” debe ser ejercida en común, en un plano de igualdad, por parte de los dos padres. Se ha sugerido el hecho de sustituir los términos <<*d'autorité parentale*>> por los de <<*responsabilité parentale*>>”. Esta propuesta, que no reviste sólo un carácter terminológico se justifica por la preocupación de tener en cuenta la evolución del papel a desempeñar por los padres en nuestra sociedad. La noción de *responsabilidad* que engloba a la vez derechos y obligaciones pone el acento justamente en la importancia de la presencia de los dos padres, incluso en el caso de separación en la educación de su hijo. Además, la adopción de esta noción pondría fin a las actuales dificultades en la medida en que hoy en día, la persona que ha sido privada del ejercicio de la patria potestad (*l'autorité parentale*), se siente excluido, de manera más o menor efectiva, de su función parental. El empleo del término *responsabilidad* presenta la ventaja de, cualquiera que sea el estado de las relaciones entre los dos padres, revalorizar respecto del hijo, el papel educativo de su padre y madre. Mientras que en *l'autorité parentale* se sobreentienden los distintos atributos ejercidos sobre el hijo, el término de *responsabilité parentale* resalta la finalidad de la institución: el pleno desarrollo del hijo en el seno de la célula familiar. En virtud de estas razones, parece oportuno introducir en nuestro derecho la expresión de <<*responsabilité parentale*>> tal y como figura en el art. 5 de la Convención internacional de los derechos del niño”.

³¹ MOTHE, S., “*Autorité parentale et autonomie du mineur: confrontation ou cohérence?*”, *Actualités JuriSanté*, nº 42- julio 2003, pp. 10-14, en especial p. 11.

la tutela y de la emancipación”.

Así, en primer lugar, el art. 388 enuncia lo siguiente: “El menor es el individuo de uno u otro sexo que no ha alcanzado aún la edad de 18 años”³².

Por otra parte, el Código civil establece que “la mayoría de edad se fija a los dieciocho años cumplidos; a esta edad, se está capacitado para realizar todos los actos de la vida civil”³³.

Tradicionalmente, el menor de edad se considera, *en principio*, una *persona jurídicamente incapaz*³⁴. Se trata de una *incapacidad de ejercicio*, puesto que el menor es titular de derechos y obligaciones y solamente se ve privado de la facultad de ejercerlos por sí mismo³⁵. Sin embargo, este régimen general de incapacidad al que se encuentra sometido el menor no es absoluto, sino que conoce diversas excepciones, en aras a preservar la autonomía individual de la persona, en este caso, menor de edad. Lo contrario supondría una denegación de su personalidad. En otras palabras, esta incapacidad jurídica de principio tiende a ser sustituida hoy día por una capacidad progresiva del menor.

Existen determinados actos jurídicos que el menor puede realizar por sí sólo de forma válida, sin tener que obtener para ello una autorización de sus padres o sin necesidad de ser representado; así, podemos comprobar de manera ineludible, la existencia, cada vez mayor, de nuevas esferas de autonomía y de decisión reconocidas al menor por parte del legislador³⁶ que le permiten expresar su voluntad. Se le reconoce una serie de derechos y de prerrogativas importantes, tanto en el ámbito personal³⁷ como en el ámbito patrimonial. En términos de los arts. 389-3 y 450 del Código civil francés, el menor puede ejercitar por sí mismo *determinados actos que la ley o la costumbre le autorizan*³⁸.

Así pues, en Francia, el menor goza en la actualidad, a medida que se va haciendo mayor, de una capacidad o “mayoría progresiva”³⁹ y las facultades de los padres se deben adaptar a su

³² Podemos subrayar el hecho de que el Código civil francés, a diferencia de otras legislaciones nacionales, en las cuales sólo encontramos una definición de la mayoría de edad (así sucede, por ejemplo, en el art. 315 del Código civil español), ofrece una definición expresa de lo que entiende por “menor”.

³³ Art. 488 párrafo 1 del Código. Hasta 1974, la edad de la mayoría se adquiría en Francia a los 21 años. Una Ley de 5 de julio de 1974 estableció dicha mayoría de edad civil en los 18 años.

³⁴ Sobre el régimen de las incapacidades en general, cf. CARBONNIER, J., *Droit civil, t.1, Les Personnes, Personnalité, incapacités, personnes morales*, Paris, PUF, 2000, pp. 179-193, y sobre el estatuto jurídico del menor en especial, en relación a su persona, de este mismo autor, *Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21ª edic. refundida, PUF, 2002, pp. 129-161. Asimismo, se puede consultar el derecho común aplicable a la minoría de edad en MALAURIE, Ph., *Droit civil, Les Personnes, Les incapacités*, Defrénois, 2004, en particular pp. 235-242.

³⁵ DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., *op. cit.*, p. 24.

³⁶ Cf. BUFFELAN-LANORE, Y., *Droit civil, Première Année*, Paris, Armand Colin, 13ª edic. 2003, pp. 240-243, donde la autora nos habla de esta “autonomía” de los menores; así, distingue entre “l'infans”, el menor capaz de discernimiento (noción que varía según los casos) y el “*grand adolescent*”, categorías que no podemos tratar de la misma manera. OVERSTAKE, J.-F., “La autonomía jurídica del menor en materia civil en Derecho francés”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 653, julio-agosto 1999, pp. 1519-1531.

³⁷ Cf. GRIDEL, J.P., “L'âge et la capacité civile”, *Dalloz*, 1998, *10e. cahier, chron.*, p. 90 y ss, en especial pp. 92-96; del mismo autor, “L'acte éminemment personnel du mineur”, *Gazette du Palais*, marzo 2003, pp. 765-771, y en relación al específico ámbito sanitario y las decisiones del menor sobre su propio cuerpo, pp. 770-771. LAROCHE-GISSEROT, F., *Les droits de l'enfant*, Dalloz, 2003, pp. 48-51.

³⁸ El art. 389-3 prevé de forma expresa que: “El administrador legal representará al menor en todos los actos civiles, salvo en aquellos casos en los que la ley o la costumbre autorice a los menores a actuar por sí mismos”. En los mismos términos se expresa el art. 450 en lo relativo a las facultades del tutor. Cf. MONTANIER, J.-Cl., “Les actes de la vie courante en matière des incapacités”, *La Semaine Juridique*, 1982, I 3076. OVERSTAKE, *op. cit.*, en especial pp. 1527-1528.

³⁹ Ver en este sentido RAYMOND, G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Paris, Litec, 4ª edic. 2003, pp. 48-63; YOUNG, D., *Penser les droits de l'enfant, Questions d'éthique*, Paris, PUF, 2002, pp. 117-128; TERRE, Fr. y FENOUILLET, D., *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Paris, Dalloz, Précis, Droit privé, 1996, p. 836 et ss.: para estos autores, la razón primera de esta evolución progresiva de la autonomía del menor de edad responde al “progreso del espíritu de libertad y de los derechos humanos”; otros hablan de una “premayoría”: GISSER, F., “Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation: la pré-majorité”, *La Semaine Juridique*, 1984, I 3142; DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., *Les droits de l'enfant*, coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 1993 (6ª edic. de 2004), 127 páginas, en especial pp. 29-40 y 73-80; NEIRINCK, CL., *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations-Unies*, Paris, Delmas, 1993, 182 páginas; ALFANDARI, E., *Affirmer et promouvoir*

desarrollo, a su capacidad. Y sobre todo, será siempre el “interés del menor” el que prevalezca.

Se puede afirmar, en consecuencia, que el ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad por parte de sus titulares, en principio los padres, no es invariable y por tanto es susceptible de evolución atendiendo al desarrollo progresivo y a la capacidad jurídica del menor. En efecto, según la doctrina, durante la minoría, la patria potestad se transforma a medida que avanza la edad, la madurez del hijo, es decir, este régimen legal de protección no constituye un sistema rígido, constante, hasta los 18 años de edad, y las relaciones jurídicas entre padres e hijos en este período de tiempo evolucionan de manera gradual⁴⁰. Así, diremos que la patria potestad es una institución de “protección”, y por tanto no se extiende a la persona que por sus cualidades físicas y mentales ya no la necesita.

En definitiva, esta autonomía del menor es la consecuencia lógica de la evolución, de los profundos cambios que se han ido produciendo desde hace varias décadas, con la multiplicación de esferas de acción jurídica reconocidas al menor en función de múltiples factores, tales como la edad, el grado de discernimiento o la naturaleza misma del acto en cuestión⁴¹, y así ha sido reflejado en la legislación actual.

Podemos constatar incluso la existencia de un movimiento a favor de la “liberación” del menor frente a la opresión, dominación que representa la familia, sus padres, cuyo origen se sitúa en los Estados Unidos y que tiende a reconocer a los menores, considerados como *individuos de pleno derecho*, la plenitud de sus derechos. Los partidarios de esta corriente, encuentran un argumento más en la Convención de Nueva York sobre los famosos “*derechos del niño*” de 1989, pues entienden que la misma, aunque establece que el menor debe ser protegido, afirma a la vez que el menor goza de determinados derechos que pueden ser ejercidos incluso contra sus padres: la libertad de opinión, de expresión, *la libertad de pensamiento, conciencia y religión*⁴².

Uno de los ámbitos sumamente íntimo y personal donde se reconoce cierta autonomía al menor para el ejercicio de sus derechos es el ámbito relativo a su salud⁴³, al cual nos referiremos con más detalle en el siguiente capítulo. Se trata de derechos de carácter tan personal, que no pueden ser ejercidos por un representante legal; en otras palabras, nos encontramos en presencia de actos tan íntimamente personales que no pueden ser llevados a cabo sino es con el consentimiento del menor, descartándose por tanto en este ámbito el mecanismo de la representación. Lo mismo sucede, tal y como veremos seguidamente, con el ejercicio de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión del menor en el seno de la familia, derecho tan personalísimo que no cabe la sustitución de su titular.

Saber cuándo el menor puede consentir sólo y cuándo necesita el consentimiento de sus padres...es siempre una cuestión delicada. ¿Cómo conseguir un equilibrio entre los poderes judicial, médico y familiar que concurren en la protección del menor? ¿Cómo conciliar estas diferentes intervenciones con el principio fundamental de la autonomía reconocida al menor por el propio legislador en el ámbito sanitario?

