

La configuración de la institución como Unidad Polivalente me parece la estructuralmente más adaptada al objetivo de control y dominación del trabajo clandestino de la paradoja.

2) *la evaluación de las prácticas*, como instrumento de detección del funcionamiento paradójico y de control de sus efectos. Introducir en el seno de la institución educativa un principio de evaluación científica y sistemática de la práctica representa un arma eficaz para evitar que el campo de intervención sea ante todo un lugar en el que, de forma ciega, trabaje la paradoja.

Bayona, 15 de febrero de 1986.

“LA EVOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD DEL MENOR”

Marie-Noëlle DE BECHILLON

*Investigadora en el Centro de
Ciencias Criminales. Universidad de Pau.*

Palabras clave: Responsabilidad, menor, discernimiento, imputación.

Hitz garrantzitsuenak: Erantzunkizuna, agingabekoa, bereizpena, egozketa.

Paroles clés: Responsabilité, mineur, discernement, imputation.

Key words: Responsibility, minor, discernment, imputation.

Resumen: La responsabilidad civil y penal del menor, particularmente del niño muy pequeño, ha evolucionado en los últimos tiempos, este cambio es imputable más a los magistrados que al legislador.

Laburpena: Adingabekoaren erantzunkizun zibil eta penala, haurrarena batik bat, aldatu egin da azken urteotan, magistratuen lana izan delarik.

Résumé: La responsabilité civile et pénale du mineur, particulièrement de l'enfant très petit, a évolué ces derniers temps. Changement imputable plus aux magistrats qu'au législateur.

Summary: The minor civil and penal responsibility, and of the very young child in particular, has evolved in the last years, being this change more imputable to the magistrates than to the legislators.

Es indiscutible que la responsabilidad penal y civil del menor ha evolucionado considerablemente en estos últimos tiempos. Esta evolución se hace sentir al nivel de las condiciones de la aplicación y particularmente en lo concerniente al niño muy pequeño que ayer todavía era muy raramente declarado responsable.

El cambio operado es más obra de los magistrados que del legislador. Los textos no han sido modificados recientemente.

1) Derecho penal: el texto aplicable es el Reglamento del 2.02.1945 completado en varias ocasiones. Con el fin de comprender mejor el contenido de este texto, conviene descubrir primero brevemente las reglas que rigen la responsabilidad del menor contenidas en los textos anteriores.

Así: * El código penal de 1810 subordina la responsabilidad del menor a la famosa cuestión del "discernimiento". Es decir que para que un menor sea declarado responsable, no es suficiente con que haya cometido un acto ilegal, sino que además tiene que haber comprendido el alcance de su acto, que haya podido discernir las consecuencias de sus actuaciones.

Asimismo si el menor había actuado sin discernimiento tenía que ser absuelto.

* Una ley del 22 de julio de 1912 suprimió la cuestión del discernimiento para los menores de menos de 13 años que se convirtieron penalmente en irresponsables.

* A priori, parece que el Reglamento del 2.02.1945 que mantiene la mayoría penal en los 18 años cumplidos el día de la infracción, haya renunciado totalmente a la cuestión del discernimiento. En efecto este texto somete por regla general a todos los menores a "medidas de protección, de asistencia, de vigilancia y de educación desprovistas de carácter represivo" (art. 2—1º) lo que implica la proclamación del principio de irresponsabilidad penal del menor. Es conveniente todavía matizar el contenido de este principio: el reglamento hace efectivamente una diferencia entre el menor de menos de 13 años y el menor de 13 a 18 años.

— Tratándose de los primeros: la presunción es absoluta, irrefutable. No pueden ser nunca condenados a una pena. Pero en su defecto son susceptibles de medidas educativas o protectoras apropiadas a su caso particular.

— Tratándose de los segundos: en principio ellos también son justiciables de simples medidas de protección de asistencia, de vigilancia o de educación.

"Pero el reglamento prevee que podrán sin embargo ser objeto de una condena a una pena si las circunstancias y la personalidad del menor parezcan exigirla".

En todo caso, no parece hacerse nunca cuestión del discernimiento del menor.

En efecto, para decretar medidas de resocialización o de socialización de los menores (de menos de 13 años) se estimó al día siguiente de la promulgación del

reglamento, que bastaba constatar la culpabilidad material sin que fuera necesario referirse al discernimiento.