En fin, la “patria potestad”⁴⁴, ya lo hemos apuntado, es un instrumento al servicio de una función de “protección” del menor de edad. Esta función no tendrá razón de ser cuando el menor se haya convertido en un individuo autónomo, esto es, capacitado para tomar él sólo las decisiones que le afectan. Así, en cuanto el paciente menor de edad tiene el grado de madurez

les droits de l'enfant après la Convention Internationale des Droits de l'enfant, Paris, La Documentation française, 1993, 151 páginas; LAROCHE-GISSEROT, F., *Les droits de l'enfant*, cit., en especial pp. 42-51.

⁴⁰ CORNU G., *Droit civil, La famille*, cit., p. 152.

⁴¹Cf. LEMOULAND, J.J., “L’assistance du mineur, une voie possible entre l’autonomie et la représentation”, cit., pp. 1-24.

⁴² A propósito de esta corriente, MALAURIE Ph. y AYNES, L., *Droit civil, Les personnes, Les incapacités*, Paris, Défrenois, 2004, pp. 231-232. En contra de la misma, THÉRY, I., “Nouveaux droits de l’enfant, la potion magique?”, *Esprit*, n° 180, marzo-abril 1992, pp 5-30, donde critica duramente también la ambigüedad, la incoherencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

⁴³ Sobre la evolución y la consagración de este derecho para los menores de edad, NEIRINCK, C., “Le droit de l’enfant à la santé”, *Journal International de Bioéthique*, vol. 10, n° 1-2, pp. 25-33.

⁴⁴ Un análisis general de esta institución y los deberes que ella conlleva, tanto antes como después de esta última gran reforma en el 2002, CASTELLAN, Cl., Tesis cit., 2002, en particular p. 77 y ss. y pp. 212-223.

suficiente, ningún otro consentimiento, además del suyo, será por tanto necesario. Algunos autores, sin embargo, opinan que el mantenimiento de la patria potestad “parece *devorado* por las excepciones en el Derecho de la sanidad pública y, a veces, en materias que afectan a la esencia misma de las convicciones filosóficas o religiosas o educativas de las familias”⁴⁵. Tal y como señalamos en la introducción, nada más lejos de la realidad, pues de lo que se trata es precisamente de lograr un justo y necesario equilibrio entre los tradicionales derechos de los padres y el reconocimiento de los derechos de los menores.

De esta forma, manifiesto mi acuerdo con las conclusiones a las que llega GUILLOD⁴⁶: según este autor, la función “moderna” de los derechos de los padres es preparar a los hijos para que éstos sean sujetos responsables y cuando los menores alcanzan esta madurez necesaria y ejercen su autonomía, ello debe interpretarse no como una limitación o un fracaso del control parental, sino como el cumplimiento efectivo de la responsabilidad de los padres.

2.3. Ejercicio de la patria potestad y libertad de conciencia del menor

Una cuestión de gran interés que se nos plantea siguiendo con el análisis de esta materia, es precisamente cómo se articulan las reglas generales de la patria potestad y el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión reconocido en el art. 14 de la Convención de la ONU al propio menor en el seno de la familia. Esta cuestión se nos presentará sobre todo en relación de los “*grands adolescents*”, es decir, jóvenes muy próximos a la mayoría de edad: ¿qué relevancia podemos otorgar a la decisión, a la voluntad de estos menores, en este ámbito interno de la conciencia de las personas, ámbito que influye en una gran medida en el desarrollo de su personalidad?

Desde esta perspectiva, vamos a tener en cuenta en particular cuál ha sido en Francia la relación del menor con el fenómeno religioso⁴⁷.

Entre las libertades fundamentales de la persona, una es particularmente importante: la libertad de conciencia. Ésta constituye “una prerrogativa constitucional”, “uno de los principios fundamentales de la República”, en palabras del propio Consejo Constitucional⁴⁸. Y su manifestación más visible, es sin duda la libertad religiosa⁴⁹. En cuanto a su fundamento constitucional, esta libertad deriva del art. 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789⁵⁰, del párrafo 5 del Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946⁵¹, principios que conservan aún hoy día todo su vigor, y ya desde una aproximación más positiva, el art.1 de la Constitución francesa de 4 de octubre 1958⁵² establece: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, de raza o de religión y que *respecta todas las creencias*. (...)”⁵³.

Sin embargo, según la doctrina, todos estos textos no nos aportan ninguna solución

⁴⁵ GRIDEL, J.P. “L’acte éminemment personnel du mineur”, cit., p. 771.

⁴⁶ GUILLOD, O., *Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme?*, Tesis, Neuchâtel, 1986, pp. 201-248 respecto al consentimiento del paciente menor de edad, en especial p. 248.

⁴⁷ Cf. RAYMOND G., “La religion de l’enfant en droit privé français (Les incidences de la convention internationale des droits de l’enfant”, *L’année canonique*, vol. 36, 1994, pp. 137-153; BREILLAT, D., “La religion de l’enfant en droit public français: les incidences de la convention relative aux droits de l’enfant”, *L’année canonique*, vol. 36, 1994, pp. 159-174; CASTELLAN, C., tesis precit., pp. 129-133.

⁴⁸ MALAURIE, Ph., *Droit civil, Les personnes, Les incapacités*, Défrénois, 2004, en particular p. 93 y jurisprudencia citada.

⁴⁹ En su origen, la libertad de conciencia era entendida en exclusiva como la libertad de “conciencia religiosa”, AAVV, *Droit Constitutionnel*, 7ª edic., Dalloz, 2004, pp. 801-803, en especial p. 801.

⁵⁰ “Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley”. Ver también arts. 1 et 4 de la Declaración.

⁵¹ “(...)Nadie puede ser perjudicado en su trabajo o en su empleo a causa de sus orígenes, de sus opiniones o de sus creencias”.

⁵² JO de 5 de octubre de 1958, p. 9151.

⁵³ Texto actualizado después de la reforma constitucional de 17 de marzo de 2003.

respecto a la articulación de las reglas de la patria potestad y la opción religiosa del menor⁵⁴.

Antes de la Convención sobre los Derechos del niño y su integración en el derecho interno francés⁵⁵, ningún texto jurídico hacía referencia a la religión del menor de edad; para la mayoría de los autores, la elección religiosa del menor deriva de las prerrogativas de la patria potestad -derecho y deber de educación de los padres respecto de sus hijos⁵⁶. Así pues, los padres son libres en cuanto a la determinación de la religión de sus hijos menores -libertad para darles una educación religiosa, o decidir no educarle en ninguna religión...etc-.

Sin embargo, podemos preguntarnos sobre la oportunidad, la efectividad de esta facultad de los padres en un ámbito tan íntimo, sensible y personal, y que sin duda alguna implica la formación de la conciencia de los menores.

Sobre este aspecto tan fundamental perteneciente al fuero interno de las personas, y a pesar del silencio de los textos de derecho internos⁵⁷, siempre han surgido cuestiones delicadas y por ello, las autoridades judiciales se han visto a menudo obligadas a solucionar conflictos relativos a la religión del menor de edad en el seno de la familia, entre ambos padres⁵⁸ o también entre padres e hijos⁵⁹; así pues, se puede decir que el derecho privado francés en materia de religión del menor era, hasta entonces, un *derecho puramente jurisprudencial*⁶⁰.

En otros países europeos⁶¹ las diferentes legislaciones han establecido una “mayoría religiosa anticipada”⁶², para permitir al menor expresar su voluntad y así elegir él mismo, con total libertad y de acuerdo con su conciencia, su propia orientación y formación religiosas. Siguiendo el ejemplo de dichos países, en el derecho francés algunos autores plantearon la necesidad de implantar una “premayoría religiosa”⁶³, que los padres deberían respetar en el ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad; según manifiesta CORNU, “<<De lege ferenda>>, habría que interrogarse sobre la oportunidad de determinar a partir de qué edad un menor puede libremente *cambiar de confesión* (la conversión constituye uno de los problemas más delicados). En el silencio de la ley, la costumbre francesa haría prevalecer la vertiente *evolutiva de la patria potestad* y reconocería una mayoría anticipada a los menores próximos a la mayoría”⁶⁴.

Para otros autores, sin embargo, tal idea resulta atractiva, pero “en un derecho laico, no

⁵⁴ Pues éstos se refieren únicamente a las personas con plena capacidad jurídica, según SÉJOURNÉ, R., *L'option religieuse des mineurs et l'autorité parentale*, edic. Beauchesne, 1972, pp. 9-12.

⁵⁵ Respecto a la situación jurídica con anterioridad a esta Convención internacional, cf. especialmente SÉJOURNÉ, R., su obra fundamental, *L'option religieuse des mineurs et l'autorité parentale*, 1972, cit. en la nota anterior.

⁵⁶ Antiguo art. 371-2 párrafo 2 del Código civil francés.

⁵⁷ Tal es el caso efectivamente de la ley de 4 de junio de 1970 y también la ley de 8 de enero de 1993, ley esta última que constituye el inicio de la armonización del derecho francés con las exigencias derivadas sobre todo de los textos jurídicos internacionales, tal y como ya hemos expresado anteriormente.

⁵⁸ Cf. ATIAS, C., “Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce”, *La Semaine Juridique*, 1984, I 3151.

⁵⁹ CORNU, G. *Droit civil, La famille*, cit., pp. 164-166 y nota 28.

⁶⁰ RAYMOND, G., “La religion de l'enfant (...)”, cit., pp. 138-139, derecho que encontraba su fundamento en los artículos del Código civil 371-2 párrafo 2 (actual art. 371-1): derecho y deber de los padres de educar a sus hijos y art. 375: medidas educativas.

⁶¹ BOULANGER, F., *Les rapports juridiques entre parents et enfants. Perspectives comparatistes et internationales*, Paris: Economica, 1998, cit., en especial p. 170.

⁶² Por ejemplo, es el caso de los 16 años en Suiza, 12 años en Inglaterra, 10 a 14 años en Alemania, según los diversos Landers.