Por otra parte, para los menores de 13 a 18 años no es en función de la capacidad de discernimiento del niño como conviene optar por el sistema represivo o el régimen reeducativo. Se busca más bien si la condena penal es oportuna. De tal manera que si parece inoportuno se pueda dejar de lado incluso si el menor ha actuado con discernimiento.

2) Derecho civil: los textos muy antiguos aplicables son válidos para el menor y para el mayor de edad. El menor puede ser reconocido responsable personalmente si ha cometido una falta (art. 1382—1383) del Código Civil o en tanto que guardián (Art. 1384 Iº) de una cosa o de un animal (Art. 1385), conviene precisar que los padres “en tanto que ejercen el derecho de cuidado son solidariamente responsables del daño causado por el hijo que habita con ellos” Art. 1384 al 4.

— Los textos son muy poco explícitos en cuanto a las condiciones de aplicación de la responsabilidad no se define la falta y tampoco las condiciones de la guarda. Han sido definidos por la jurisprudencia.

Parecía no obstante admitirlo al principio, que en los dos casos de responsabilidad por falta o responsabilidad por las cosas o animales que se tienen bajo su custodia sería necesario que se pueda imputar el acto a su autor. Así pues un individuo incapaz de diferenciar el alcance de sus actos no podía ser declarado como responsable por falta o responsable en tanto que guardián. Con mayor razón un niño de muy corta edad incapaz de comprender el alcance de sus actos.

Pero estas soluciones han evolucionado desde la entrada en vigor de los textos. No es necesario recordar que esta evolución jurisprudencial ha sido posible gracias a la extrema libertad que los textos han dejado a los magistrados. Pero otros factores explican esta evolución.

No se podría negar, en efecto, que asistimos, desde hace varios años en Francia y esto se ha reforzado además recientemente a la voluntad de proteger y de indemnizar a las víctimas, sean los que sean, a veces en detrimento de los autores de los daños a los que ha hecho beneficiar durante mucho tiempo de una protección particular en consideración a su debilidad. (También por ejemplo: el demente fue durante mucho tiempo irresponsable civilmente).

La responsabilidad del menor tanto penal como civil ha pues evolucionado.

La evolución versa esencialmente sobre las condiciones de la aplicación de esta responsabilidad y más especialmente sobre el problema de la imputabilidad.

Las 5 sentencias dictadas el 9 de Mayo de 1984 por el Tribunal de Casación en Asamblea plenaria son fundamentales en la materia.

Se trataba de saber en los 5 casos si era posible admitir la responsabilidad de un niño autor de un daño o de tener en cuenta una falta cuando era víctima del daño sin averiguar si tenía la capacidad de discernir las consecuencias de sus actos.

Se desprende de las 5 decisiones que el Tribunal de Casación parece haber abandonado la idea de que la inconsciencia del niño o su falta de madurez constituía un obstáculo al reconocimiento de una falta o de un hecho generador de responsabilidad o disminuía su derecho a una reparación.

Sin embargo, la responsabilidad del menor privada del discernimiento está más claramente afirmada cuando aparece como autor del daño (I) que cuando aparece como víctima del daño (II).

I— La responsabilidad personal del menor autor del daño:

El estudio de 2 de las 5 sentencias dictadas el 9 de Mayo de 1984 permiten suponer que ha habido evolución (A). Aunque es necesario matizarla y no llegar a conclusiones demasiado apresuradas sobre el alcance de esas sentencias (B).

A) La evolución

En materia de responsabilidad personal del menor autor del daño, la evolución se manifiesta tanto en lo que concierne a la responsabilidad penal (1) como a la responsabilidad civil (2).

1— **La responsabilidad penal:** con el fin de apreciar mejor los términos del bosquejo de una nueva concepción (b), es conveniente en principio describir rápidamente las tendencias jurisprudenciales anteriores (c).

a) Las tendencias jurisprudenciales:

— La concepción derivada de la doctrina de la escuela de la nueva defensa social que se deduce del Reglamento del 2.02.1945 y según la cual la infracción de un menor se puede limitar al simple acto material realizado por el niño y penalmente calificada, fue adoptada por algunas jurisdicciones (Tribunal para niños de MEAUX 28 de Mayo de 1948 G.P. 1948 2.1977) "que afirmaba que la aplicación de una medida de protección de asistencia o de vigilancia está sometida sólo a la constatación de la comisión material de un hecho delictivo".