⁶³ BREDIN, J.-D., “La religion de l'enfant”, *Dalloz*, 6 abril 1960, *chron.* pp 73-78, en especial p. 78; BELIN, M., *La liberté et le respect des convictions et croyances dans les rapports de famille*, Tesis doctoral, Paris II, 1973; BARBIER, P., “Les limites de l'autorité parentale en matière religieuse”, *Gazette du Palais*, 1971, pp. 268-275; COULOMBEL, P. “Le droit français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1956, p. 47, habla al respecto de un “derecho de la personalidad”; CARBONNIER, J, comentario sobre la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Versailles, de 24 de septiembre de 1962, *Dalloz* 1963, p. 52, quien deseaba hacer de la religión un “*état des personnes*” con el fin de evitar las fluctuaciones de los padres en lo relativo a esta materia; HAUSER, J. y HUET-WEILLER, D., *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille* (bajo la dirección de J. Ghestin), 1993, pp. 847-848, hablan de una “quasi-majoría” religiosa; LASZLO-FENOUILLET, D., *La conscience*, LGDJ, 1993, en especial n° 551 y ss. CORNU, G. *Droit civil, La famille*, cit., pp. 164-166; ver también SÉJOURNÉ, R., *op. cit.*, pp. 107-108.

⁶⁴ CORNU, G., *op. cit.*, en especial p. 166.

parece oportuno otorgar a la religión un estatuto particular”⁶⁵.

Así las cosas, después de la Convención de los derechos del niño era necesaria la reforma del derecho interno para su adaptación al contenido de la misma⁶⁶, especialmente en la materia relativa a la religión del menor, teniendo en cuenta que esta Convención dedica varias de sus disposiciones⁶⁷ a este asunto, en particular el art. 14, mientras que en el derecho francés el menor no poseía más libertad que la que le reconocían los padres. El art. 14 de la Convención dispone lo siguiente:

“1. Los Estados Partes respetarán el *derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y los deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de *guiar*⁶⁸ al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la *evolución de sus capacidades*.

3. *La libertad de profesar* la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

En materia de libertad religiosa, señalaremos brevemente que este derecho dió lugar a fuertes debates en cuanto a la oportunidad de su concesión explícita a los menores y las condiciones de su ejercicio⁶⁹; algunos autores lamentan que este art. 14 de la Convención sobre los derechos del niño no haga referencia expresa al derecho que tiene toda persona a “adoptar una religión” propia⁷⁰, como sí lo hace el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 en su art. 18⁷¹, denunciando de este modo el carácter más restrictivo de la Convención en este punto.

Estas disposiciones de la Convención, de manera singular el mencionado art. 14, vienen a condicionar el ejercicio tradicional de la patria potestad en esta materia, a la vez que aportan nuevos elementos para la resolución de los posibles conflictos.

A partir de ahora, los padres no pueden imponer al hijo menor de edad una determinada religión y están obligados a tomar en consideración *la voluntad del hijo*; su papel se verá limitado al de guías del hijo en el ejercicio de sus derechos y libertades, sin ningún poder de coerción.

Este concepto de *guía*, según la doctrina se trata de un concepto jurídico nuevo⁷², del que se pueden deducir en principio, con carácter general, dos cosas: el guía, por un lado, acompaña, propone, no impone ni por supuesto elige por otro, sino que como característica fundamental de esta noción, el guía *respeto la libertad de acción, de libre elección de los demás*; por otro, su intervención será menos necesaria a medida que la persona adquiera más edad, y por tanto mayor grado de

⁶⁵ MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H, *Droit civil, La famille*, Paris, Défrenois, 2004, p. 519; también se refleja esta idea en *Droit de la famille* (bajo la dirección de RUBELLIN-DEVICHI, J.), Paris, Dalloz, 2001, p. 689, n° 1872.

⁶⁶ RAYMOND G., “La Convention des Nations Unies (.....)”, cit., *La Semaine Juridique*, 1990, I 3451, n° 3, antes de la ratificación por parte de Francia de la Convención, sugería ya la necesidad de un “*toilettage*” de sus textos para la armonización con la Convención; del mismo autor, a propósito de dicha armonización, pero ya en referencia expresa a la religión del menor de edad, “La religion de l’enfant en droit privé français (Les incidences de la Convention....)”, cit., p. 139.

⁶⁷ Art. 14, art. 27 y art. 30 de la Convención. Respecto a esta última disposición, hay que subrayar que Francia hace una reserva a este artículo pues rechaza todo reconocimiento a las minorías religiosas: “El Gobierno de la República declara, teniendo en cuenta el artículo 2 (actual art. 1) de la Constitución de la República francesa, que el artículo 30 (minorías étnicas, religiosas, lingüísticas o personas de origen autóctono), no ha lugar a su aplicación en la República”, en BREILLAT, D., *op. cit.*, p. 161.

⁶⁸ CARBONNIER, J., *Droit civil, t. 2, La famille, l’enfant, le couple*, 21ª edic. Refundida, Paris, PUF, 2002, denuncia al respecto el carácter paternalista de la Convención, p. 149.

⁶⁹ BENNOUNA, M., *op. cit.*, en concreto p. 439.

⁷⁰ BOSSUYT, M., *op. cit.*, p. 144, en su opinión, bajo la presión de los países islámicos, donde el hijo tiene la religión del padre y no puede renunciar a ella.

⁷¹ Art. 18.1 del Pacto: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la *libertad de tener o de adoptar la religión* o las creencias *de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias* (...).”

⁷² Sobre esta noción de “guía” y sus consecuencias, RAYMOND, G., “La religion de l’enfant (....)”, cit., pp. 142-144.

autonomía y madurez.

En materia de libertad de conciencia y religión, el art. 14.2 reconoce a los padres el “derecho y deber de *guiar*” al menor⁷³. Este derecho y este deber, al hilo de lo que hemos indicado, se ejercen exclusivamente en función de la edad, de la capacidad y madurez del hijo menor, teniendo como objetivo principal que éste pueda elegir libremente, de acuerdo con los dictados de su conciencia.

Esta nueva libertad de pensamiento, conciencia y religión reconocida al niño en el derecho francés en virtud del art. 14.1 de la Convención, significa que éste es libre de profesar y practicar, o no, la religión que haya elegido; tiene derecho a una formación religiosa libremente elegida por él; y puede continuar practicando la misma religión en la que le iniciaron sus padres, pero también puede rechazar una religión impuesta durante los primeros años de su vida y convertirse a otra religión distinta de la que éstos profesan⁷⁴. Además, el menor goza de la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, tanto en público como en privado.

Por otro lado, esta libertad de pensamiento, de conciencia y de religión del menor puede influir a su vez en el ámbito sanitario; podemos pensar aquí en el rechazo de determinados tratamientos médicos, por ejemplo, una transfusión sanguínea por parte de un Testigo de Jehová. Pero nos pueden surgir otras preguntas: ¿podemos imponer un tratamiento médico a un menor capaz de discernimiento?; una menor embarazada que desea interrumpir voluntariamente su embarazo, cuando sus padres se oponen a ello por motivos religiosos, ¿cuál es la respuesta posible? ¿Cómo armonizar el reconocimiento del ejercicio de esta libertad religiosa por el propio menor y las prerrogativas de la patria potestad?

En fin, el derecho francés no ha establecido ningún límite de edad en esta materia, de esta forma los criterios que deberán ser tenidos en cuenta y apreciados en cada caso concreto por el juez para la resolución de eventuales conflictos serán, en primer lugar, la voluntad del menor⁷⁵ y en consecuencia, su grado de madurez, dado que los padres según el nuevo texto de la Convención no pueden imponer a sus hijos menores una determinada religión o conducta religiosa (sólo pueden ser *guías, sin poder de coacción sobre su persona*), y en segundo lugar, el interés del menor⁷⁶. Hoy día no se justificaría así la motivación de la sentencia del Tribunal Supremo⁷⁷, en la cual se deniega el derecho a una menor de 16 años que desea abandonar la religión católica en la que había sido educada y convertirse en Testigo de Jehová. Se trataba de una elección personal de la menor, pero el Tribunal no lo considera oportuno pues estima que esta elección de nueva religión corresponde a un adulto y deberá esperar por tanto a alcanzar su mayoría de edad para ejercitar libremente la misma.

3. EL MENOR Y LA LEY DE 4 DE MARZO DE 2002, RELATIVA A LOS DERECHOS DE LOS ENFERMOS Y A LA CALIDAD DEL SISTEMA SANITARIO

3.1. Consideraciones generales

La nueva Ley nº 2002-303, de 4 de marzo de 2002 sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema sanitario es el reflejo de la evolución de la sociedad y persigue como objetivo principal el establecimiento de un nuevo equilibrio en la relación médico-paciente⁷⁸; en palabras de la doctrina, “la adopción de esta ley responde a la voluntad de instaurar un nuevo equilibrio

⁷³ Con carácter general, el art. 5 de la Convención también se refiere a la responsabilidad, los derechos y deberes de los padres de impartir al menor “en consonancia con la evolución de sus facultades, *dirección y orientación* apropiadas para que el niño ejerza” los derechos que le son reconocidos

⁷⁴ RAYMOND G., “La religión de l'enfant (...)”, cit., pp. 144-147 sobre el contenido de este derecho; y este mismo autor, en “La Convention des Nations Unies (...)”, cit., nº 27.

⁷⁵ Voluntad consciente del alcance y consecuencias de sus actos, libre e informada.

⁷⁶ RAYMOND, G., “La religion de l'enfant (...)”, cit., pp. 148-153.

⁷⁷ Cass. 1^{er} civ., de 11 de junio de 1991 (*Bull. Civ.* I, nº 196, p. 129).

⁷⁸ ESPER, C., “Mineurs hospitalisés et la loi du 4 mars 2002”, *Les droits de mineur, usager du système de santé(...)*, cit., p. 4.

entre el <<savoir médical>> y el <<vouloir>>individual“; “el desarrollo del derecho médico se centra hoy en día en la protección de los derechos fundamentales del paciente. Esta evolución tiende a promover la autonomía y el libre arbitrio del enfermo”⁷⁹.

En la doctrina se ha hablado de la evolución de un modelo de bienestar paternalista, en el cual el paciente era un sujeto totalmente pasivo respecto de las decisiones que le afectaban, siendo el médico quien tomaba dichas decisiones en su lugar, a un modelo de autonomía y de autodeterminación⁸⁰, en donde el derecho de cada persona a decidir libremente sobre su propio cuerpo ocupa el primer lugar en la escala de valores fundamentales, en detrimento del poder de decisión del médico. De este modo, MAZEN señala al respecto que esta ley “se ha fijado como uno de sus principales objetivos instaurar una democracia sanitaria y restituir al enfermo la plenitud de sus derechos y de su dignidad. (...) El paciente tiene de ahora en adelante el derecho de ser informado, el derecho de acceso a la totalidad de su historial médico, el derecho de elegir su tratamiento o de rechazarlo, el derecho de decidir por sí mismo los límites de su sufrimiento, el derecho, en fin, de participar en la política sanitaria”⁸¹; de este modo, sigue indicando el autor, la ley de marzo de 2002 ha querido conceder de nuevo a la persona el lugar que le corresponde *de pleno derecho* devolviéndole de alguna manera “la *mayoría intelectual* que el cuerpo médico le había realmente usurpado”⁸².

Tratándose de la salud de los menores de edad, en particular del menor con suficiente grado de madurez y capacidad para decidir por sí mismo, numerosos autores vienen reivindicando desde hace mucho tiempo una “mayoría médica”⁸³, de cara a que la voluntad del menor en los actos jurídicos que afectan a su cuerpo y a su propia salud sea tenida debidamente en cuenta; así por ejemplo, MÉMETEAU justifica dicha cuestión de una “mayoría médica” del adolescente en el sentido de que para este autor, “los actos que afectan a su cuerpo (...) parecen pertenecer a esa categoría reservada a la decisión autónoma del menor, al menos del menor dotado de discernimiento suficiente”⁸⁴. En consecuencia, un menor capaz de comprender la naturaleza, los riesgos y las consecuencias posibles derivadas de un determinado tratamiento, su sólo consentimiento puede ser válido.

Ya AUBY evocó esta idea de la “mayoría médica”, estableciendo que el menor dotado de una capacidad de discernimiento suficiente podría así concluir un contrato médico y dar su consentimiento a los cuidados necesarios⁸⁵, pues el carácter realmente personal del contrato

⁷⁹ MATHIEU, B., “Les droits des personnes malades”, cit., p. 10.

⁸⁰ RAMEIX, S., “Information et consentement des patients: du paternalisme à l'autonomie?”, *Actualités JuriSanté*, n° 37, junio 2002, pp. 11-17.

⁸¹ MAZEN, N.-J., “Les nouvelles formes d'assentiment à l'acte médical”, *Revue Générale de Droit Médical*, n° 10, 2003, pp. 41-57, en especial p. 42.

⁸² *Ibidem*, p. 46.

⁸³ Cf. CACHEUX, D., “Le droit à la santé de l'enfant”, *Les cahiers hospitaliers*, 1990, n° 50, p. 4, para quien, desde la perspectiva de una pre-mayoría, parece oportuno recoger el consentimiento del menor, a partir de los quince años por ejemplo, para el tratamiento o intervención médica sobre su cuerpo; GARAY, A., “Les implications du refus parental de transfusion sanguine”, *Gazette du Palais*, 12 julio de 1995, pp. 928-938, en particular p. 932 y bibliografía citada; de este mismo autor, se puede consultar asimismo, “Parents, enfants et transfusion sanguine”, en *Consentement éclairé et transfusion sanguine: aspects juridiques et éthiques*, (bajo la direcc. de GROMB, S. y GARAY, A.), Rennes, edic. ENSP, 1996, pp. 36-59, en especial pp. 44-47; REY, C. y DUPONT, M., “L'adolescent, la majorité médicale”, cit., pp. 7-10, en particular, p. 7. Según estos últimos, existe una diferencia entre “minoría” y “adolescencia”, caracterizada esta última por *la adquisición de una autonomía física, psicológica y social*. Consciente de esta diferencia, señalan los autores, el legislador ha expresado claramente su voluntad de reconocer un “espacio de autonomía jurídica para el adolescente en materia de salud y de sexualidad (consentimiento en materia de experimentación médica, de extracción de órganos o de interrupción de embarazo, acceso a medios de contracepción etc)”, dando así respuesta a los deseos de estos adolescentes –entre 15 y 18 años- de ver reconocidos sus nuevos derechos, antes de alcanzar la mayoría de edad legal; cf. también DUVAL-ARNOULD, D., *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, 1994, p. 139, quien propone una mayoría médica anticipada a los 15 años para aquellos actos que revisten un carácter preventivo o curativo evidente; FILIPPI, I. y HERRERIA, M., *La protection juridique de l'incapable à l'hôpital*, edic. Les Études Hospitalières, 2001, pp. 79-84, en particular pp. 83-84.

⁸⁴ MÉMETEAU, G., *Droit médical*, Litec, 1985, n° 591.

⁸⁵ AUBY, J.-M., *Le Droit de la santé*, Paris, PUF, 1981, p. 313. De acuerdo con él, GARAY, A., “Parents, enfants...”, cit., pp. 45-46; MÉMETEAU, G., *Droit médical*, Litec, 1986, p. 100.

justificaba la necesidad de reconocer a este menor la capacidad de concluir el mismo⁸⁶

Analizaremos a continuación cuál era la situación jurídica existente en el ámbito de los servicios sanitarios en relación a los derechos que se reconocían al menor en el mismo con anterioridad a la aprobación en 2002 de la Ley *Kouchner* reguladora de los derechos del paciente, y cuáles han sido por tanto las aportaciones principales de esta ley. Tal y como podremos observar, siguiendo el espíritu de las disposiciones legislativas anteriores, el reconocimiento que se otorga a la autonomía del menor en la nueva ley es evidente.

3.2. La situación jurídica anterior a la ley nº 2002-303 de 4 de marzo de 2002

Antes de esta ley, no había ninguna obligación legal de informar a los menores, de obtener su consentimiento, sin embargo sí que nos encontramos ya con algunos textos jurídicos que habían evolucionado en el sentido expresado con anterioridad, solicitando de esta manera la opinión-consentimiento del menor, o reconociéndole su derecho a oponerse al tratamiento en determinadas situaciones jurídicas más específicas⁸⁷. Tal era el caso, por ejemplo, en materia de extracción de órganos, participación en experimentaciones médicas y libertad sexual de los menores (acceso a medios contraceptivos e interrupción voluntaria del embarazo)⁸⁸.

3.2.1. Extracción de órganos

En materia de extracción de elementos y productos del cuerpo humano⁸⁹, la ley admite expresamente la posibilidad de efectuar sobre un menor de edad una extracción de células hematopoyéticas extraídas de la médula ósea, siendo necesario en este caso que el menor de edad sea “*informado a fin de expresar su voluntad, si está capacitado para ello*”. Y además, también tiene el derecho a no consentir: “*El rechazo del menor constituye un obstáculo para la extracción*”⁹⁰. Estos mismos derechos se le reconocen en materia de toma de muestras de sangre, efectuada únicamente en casos excepcionales de urgencia terapéutica o imposibilidad de encontrar un donante mayor de edad inmunológicamente compatible⁹¹.

En definitiva, podemos constatar que el derecho interno francés prohíbe hacer caso omiso del rechazo que el sujeto menor de edad pudiera manifestar a que se le realice una extracción, así como a la “*utilización posterior de los órganos o productos del cuerpo humano extraídos*”⁹². Esta oposición es en consecuencia determinante y debe ser siempre respetada. Llegamos a esta misma conclusión en materia de protección de las personas, en el caso que nos ocupa menores de edad, que se prestan a una experimentación médica .

3.2.2. Experimentación médica

En efecto, la investigación médica efectuada sobre un menor de edad, cuando se trata de la información y la obtención del consentimiento de la persona, el menor deberá *recibir él mismo una información adaptada a su capacidad de comprensión*; se requerirá su “*adhesión personal*” de cara a su participación en la investigación y, en todo caso, se tendrá que tener en cuenta *su rechazo o la*

⁸⁶ GUILLOD, O., *Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme?*, Tesis cit., p. 232 y bibliografía citada.

⁸⁷ NATHANSON, M., “La loi du 4 mars 2002: une avancée pour les mineurs?”, cit., p. 15-16.

⁸⁸ Respecto a estas materias, también tendremos aquí presentes las últimas modificaciones legislativas que han tenido lugar este último año 2004.

⁸⁹ Ley nº 2004-800 de 6 agosto de 2004, relativa a la Bioética (JO nº 182, de 7 de agosto de 2004, p. 14040), integrada en el Código de la Sanidad Pública (en adelante CSP), art. L.1211-1 y ss.

⁹⁰ Nuevo art. L. 1241-3 CSP, al que reenvía el art. 1231-3 CSP en su nueva redacción dada por la Ley de 6 de agosto de 2004 citada en la nota anterior.

⁹¹ Nuevo art. L. 1221-5 CSP.

⁹² “El rechazo del menor (...) constituye un obstáculo a esta utilización”, nuevos arts. L. 1235-2 y L.1245-2 CSP, en virtud de la nueva Ley de 6 de agosto de 2004 precit., nota 81

*revocación de su consentimiento inicial*⁹³.

3.2.3. Contracepción e interrupción voluntaria del embarazo

En estas materias, los textos reconocen a la voluntad del menor una prioridad absoluta respecto a los titulares de la patria potestad, consagrando la *autonomía jurídica plena* de los menores en relación a su vida sexual: una Ley n° 2000-1209 de 13 de diciembre de 2000, relativa la contracepción de urgencia⁹⁴, establece explícitamente que “el consentimiento de los titulares de la patria potestad o, en su caso, del representante legal, no es necesario para la prescripción, la expedición o la administración de contraceptivos a las personas menores de edad”⁹⁵.

Y por último, siguiendo el mismo espíritu, la Ley n° 2001-588, de 4 de julio de 2001 relativa a la interrupción voluntaria del embarazo y a la contracepción⁹⁶, en virtud de la cual las niñas menores de edad ya no necesitan solicitar el consentimiento de sus padres o del representante legal para conseguir medios contraceptivos o realizar un aborto⁹⁷. Según dicha ley, si una menor embarazada *desea guardar el secreto sobre su estado*, puede decidir que sus padres no deben ser avisados⁹⁸ y solicitar ella misma, por su propia voluntad, una interrupción de su embarazo. El respeto del secreto médico se impone de este modo, incluso con respecto a los propios titulares de la patria potestad.