— La misma solución había sido adoptada por el Tribunal de niños de Estrasburgo que había afirmado que un menor de 6 años podía ser reconocido culpable de una infracción de lesiones voluntarias contra un joven compañero. El Tribunal de Apelación de COLMAR rechazó la idea de la responsabilidad del menor, pero mantuvo la medida de entrega a los padres. Aunque habiendo reintroducido la cuestión del discernimiento, la jurisdicción no llegó a la decisión de puesta en libertad. Consideró por el contrario que la ausencia de inteligencia o de voluntad suficiente impedía, sin duda, reconocer al menor responsable y que no impedía, habiendo

sido establecidos en su materialidad los hechos, el pronunciar una medida de asistencia o de educación. El Tribunal de Apelación de COLMAR adoptó una concepción puramente material de la infracción del menor cuando se trata de adoptar una medida de seguridad.

— Pero el Tribunal de Casación en una sentencia del 13.12.1956 provocada por el recurso en interés de la ley del Fiscal general condenó una concepción puramente objetiva en materia de derecho penal de menores.

“La Sala de lo criminal subrayando que el reglamento de 1945 plantea el principio de irresponsabilidad penal de los menores hecha abstracción del discernimiento, afirma que el pronunciamiento de una medida apropiada, con respecto al menor, implica que, conforme a los principios generales del derecho, éste cuya participación en un hecho material ha sido establecida, haya comprendido y querido ese acto, que toda infracción, incluso no intencionada, suponga que ni antes haya obrado con inteligencia y voluntad”.

Parecía pues que la cuestión del discernimiento reaparecía. Tal fue además la opinión de muchos eminentes autores. Sin embargo, el Pleno del Tribunal de Casación en asamblea plenaria parece no compartir ya esta opinión el 9 de Mayo de 1984.

b) la evolución jurisprudencial.

En el asunto D... el Tribunal de Casación confirmó la sentencia del Tribunal de Apelación de COLMAR al admitir la responsabilidad de un niño de 9 años que había provocado el incendio de un camión y de bienes inmobiliarios. El Tribunal de Casación se atrincheró tras la apreciación de los jueces que dice han afirmado rotundamente que el niño había provocado el incendio voluntariamente: revelando que conocía los lugares por haberse ya introducido en ellos y haber robado allí las llaves de contacto de los vehículos”.

Una evolución todavía más clara puede destacarse en derecho civil.

2) **La responsabilidad civil:** la evolución podía ser previsible considerando las tendencias de la jurisprudencia y de la evolución legislativa en un ámbito “vecino”.

a) **Las tendencias anteriores de la jurisprudencia y de la ley.**

Se trata de la evolución de la suerte del demente.

* En efecto, en la célebre sentencia TRICHARD (18.12.1964) el Tribunal de Casación había afirmado que la calidad de guardián “no excluye una obnubilación pasajera de las facultades intelectuales que resultan de la demencia o de cualquier otro malestar físico.”

Varios autores estimaban que había que trasplantar a la hipótesis anterior en el caso del menor, el principio que se desprende de esta sentencia: es decir, que

la ausencia de discernimiento no excluye toda responsabilidad. Aunque nunca hubo asimilación del menor al demente.

* Además la Ley del 3.01.1968 (Art. 489—2) acabó por admitir que "aquél que ha causado un daño a otro cuando estaba bajo los efectos de una perturbación mental, no estaba menos obligado a reparar".

Aquí también, muchos autores estimaron que convenía asimilar al menor a aquél que se encontraba bajo los efectos de una perturbación mental. El Tribunal de Casación, 1º Sala de lo Civil, el 20 de julio de 1976, había declarado sin ir tan lejos, que la obligación de reparar los daños prevista por las nuevas disposiciones del art. 489,2 concernía así mismo a los menores. Una asimilación tal, era deseada por algunos y temida por otros.