3.3. La aportación de la nueva Ley n° 2002-303 de 4 de marzo de 2002

La Ley de 4 de marzo de 2002, en su Título II, “Democracia sanitaria”, integrado en los primeros artículos del Código de la Sanidad Pública (en adelante, CSP) francés, lo que denota ya su gran relevancia⁹⁹, afirma los derechos de los enfermos y se ocupa de la persona del menor, con la finalidad de permitir una participación más activa del mismo en las decisiones relativas a su salud. En los siguientes apartados veremos, a propósito del sujeto menor de edad, dos derechos “clásicos” de la persona en el ámbito sanitario: la información y el consentimiento al tratamiento médico, pilares fundamentales también en esta nueva relación más equilibrada entre médico-paciente. Además, la Ley va más allá y autoriza incluso al menor a oponerse “de forma expresa a la consulta del titular o titulares de la patria potestad con el fin de *guardar el secreto sobre su estado de salud*”¹⁰⁰.

Esta ley eleva a rango legislativo las disposiciones reglamentarias contenidas en el Código de deontología médica¹⁰¹ respecto al consentimiento del menor, su información y su

⁹³ Nuevo art. L.1122-2 CSP, en su redacción dada por la nueva Ley n° 2004-806 de 9 de agosto de 2004 (JO n° 185 de 11 de agosto de 2004, p. 14277), relativa a la política de sanidad pública. Cf. esta materia antes de esta última reforma operada, AUBERT-FOURMY, C., “Information, consentement et refus de l'enfant dans la recherche biomédicale”, *Journal International de bioéthique*, 1999, vol. 10, n° 1-2, pp. 125-134

⁹⁴ JO de 14 de diciembre de 2000, p. 19830, ley modificada y ampliada por la Ley n° 2001-588, de 4 de julio de 2001 (JO de 7 de julio de 2001, p. 10823) y la Ley n° 2004-806 de 9 de agosto de 2004 (JO n° 185 de 11 de agosto de 2004, p. 14277).

⁹⁵ Nuevo art. L.5134-1 CSP.

⁹⁶ JO de 7 julio de 2001, p. 10823.

⁹⁷ Art. L. 2212-4 y art. L. 2212-7 CSP.

⁹⁸ En relación a la situación jurídica existente con anterioridad a esta nueva ley que autoriza a las menores a abortar sin el consentimiento de sus padres, ver ESCHYLLE, J.-F., “Le juge de l'assistance éducative et l'interruption volontaire de grossesse des mineures célibataires”, *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n° 33, vol. 3, julio-sept. 1997, pp. 639-660.

⁹⁹ El CSP, en su Título Primero “Derechos de las personas enfermas y de los usuarios del sistema sanitario” del Libro Primero “Protección de las personas en materia de sanidad”, que consta de un nuevo Capítulo Preliminar, creado por la ley n° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, “Derechos de la persona”, arts. L 1110-1 a L. 1110-11, regula en el Capítulo Primero los derechos a “la información de los usuarios del sistema sanitario y la expresión de su voluntad”, arts. L. 1111-1 a L. 1111-9.

¹⁰⁰ Nuevo art. L.1111-5 CSP.

¹⁰¹ Decreto n° 95-1000, de 6 de septiembre de 1995, que crea el Código de deontología médica (JO de 8 de septiembre de 1995, p. 13305).

salvaguarda¹⁰². La doctrina reconoce así el mérito de la ley “haber incluido y organizado los derechos de los enfermos en un texto escrito de semejante valor (legislativo), envergadura (126 artículos en total) y solemnidad”¹⁰³.

Un aspecto de la Ley de 4 de marzo de 2002 a tener en cuenta, es que no fija una edad a partir de la cual los menores pueden ejercer por sí mismos los derechos que le son reconocidos en dicho texto, en consideración de las diversas situaciones de madurez que existen entre los menores de una misma edad, pero sí reconoce al menor determinados derechos de gran importancia que le permitirán expresar su voluntad.

En el ámbito sanitario, el legislador francés mantiene por tanto el criterio subjetivo del “discernimiento” del menor, en función de su edad, de su grado de madurez, en definitiva, de su facultad de comprensión. Para GUILLOD, esta solución, centrada en la capacidad de discernimiento del menor, que debe ser evaluada en cada caso, le parece mucho más acertada frente a cualquier criterio objetivo, fijo como es la edad¹⁰⁴, aunque en la práctica, la mayoría de autores siempre han intentado determinar una edad a partir de la cual dicha capacidad del menor debe ser admitida, bien con carácter general, bien con respecto a determinados tipos de decisiones.

3.3.1. El derecho del menor a la información

El art. L.1111-2 CSP, siguiendo esta nueva filosofía a la que nos venimos refiriendo a lo largo de estas líneas, tendente a reforzar el ejercicio de sus derechos directamente por parte del propio menor así como el debido respeto a su persona, establece que: “Toda persona tiene el derecho de ser informada sobre su estado de salud (.....).

Los derechos de los menores o de los mayores sometidos a tutela mencionados en el presente artículo se ejercerán, según el caso, por los titulares de la patria potestad o por el tutor. Éstos recibirán la información prevista en el presente artículo, *bajo reserva de las disposiciones del artículo L. 1111-5. Los interesados tendrán el derecho a recibir ellos mismos una información y a participar en la toma de las decisiones que les afecten, de manera adaptada a su grado de madurez, tratándose de menores, o a sus facultades de discernimiento tratándose de mayores sometidos a tutela*”¹⁰⁵.

Esta disposición, por una parte, viene a confirmar la obligación de información a la que el médico está sometido ya reconocida en otros textos¹⁰⁶ y en la jurisprudencia dictada en la materia¹⁰⁷. Pero, por otra parte, tiene a su vez el mérito de extender a las personas menores de edad estos derechos a la información médica y a decidir (consentir o no) sobre las cuestiones que afectan a su propia salud¹⁰⁸, y ello en función de su grado de madurez.

De esta nueva disposición legislativa, vamos a destacar aquí únicamente las precisiones relativas a la figura del menor de edad que consideramos más relevantes.

En virtud de este artículo, la información relativa a la salud no deber ser únicamente comunicada a los titulares de la patria potestad, en principio, los padres del menor, sino que también el propio menor tiene el *derecho a ser directamente informado*, cualquiera que sea su edad,

¹⁰² Con respecto a la relación entre la ley y la deontología en el ámbito de la sanidad, cf. MORET-BAILLY, J., “Les rapports entre la loi et les déontologies des professions de santé après le 4 mars 2002”, *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n° 39, vol. 4, oct.-dic. 2003, pp. 581-589, en relación principalmente a la información del paciente.

¹⁰³ MOQUET-ANGER, M.-L., “Le droit des personnes hospitalisées”, *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n° 4, oct.-dic. 2002, n° especial, pp. 657-672, en particular p. 658.

¹⁰⁴ GUILLOD, O., *Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme?*, Tesis precit., p. 229.

¹⁰⁵ Art. L. 1111-2 párrafo 5.

¹⁰⁶ Así por ejemplo, el art. 35 del Código de deontología médica, el apartado III de la Carta del paciente hospitalizado, establecida mediante la Circular DGS/DH n° 95-22 de 6 de mayo de 1995 (BO Sanidad n° 95/21, 25 julio de 1995, pp. 11-23), el art.1 de la Carta Europea de derechos del niño hospitalizado adoptada en 1986 (DOCE n° C 148/37 y 148/38 de 16 de junio de 1986).

¹⁰⁷ Cf. HARICHAUX, M., “Les droits à information et consentement de l’«usager du système de santé» après la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002”, *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n° 4, oct.-dic. 2002, n° especial, pp. 673-685, en particular pp. 674-677 sobre la evolución jurisprudencial en esta materia.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 677.

según su “grado de madurez”: no es lo mismo el caso de un menor de siete-ocho años, que el caso de un menor de 17 años, y en consecuencia la información deberá adaptarse a cada caso concreto en función de las circunstancias que concurran en el menor; ésto deja sin duda un margen de apreciación al médico, esto es, es él quién deberá apreciar si el menor es apto o no para recibir las informaciones relativas a su estado de salud y si por tanto la obtención de su consentimiento debe ser necesaria.

Llegados a este punto, la doctrina señala la tendencia existente en la actualidad en el ámbito sanitario a “informar realmente a los jóvenes”¹⁰⁹. El médico informa pues al menor y le hace participar en la toma de decisiones. Podemos deducir así que el menor que es capaz de *entender* y de *querer*, tiene el derecho a una información y debe consentir al tratamiento¹¹⁰.

3.3.2. El derecho de acceso directo a la historia clínica. La oposición del menor

Complementario del derecho a la información, el nuevo artículo L. 1111-7 CSP reconoce a partir de ahora el derecho de *acceso directo* de las personas a su historia clínica, “pieza esencial dentro del ámbito de aplicación de la responsabilidad médica”¹¹¹, disposición que ha sido objeto de largos debates en su tramitación parlamentaria. Hasta ahora, este acceso al historial médico era posible únicamente a través de la mediación obligatoria de un médico. De ahora en adelante, el acceso es directo, sin intermediarios.

El procedimiento ha sido establecido mediante Decreto n° 2002-637 de 29 de abril de 2002¹¹². Respecto a la naturaleza de los documentos que pueden ser objeto de comunicación a los pacientes, el artículo hace referencia al conjunto de informaciones relativas a su salud en manos de los profesionales y establecimientos sanitarios.

En cuanto a las personas que pueden solicitar este acceso, son varias. Centrándonos en el menor de edad, tema que nos ocupa, la ley no le reconoce el derecho a consultar él mismo su historial médico, siendo este derecho ejercido por los titulares de la patria potestad. Este aspecto ha sido objeto de críticas por parte de determinados sectores doctrinales¹¹³, quienes lamentan que no se haya reconocido este derecho de acceso directo a un menor con suficiente capacidad de juicio¹¹⁴. Así pues, de manera general, la comunicación de la historia clínica será solicitada en principio por los titulares de la patria potestad¹¹⁵.

Sin embargo, la Ley prevé asimismo que el menor *podrá oponerse* a que sus padres consulten su historial, con el fin de *guardar el secreto sobre su estado de salud*¹¹⁶. Esta importante

¹⁰⁹ NATHANSON, M., *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁰ En este sentido se pronunció ya el Tribunal de Apelación de Nancy en su sentencia de 3 de diciembre de 1982, quien acepta la elección de un tratamiento alternativo de una joven de 14 años enferma de leucemia, abandonando uno anterior mucho más riguroso y con efectos secundarios no deseados por ella, en *La Semaine Juridique*, 1983, II 20081. Ver también RAYMOND, G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 4ª edic., Paris, Litec, 2003, cit., pp. 374-375. Contra, DEISS, A., “Le juge des enfants et la santé des mineurs”, *La Semaine Juridique*, 1983, I 3125, para quien debería primar la eficacia del tratamiento sobre la decisión expresada por la adolescente.

¹¹¹ AAVV, “L'apport de la loi n° 2002-303 u 4 mars 2002 en matière d'accès au dossier médical”, en *La loi du 4 mars 2002: Continuité ou nouveauté en droit médical?*, precit., pp. 135 y ss., en especial pp. 147-150 en relación al acceso del menor a la historia clínica.

¹¹² Decreto n° 2002-637 de 29 de abril de 2002 (*JO* n° 101, de 30 de abril 2002, p. 7790), relativo al acceso a las informaciones de carácter personal en posesión de los profesionales y los establecimientos sanitarios en aplicación de los artículos L. 1111-7 y L. 1112-1 del CSP.

¹¹³ LUCAS-BALOUP, I., “L'accès au dossier: le point de vue de l'avocat”, en *Nouveaux droits des patients. Journées d'éthique médicale Maurice Rapin (bajo la direc. de LEMAIRE, F., OUTIN, H. y RAMEIX, S.)*, Médecine-Sciences, Flammarion, 2002, en especial pp. 17-24.

¹¹⁴ AAVV, “L'apport de la loi (...)”, cit., pp.149-150, ponen así de relieve las posibles contradicciones sobre este tema: la persona menor puede solicitar interrupción de embarazo sin necesidad del consentimiento parental, tener acceso a medios de contracepción, y sin embargo no puede tener acceso directo a su historial médico....

¹¹⁵ Si dicha demanda de acceso ha de ser solicitada por uno o por ambos padres, la ley guarda silencio sobre este aspecto.

¹¹⁶ Art. L. 1111-7 párrafo 5, que reenvía al art. L. 1111-5 CSP y en el mismo sentido art. 6 del Decreto n° 2002-637 de 29 de abril de 2002. Según esta última disposición, el médico hará constar asimismo por escrito dicha oposición.

disposición garantiza por tanto el secreto así expresado por el menor, que puede desear el *respeto de una esfera de intimidad, de una cierta autonomía*, incluso con respecto a los titulares de la patria potestad¹¹⁷. El médico debe en un primer momento intentar la obtención del consentimiento del menor que se opone a esta consulta, pero si la oposición persiste, la demanda de acceso no podrá ser satisfecha¹¹⁸.

Por otro lado, también se reconoce al menor la posibilidad de permitir a sus padres acceder a su historial médico, pero a condición de que dicho acceso tenga lugar a través de “la mediación de un médico”. Otra cuestión que se nos plantea: ¿quién designa a este médico? ¿El menor o sus padres? La Ley guarda silencio al respecto; la doctrina se encuentra dividida: para unos, en virtud del art. 6 del Decreto, esta elección corresponde a los titulares de la patria potestad¹¹⁹; para otros, sin embargo, es el menor quien designa el médico¹²⁰.

3.3.3. El derecho a decidir sobre su propia salud. El consentimiento del paciente menor de edad

Según DEMICHEL, la exigencia del consentimiento de la persona sobre las cuestiones que afectan a su propia salud es “el principio normativo más antiguo en la materia”¹²¹. Así, numerosos textos recogen el principio del consentimiento libre e informado: El Código de deontología médica¹²², el Código civil¹²³, la Carta del paciente hospitalizado¹²⁴, derecho hoy en día consagrado en el nuevo art.L.1111-4 CSP¹²⁵. Esta disposición acentúa igualmente la autonomía de decisión del menor en materia de consentimiento a los cuidados médicos que desea recibir, incluso a veces en detrimento de la patria potestad.

Si se trata, tal y como hemos expresado, de disponer de su propio cuerpo, en otras palabras, de la integridad corporal y de su intimidad, el interesado es sin duda la persona más indicada para tomar, en total libertad y según sus propias creencias, las decisiones al respecto, cuando posee las facultades intelectuales y volitivas para entender y querer el acto en cuestión y sus implicaciones. Saber si un menor es capaz de otorgar el consentimiento necesario a un

¹¹⁷ PENNEAU, M., “Le droit au secret des informations dans la loi du 4 mars 2002”, en *La loi du 4 mars 2002: continuité ou nouveauté en droit médical?*, precit., pp. 125-133, en especial pp. 127-128.

¹¹⁸ AAVV, “L’apport de la loi (...) en matière d’accès au dossier médical”, cit., p. 148.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 148. También GÉNOT-POK, I., “Minorité, hospitalisation et soins”, cit., p. 19; ESPER, C., “Mineurs hospitalisés et loi du 4 mars 2002”, cit., p. 9; DUPONT, M., ESPER, C. y PAIRE, C., *Droit Hospitalier*, 2003, cit., p. 514.

¹²⁰ FAURÉ, G., *op. cit.*, en especial pp. 106 y 108.

¹²¹ DEMICHEL, A., *Médecine et droit: bilan provisoire d’une cohabitation problématique. Études offertes à J.-M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 620.

¹²² Art. 36 y en concreto el art. 42 en relación al menor.

¹²³ Art. 16-3, introducido en el Código mediante Ley n° 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano y modificado en 1999 por la Ley n° 99-641, de 27 de julio de 1999 (JO de 28 de julio, p. 11248). Cf. THOUVENIN, D., “Les avatars de l’article 16-3, alinéa 1 du Code civil”, *Dalloz*, 2000, n° 32, *chron.* pp. 485-490; GARAY, A., “Volontés et libertés dans la relation médecin-malade: la mise à l’épreuve des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la Santé Publique”, *Revue Générale de droit médical*, n° 10, 2003, pp. 143-165. MARTIN, R., “Personne, corps et volonté”, *Dalloz*, 2000, n° 33, *chron.* pp. 505-508.

¹²⁴ Parte IV y Parte V respecto al consentimiento específico para determinados actos (investigación médica, transplante de órganos)

¹²⁵ Respecto a las primeras aplicaciones de esta disposición, v. Decisión de 16 de agosto de 2002 del Consejo de Estado, *Mme Valérie F. et Mme Isabelle F. c/ CHU de Saint-Etienne*, en la cual después de reconocer al derecho del paciente a otorgar su consentimiento el carácter de libertad fundamental, admite sin embargo su derogación en determinadas condiciones (la vida del paciente corre peligro). De este modo, la alta jurisdicción administrativa mantiene por tanto su misma postura expresada ya con anterioridad a la aprobación de esta ley en una sentencia *Senanayaké* de 26 de octubre de 2001 a propósito de la transfusión sanguínea a un paciente Testigo de Jehová; cabe subrayar sin embargo el hecho de que el Consejo de Estado no confiere al médico un poder general de ignorar el rechazo del paciente al tratamiento, la obligación de salvar la vida no debe así prevalecer de forma general sobre la obligación de respetar la voluntad del paciente. Cf. HARICHAUX, *op. cit.*, pp. 684-685 y bibliografía citada; MATHIEU, B., “De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie. Réflexions sur la jurisprudence administrative relative à la transfusion des Temoins de Jéhovah”, *Revue Générale de droit médical*, n° 9, 2003, pp. 97-104.

tratamiento médico dependerá pues de su grado de madurez y de su comprensión¹²⁶.

Por otra parte, en caso de posibles conflictos con las personas titulares de la patria potestad (los padres del menor en la mayoría de los casos), la ley prevé varias disposiciones derogatorias¹²⁷ que autorizan al médico a ofrecer los cuidados indispensables para salvaguardar la salud del menor y su libertad.

El art.L.1111-4 del CSP dispone lo siguiente: “Toda persona *tomará* (...), las decisiones relativas a su salud (...).” Asimismo, en su tercer párrafo insiste en que “ningún acto médico ni ningún tratamiento podrá ser llevado a cabo sin el consentimiento libre e informado de la persona y este consentimiento podrá ser retirado en cualquier momento”. La decisión médica es, de ahora en adelante, compartida. El paciente, convertido así en “verdadero protagonista” en las cuestiones que afectan a su salud, tomará conjuntamente con el médico, la decisión que *él* considere necesaria.

La ley subraya a la vez la preeminencia del rechazo¹²⁸ expresado por el paciente a recibir un determinado tratamiento, lo que ha llevado a un sector doctrinal a manifestar que “la jurisprudencia que sanciona a un médico por haber respetado la voluntad del paciente, o aquella que legitima una transfusión sanguínea efectuada contra la voluntad así expresada por un testigo de Jehová (CE, en su decisión de 26 oct. 2001), *ya no debería tener lugar*”¹²⁹, argumento con el que nos mostramos en total acuerdo. Por otro lado, si bien es cierto que el médico deberá en un principio intentar convencer al paciente para que acepte el tratamiento que se le propone, no estaría sin embargo obligado a conseguir el acuerdo del mismo¹³⁰, respetando así la voluntad del paciente y su libertad de decisión.

La misma disposición, centrándonos ya en la figura del menor de edad, continua señalando expresamente que “el consentimiento del menor (...) deberá ser *sistemáticamente solicitado* si está capacitado para *expresar su voluntad y participar en la toma de la decisión*”¹³¹.

Tal y como podemos observar, este artículo retoma el art. 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos del menor de 1989¹³² y también el art. 6.2 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (también conocido como Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997¹³³, que prevé que “(..)la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante *en función*

¹²⁶ Es precisamente en este sentido en el que se manifesaron los tribunales en Inglaterra, en el famoso asunto *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, junio de 1985, que supuso la consagración en el ámbito sanitario del derecho autónomo de los menores a decidir por sí mismos. Cf. ALVIN, P., “Il y a vingt ans au Royaume-Uni: la révolution du mineur <<*Gillick competent*>>, ou comment l'autonomie médicale du mineur a été reconnue”, en el *Dossier* “Les Droits du mineur, usager du système de santé: vers l'autonomie?”, *Actualités JuriSanté*, précit., pp. 22-23.

¹²⁷ La más importante, el art. L. 1111-5 CSP, al que nos referiremos a continuación.