Finalmente, el Tribunal de Casación en una sentencia del 9 de Mayo de 1984 parece realmente optar por esta concepción en materia de responsabilidad civil del menor guardián (es decir, en base al art. 1384 al 1º)

b) **El Tribunal de Casación ha admitido** que la responsabilidad de un niño de 3 años que cayéndose de un columpio había dejado tuerto a un compañero con un palo que tenía en la mano, debía ser declarado en base al art. 1384 al. 1º. En la medida en que el joven niño "tenía el uso, la dirección y el control del palo" (condiciona para ser guardián) el Tribunal de Apelación no tenía porque averiguar a pesar de la temprana edad del menor si éste tenía discernimiento".

La evolución aparece igualmente manifiesta en los 2 casos. Conviene interesarse acerca de su alcance.

B) Alcance de la evolución

Es importante en primer lugar realizar una apreciación crítica de la nueva jurisprudencia (1) antes de intentar desprender de ella las consecuencias desde un punto de vista general (2).

1) Apreciación crítica de la nueva jurisprudencia.

Parecería que la evolución es menos clara en materia penal que en materia civil.

a) **En materia penal:** nos podemos realmente preguntar si ha habido cambio: el examen de la sentencia demuestra hasta que punto es difícil definitivamente tomar partido.

1— Ciertamente, el Tribunal de Casación no ha retomado los argumentos de la apelación que eran exactamente, considerando de la sentencia del Tribunal de Casación del 13—12—1956. Puesto que la fórmula empleada no es sino la exigencia legal requerida según el art. 435 (ley 02.01.81) Código Penal.

2— Se puede sin embargo, dudar del alcance de una tal evolución. El carácter lagunar de los términos empleados así como el hecho de que el tribunal de Casación se atrinchera detrás de “la apreciación soberana de los jueces a quo” hacen delicado el análisis del contenido de la sentencia. Parece teniendo en cuenta los términos utilizados (“El niño había prendido el fuego voluntariamente) que el Tribunal de Casación se contenta con la prueba de la existencia de una voluntad. (¿Qué sucedería si la infracción fuera no intencional?). Parece también que no exija ya que el niño haya tenido conciencia del alcance de sus actos. Lo cual tendería a acreditar la tesis según la cual adoptaría una concepción más objetiva de la infracción; tendencia que encontramos igualmente en materia civil.

b) **En materia civil:** Aquí también es difícil tener la certeza aunque la responsabilidad del niño esté afirmada de manera más clara. Pero cabe preguntarse a pesar de todo si no hay cierta paradoja en admitir la responsabilidad del menor de 3 años porque es guardián, es decir, que tiene el uso, la dirección y el control de la cosa, en este caso el palo, excluyendo totalmente la búsqueda de la capacidad de discernimiento del niño.

Parece en efecto que la exigencia del uso, la dirección y el control se acomoda mal con la ausencia de todo discernimiento: ¿La calidad de guardián puede aplicarse a aquel que no dispone de todas sus facultades, que no está en situación de ejercer sus poderes de resistir y de prevenir?

En este caso, parece también que haya una concepción objetiva de la responsabilidad que se desprende de esta sentencia en la medida en que como único hecho generador y no solamente, en uso de falta (Art. 1382—1383) los datos personales del agente no deban ser tomadas en consideración.

2) **Las consecuencias de la nueva jurisprudencia.**

Es posible sacar consecuencias muy generales y pensar que finalmente nos orientamos hacia un alineamiento con el status de las personas que padecen una turbación mental y hacia una responsabilidad construida alrededor de la noción de falta objetiva en el que la constatación de un comportamiento anormal es suficiente para justificar la reparación de un perjuicio causado.

Si las soluciones merecen ser matizadas en lo concerniente al menor autor del daño: mayor certeza de que el daño había sido causado por el menor.

II— La responsabilidad personal del menor víctima del daño.

En efecto, los términos utilizados por las sentencias del 9 de Mayo de 1984 son suficientemente claros para que se pueda aquí hablar más bien de cambio de dirección (A) y que se pueda además apreciar el alcance de estas sentencias cuando una de ellas haya sido parcialmente puesta en cuestión por una evolución ulterior (B).

A) El cambio de dirección

El cambio de dirección de la jurisprudencia concierne a la responsabilidad personal de menor víctima del daño en materia civil. En esta hipótesis, recordemos que el menor con un hecho a contribuido a la realización del daño y puede comprometer su responsabilidad y limitar o excluir la responsabilidad del autor principal del daño.