¹²⁸ Art. L.1111-4 en su 2º párrafo.

¹²⁹ LAMBERT-FAIVRE, Y., “La loi n° 2002-303 (...). II. Les droits des malades, usagers du système de santé”, précit., p. 1296.

¹³⁰ Sentencia de la 1ª Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2001 (se establece la no obligación del médico de convencer al paciente del peligro del tratamiento médico que éste solicita), cuyo argumento sería aplicable también en este supuesto de rechazo a un tratamiento médico, según MATHIEU, B., “De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie (...)”, cit., en concreto p.98; en el mismo sentido, HARICHAUX, M., “Les droits à information et consentement de l'<<usager du système de santé>> après la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002”, cit., en concreto pp. 684-685.

¹³¹ Art. L.1111-4 párrafo 5º.

¹³² Cf. *Supra*, Introducción.

¹³³ ESPER, C., “Mineurs hospitalisés et loi du 4 mars 2002”, en “Les Droits du mineur usager du système de santé: vers l'autonomie?”, cit., *Actualités JuriSanté*, n° 42- Julio 2003, p. 5. Para un análisis detallado de esta última Convención, firmada pero no ratificada por Francia, cf. DUBOIS, L., “La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine”, *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n° 34, vol. 2, abril-junio 1998, p. 211-221, el autor hace un análisis comparativo de la misma con el derecho francés en vigor en aquel momento; SCICLUNA, H., “Droits des patients dans les textes du Conseil de l'Europe”, *Les Petites Affiches*, 21 mayo 1997, n° 61, n° especial sobre *La situation juridique des patients*, pp. 3-39, en particular pp. 31-32.

*de su edad y su grado de madurez*¹³⁴.

El criterio de “*capacidad de discernimiento*” retenido por el legislador, según la doctrina, consiste en “la facultad de actuar razonadamente” y comprende un “elemento intelectual”, es decir, la aptitud para apreciar de una manera sana y razonable una determinada situación, y un “elemento volitivo”, es decir, la facultad de elegir libremente, elección fundada en la propia apreciación de las cosas¹³⁵. Este criterio subjetivo, se deberá precisar en cada caso, es decir, en relación al tratamiento o intervención médica en cuestión, teniendo presente las circunstancias concretas que se dan en el mismo.

En fin, el médico deberá buscar siempre el consentimiento del menor con capacidad de juicio suficiente que le permita expresar su voluntad con total libertad y conocimiento de causa. Además, la búsqueda *sistemática* de su consentimiento deberá tener como corolario el respeto de su rechazo a seguir el tratamiento propuesto. Por otra parte, si *la persona titular de la patria potestad, o en su caso el tutor, rechaza un tratamiento*, lo cual implica “consecuencias graves para la salud del menor”, el médico entonces se encuentra habilitado para ofrecer “los cuidados indispensables”¹³⁶, en interés del menor. En otras palabras, si éste manifiesta su consentimiento, a lo que los padres se oponen, el médico podrá intervenir a pesar de dicha oposición parental. El menor adquiere así el derecho a ser asistido contra la opinión de sus padres. Antes de la adopción de la Ley de 4 de marzo de 2002, la solución consistía en poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal si la salud o la integridad corporal del menor estaba en peligro, con el fin de ordenar una “medida de asistencia educativa”¹³⁷. Cabe decir que la intervención del juez siempre sería difícil y delicada, sobre todo cuando la decisión de los padres tiene como fundamento sus propias convicciones religiosas¹³⁸. Otra cosa sería el rechazo expreso al tratamiento del menor. En teoría y según la ley, habría que respetar su voluntad.

3.3.4. El derecho del menor al secreto

El nuevo art. L.1111-5 CSP, texto fundamental, va todavía más lejos en relación a la autonomía médica del menor, otorgando a éste de forma expresa la posibilidad de solicitar el secreto de los cuidados que recibe respecto a los propios titulares de la patria potestad.

En efecto, esta disposición establece lo siguiente: “Mediante derogación del artículo 371-2¹³⁹ del código civil, el médico *puede* ser dispensado de obtener el consentimiento del titular o titulares de la patria potestad en relación a las decisiones médicas a tomar *cuando el tratamiento o la intervención se impone para salvaguardar la salud de una persona menor, en el caso de que esta última se oponga expresamente a la consulta del titular o titulares de la patria potestad a fin de guardar el secreto sobre su estado de salud*. Sin embargo, el médico deberá en un primer momento esforzarse para obtener el consentimiento del menor a esta consulta. En caso de que el menor mantenga su oposición, el

¹³⁴ Según FAURÉ, G., “Vers l'émergence d'une majorité médicale”, cit., p. 104, la nueva ley de 4 de marzo de 2002 va incluso más allá de las exigencias derivadas de este Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina, el cual se conforma con afirmar que “la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante (...)”.

¹³⁵ GUILLOD, O., Tesis precit., p. 209.

¹³⁶ Art. L.1111-4 párrafo 5 CSP, simplificando de esta manera el procedimiento anteriormente existente. Cf. PARIENTE, A., “Le refus des soins: réflexions sur un droit en construction”, *Revue de Droit Public*, n° 5, sept.-oct. 2003, pp. 1419-1447; PENNEAU, J., « Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical », *Dalloz*, 2002, n° 38, *chron.*, pp. 2877-2879.

¹³⁷ En virtud del Decreto n° 74-27, de 14 enero de 1974, relativo a las reglas de funcionamiento de los centros hospitalarios y clínicas locales (*JO* de 16 de enero de 1974, p.603), art. 28. Ver TOUZALIN, H. de, “Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort”, *La Semaine Juridique*, 1974, I 2672; DEISS, A., «Le juge des enfants et la santé des mineurs », *La Semaine Juridique*, 1983, I 3125. Sin embargo, cabe señalar que la vía de recurso al Ministerio Fiscal podrá ser también utilizada en la práctica, en el supuesto de una intervención quirúrgica, en virtud del nuevo art. R. 1112-35 CSP (Decreto n° 2003-462, de 21 de mayo de 2003, *JO* de 26-27 de mayo de 2003, p. 37011).

¹³⁸ TOUZALIN, H. de, “Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort”, cit. nota anterior.

¹³⁹ Actualmente es el art. 371-1 del Código civil.

médico *podrá* realizar el tratamiento o la intervención. En este caso, el menor se hará acompañar de una persona mayor elegida por él mismo.

Cuando una persona menor, cuyos lazos familiares se han roto, es beneficiaria a título personal del reembolso de las prestaciones del seguro por enfermedad y maternidad y de la cobertura complementaria establecida por la ley n. 99-641 de 27 de julio, creadora de un cobertura universal por enfermedad, se requerirá sólo su consentimiento”.

Se trata de una evolución considerable, de una novedad fundamental, que convierte al menor en el protagonista de pleno derecho, verdadero sujeto activo en la decisión de las cuestiones que afectan a su salud. En efecto, el menor goza de atribuciones especiales ya que podrá, sobre todo, decidir libremente *guardar el secreto*¹⁴⁰ *sobre su estado de salud, y este derecho se puede oponer incluso frente a los titulares de la patria potestad*. En otras palabras, el médico se verá obligado a garantizar el secreto médico respecto de los padres del menor; según precisa la doctrina, “se trata aquí, en efecto, de un derecho de la personalidad, de carácter absoluto, es decir, oponible a <<toda>> tercera persona”¹⁴¹, incluyendo a los propios padres del menor sin ningún tipo de restricción. La voluntad del menor constituye así un obstáculo al derecho “a saber” de los padres, cuando no “a participar” en la toma de la decisión, y la intervención del médico dependerá de la única y exclusiva apreciación del menor.

Sin embargo, sí se establecen determinadas condiciones para que la demanda del menor sea respetada por el médico:

- Su oposición a cualquier revelación de información a sus padres deberá ser expresa.
- El tratamiento o la intervención será necesaria para salvaguardar la salud del menor.
- El médico deberá intentar obtener el consentimiento del menor para informar a sus padres.
- El menor, se hará acompañar de una persona adulta elegida por él, que reemplace a sus padres, mantenidos de esta forma en la ignorancia.

Como consecuencia lógica de este principio de secreto, siguiendo el mismo espíritu y además sin las condiciones antes expuestas, el menor puede oponerse a que los titulares de la patria potestad consulten su historial clínico¹⁴². La Ley tiende de esta forma a reforzar la protección del derecho al secreto de los menores de edad. El papel de médico consistirá entonces en comunicar a dichos padres el rechazo del menor y a hacérselo respetar.

En definitiva, será el consentimiento del menor el que prevalezca. El médico, es cierto, deberá intentar persuadir al menor para poder consultar a sus padres. Pero si el menor insiste, el médico podrá llevar a cabo el tratamiento necesario para la salud de su paciente sin la autorización de estos últimos.

Por último, el art. L. 1111-5 *in fine* regula el supuesto en virtud del cual, en situaciones delicadas de ruptura familiar, sólo se requiere el consentimiento del menor para toda intervención médica, sin ningún tipo de atenuación.

Sin duda alguna, se trata de una disposición que ha suscitado numerosos debates en el seno de la doctrina. Si bien podemos entender que el legislador haya pretendido evitar que el menor rechace recibir cualquier tratamiento ante el hecho de tener que comunicárselo a sus padres (miedo ante una reacción violenta por su parte, incompreensión...), muchos autores expresan sin embargo sus inquietudes y dudas esencialmente ante el carácter ambigüo, vago e indeterminado de este artículo¹⁴³; además, consideramos que su cumplimiento y aplicación

¹⁴⁰ Este derecho al secreto existía ya en la legislación sanitaria, como hemos podido comprobar, pero referido a situaciones jurídicas precisas: interrupción voluntaria del embarazo y de contracepción. La Ley *Kouchner* de 4 de marzo de 2002 ha otorgado ahora alcance general a este derecho de los menores a obtener “cuidados confidenciales”, sin referencia a la edad cronológica.

¹⁴¹ GUILLOD, O., *op. cit.*, p. 247.

¹⁴² Art. L.1111-7 párrafo 5 CSP, cf. *Supra*, apartado 3.3.2.

¹⁴³ En este sentido, MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H., *Droit civil, la famille*, 2004, cit., en concreto p. 515; PENNEAU, M., “Le droit au secret des informations dans la loi du 4 mars 2002”, cit., en especial p. 128; ESPER, C., “Mineurs hospitalisés (...)”, cit., en concreto pp. 6-8; FAURÉ, G., “Vers l’émergence d’une majorité sanitaire?”, cit., pp. 108-109; AAVV, “L’apport de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 en matière d’accès au dossier médical”, cit.,

efectivos por el médico no será siempre fácil, dando lugar muchas veces a situaciones jurídicas confusas y delicadas.

Ciertamente, si la ley contribuye, a través de esta disposición, al establecimiento de una relación de confianza indispensable para el menor que, viendo así respetada su voluntad, acudirá más fácilmente a recibir la asistencia médica necesaria¹⁴⁴; asimismo, la doctrina señala “las virtudes educativas y preventivas” de esta medida legislativa, dado que la misma contribuirá a que el menor tome mayor conciencia en cuanto a su responsabilidad, como persona autónoma, en las cuestiones relativas a su salud¹⁴⁵, sin embargo no deja de inquietar el hecho de que, por ejemplo, no se hace referencia a una edad mínima del menor; tampoco sobre el tipo de enfermedad, su gravedad, la atención médica necesaria o el tratamiento en cuestión¹⁴⁶; por otra parte, nada se dice sobre la identidad, la motivación de la “persona adulta” elegida por el menor para acompañarle, siendo así el alcance concreto de este acompañamiento realmente incierto.

Surgen de esta forma varias cuestiones, cuya respuesta no estará exenta de dificultades en la práctica: en caso de una tentativa de suicidio, ¿podrá el menor oponerse a que sus padres sean informados?; en caso de tratamiento de una enfermedad grave que requiera de atenciones constantes, ¿qué hacer si es necesario un ingreso prolongado de varios días del menor que vive con sus padres? ¿Será realmente posible mantener el secreto, ante la evidente inquietud de los mismos?; el secreto parece también imposible cuando el centro escolar al que acude el menor, ante el absentismo de éste por seguir determinado tratamiento, ser sometido a diversos exámenes, avisa a los padres de esta situación. ¿Qué hacer en caso de una complicación sobrevenida cuando la atención sanitaria ha sido otorgada “en secreto”?; y en caso de muerte del menor, ¿cómo se puede prevenir a los padres de una intervención que ha tenido lugar sin que ellos hayan sido ni siquiera informados? Será sin duda alguna difícil para el médico hacerles comprender que la asistencia sanitaria le ha sido dispensada al hijo menor sin su consentimiento.....; ¿cómo podrá probar el médico, en caso de conflicto con los padres, que el tratamiento era necesario, y que su hijo menor se opuso expresamente a que sus padres fueran consultados, a pesar de intentar obtener su consentimiento para dicha consulta?¹⁴⁷. Podría también surgir un conflicto entre los padres y la persona mayor que acompañó al menor, dado que, como hemos visto, no se ha establecido ninguna garantía, ningún mecanismo de control sobre la misma (sus motivos...etc); otra cuestión práctica, ¿qué sucede con los gastos que han generado los cuidados médicos otorgados al menor?.....

En fin, nos encontramos en realidad ante situaciones delicadas en las que, como ya hemos apuntado, la decisión del médico no siempre será fácil en la práctica. Insistimos en las condiciones que se han de cumplir, en el hecho de que el respeto de la voluntad del menor de no informar a sus padres no podrá realizarse sin el acuerdo del médico, que decidirá en función de lo

pp.148-149; especialmente crítico se muestra BROCA, A. de, “La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Questionnements éthiques autour des deux premiers titres de la loi”, en *La loi du 4 mars 2002: continuité ou nouveauté en droit médical?*(colectivo), cit., pp. 159-171, en concreto pp. 164-169; RAYMOND, G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, cit, p. 375; JOURDAIN, P., LAUDE, A., PENNEAU, J. y PORCHY-SIMON, S., *Le nouveau droit des malades*, cit., en concreto pp. 71-72; DUPONT, M., ESPER. C. y PAIRE, C., *Droit hospitalier*, cit., en especial pp. 513-514; NATHANSON, M., “La loi du 4 mars 2002: une avancée pour les mineurs?”, cit., en concreto p. 17.

¹⁴⁴ Se piensa así en situaciones excepcionales tales como las adolescentes que se encuentran embarazadas y desean abortar; tratamiento de enfermedades sexualmente transmisibles (menores enfermos de SIDA..).

¹⁴⁵ Así lo manifiesta por ejemplo GÉNOT-POK, I., *op. cit.*, en especial pp. 18-19.

¹⁴⁶ BROCA, A. de, *op. cit.*, pp.166-169, menciona la incertidumbre sobre estos aspectos: “Si *el tratamiento* se impone para salvaguardar *la salud* de un menor”, ¿qué tratamiento? ¿por qué? ¿para qué? ¿qué incidencia tiene sobre la vida o la muerte del menor? ¿qué significa salvaguardar la salud del menor?...etc. La Ley, dice, lejos de aclarar la situación, la hace aún más complicada. Incluso el autor habla de “desestructuración de la familia como núcleo fundamental de la sociedad”, pues la ley priva a los padres de su función de “protección” del hijo, y no contribuye precisamente a dar una solución a las posibles dificultades existentes en la relación padres-hijos. En el mismo sentido, MATHIEU, B., “Les droits des personnes malades”, en *Petites Affiches*, cit., para quien esta disposición conduce a “vaciar de contenido el principio mismo de la patria potestad”, en concreto p. 17.

¹⁴⁷ Es decir, que se cumplen las condiciones expresamente exigidas por la ley para así poder otorgar la asistencia sanitaria requerida.

que considere más oportuno para el menor; el margen de apreciación de que dispone es en este punto importante, siendo en determinadas ocasiones difícil conjugar los derechos del niño con el ejercicio de la patria potestad por parte de los padres.

4. SÍNTESIS CONCLUSIVA

El derecho de familia y el derecho sanitario han sufrido una evolución constante que ha sido reflejada de manera simultánea en dos recientes leyes de 4 de marzo de 2002. Estas nuevas disposiciones legislativas ponen de relieve el respeto de la persona del menor de edad y su autonomía en las decisiones que le afectan, de modo especial en materia de acceso a *una atención médica "confidencial"*. Podemos observar también que se trata de reconocer derechos al menor (entre ellos el derecho fundamental a la libertad de conciencia), su capacidad de decisión, sin que por ello se vean afectadas las prerrogativas de los padres derivadas de la patria potestad, pero teniendo sin embargo presente la situación social actual. El menor es un sujeto de derecho, una persona dotada de libertad.

El origen de este cambio de perspectiva lo encontramos en los textos internacionales (sobre todo la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño adoptada en 1989). A partir de este momento, se habla de los "*derechos del niño*", derechos que le son reconocidos por la sociedad. Este importante cambio, la evolución progresiva de la autonomía del menor (multiplicación de sus esferas de acción y decisión) respondería a la promoción de la filosofía de los Derechos Humanos¹⁴⁸ como fundamento de toda norma jurídica en el derecho moderno.

En primer lugar, la Ley n° 2002-305 de 4 de marzo de 2002 modificadora del Código civil francés nos ofrece una nueva definición de la patria potestad, la cual consiste no solamente en proteger al menor, sino que tiende sobre todo también "a asegurar su educación y *permitir su desarrollo en el debido respeto a su persona*" (nuevo art. 371-1 del Código civil), lo cual refleja la **evolución**, el cambio que ha experimentado el concepto de patria potestad en la sociedad francesa, que reconoce a partir de ahora una mayor importancia a la voluntad del menor. Y el último párrafo de esta disposición, "*los padres asociarán a sus hijos a las decisiones que les afectan*, según su edad y su grado de madurez", se inscribe perfectamente en dicha evolución. Ello ha llevado sin duda a una modulación en el ejercicio de los derechos y deberes de los padres sobre sus hijos, tal es el caso en relación al derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión reconocido expresamente al menor por el legislador (art. 14 de la Convención de los Derechos del Niño).

En segundo lugar, en el ámbito del Derecho sanitario, varios textos jurídicos ya habían manifestado la necesidad de obtener previamente a la práctica de determinados actos médicos el consentimiento del menor (o su rechazo): investigación médica (nuevo art. L.1122-2 CSP), extracción de órganos (nuevo art. L.1241-3 CSP), contracepción (nuevo art. L.5134-1 CSP) e interrupción voluntaria del embarazo de menores (nuevo art. L.2212-7 CSP).

Por su parte, la ley n° 2002-303 du 4 mars 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario, reforzando para el menor la exigencia de información y del libre consentimiento a los tratamientos médicos, se inscribe también en la misma línea de progresión. Esta ley tiene el mérito de afirmar en varias de sus disposiciones los derechos de la persona menor de edad. En efecto, garantiza que la voluntad del menor sea tenida en cuenta de una manera más efectiva, estableciendo de forma general la necesidad de su participación en la decisión médica (arts. L.1111-2, párrafo 5 y art. L.1111-4, párrafo 5 CSP). Y sobre todo reconoce, entre sus innovaciones fundamentales, el derecho autónomo del menor de consentir sólo al tratamiento sanitario y a guardar el secreto respecto a sus padres, sin ningún límite relativo a su edad o a la naturaleza del acto (art. L.1111-5 CSP), lo que sin duda, tal y como hemos puesto de relieve, no deja de suscitar cierta inquietud. El menor se convierte, en consecuencia, en un "*acteur à part entière de sa santé*".

En fin, teniendo en cuenta estas disposiciones diversas, pero todas ellas coherentes,

¹⁴⁸ DEKEUWER-DÉFOSSEZ. F., Les droits de l'enfant, cit, pp. 4-7.

podemos concluir que la *legislación sanitaria* y la *legislación de derechos de las personas* en Francia se hacen eco del movimiento legislativo internacional¹⁴⁹ respecto a la necesidad de tener en cuenta la voluntad del menor y el respeto debido a su persona, textos que han sido todos ellos adoptados a favor de los menores.

¹⁴⁹ Convención internacional sobre los Derechos del niño de 1989 (anterior Declaración de 1959), la Carta Europea de los Derechos del niño hospitalizado de 1986, Convenio sobre el ejercicio de los derechos del niño de 1996, el Convenio del Consejo Europeo sobre los derechos del hombre y la Biomedicina de 1997...etc.