La jurisprudencia anterior no hacia casi previsible el cambio de dirección.

(1).

Sin embargo éste ha tenido lugar a través de 2 sentencias

(2).

1) Las tendencias actuales de la jurisprudencia

— Tradicionalmente el Tribunal de Casación no acordaba el reparto de responsabilidades más que si el niño tenía la capacidad de discernir las consecuencias del acto culposo que había cometido (11 de junio de 1980 Sala de lo Civil) (D 81—323 LARROUMET).

2) Contenido de la evolución

En las 2 situaciones, el Tribunal de Casación ha estimado que las víctimas de 5 y 13 años de edad, habían cometido una falta que había dado lugar a la realización del daño. Los dos casos son sin embargo muy diferentes.

* En el 1^{er} caso (asunto Declerq), siempre actual, un menor de 13 años se electrocutó. El accidente había sido imputado en parte al hecho de que no había cortado la corriente al enroscar una bombilla y en parte a un error cometido por el obreiro encargado de colocar la instalación eléctrica.

* En el 2^o caso (asunto Derguini), una niña de 5 años había cruzado repentinamente la carretera por un paso protegido y fue mortalmente herida por un coche. Aún declarando al conductor culpable de homicidio involuntario subrayando "su falta de atención en las cercanías de un paso donde la presencia de niños estaba indicada por una señal de tráfico, los jueces a quo repartieron la responsabilidad puesto que la niña después de haber atravesado repentinamente la carretera dió media vuelta, para volver sobre la acera haciendo imposible toda maniobra del automovilista para salvarla". El Tribunal de Casación afirma: "que en el estado de estas constataciones, el Tribunal de Apelación no podía verificar si la menor era capaz de discernir las consecuencias de tales actos". Parece pues teniendo en cuenta los términos no ambiguos utilizados por el Tribunal de Casación que se puede hablar efectivamente de un cambio de dirección.

B) El alcance

Si bien no cabe duda de la existencia de un cambio de dirección todavía se plantean muchas cuestiones (1), además la nueva jurisprudencia ya ha sido puesta en causa (2).

1) Crítica de la nueva jurisprudencia

* En el caso presente existe la certeza de un cambio de dirección. Pero que queda una cuestión.

En efecto parece que el Tribunal de Casación se refiere ya a una concepción objetiva de la falta reducida a la ilicitud, es decir, un comportamiento socialmente defectuoso. También un niño desprovisto de discernimiento puede ya cometer falta.

* Pero queda aquí planteada, la cuestión de la definición de lo ilícito: ¿Qué será un comportamiento ilícito?: habrá que apreciar lo ilícito por referencia a un modelo adulto o habrá una apreciación de lo ilícito por referencia al comportamiento de un niño.

* Además actualmente será menor el rigor de la sentencia Derguini. En efecto después de la sentencia (Desmares 21 de 1982) la exoneración en caso del hecho de la víctima no podría ser total y resultar de un hecho imprevisible e inexistente de la víctima. El reparto de responsabilidad no habría podido tener lugar y el abogado de la víctima no habría dejado de actuar en base al art. 1384 I^o apoyándose en la jurisprudencia Desmares.

2) La parcial puesta en cuestión de la nueva jurisprudencia.

Esta evolución se inserta en una corriente mucho más general, una verdadera política de indemnización de las víctimas: puede citarse por otra parte la ley de 5 de junio de 1985 "tendente a la mejora de la situación de las víctimas de accidentes de circulación, y a la aceleración de los procedimientos de indemnización" puesto que esta ley distingue:

* Cuando la víctima es una persona de 16 años de edad (o de más de 70 años o con una incapacidad superior al 80%) víctima de un accidente de circulación en el cual esté implicado un vehículo de motor e invoca un ataque a la persona: siempre será indemnizada por los daños sufridos. (Salvo si la falta es intencional).

* Cuando hay ataque a los bienes la falta de la víctima tiene por efecto limitar o excluir la indemnización de los daños que ella ha sufrido en sus bienes. Aquí incluso las faltas ligeras pueden oponerse a su acción.

En consecuencia a la vista de los términos de la ley de 1985 la niña de 5 años hubiera sido completamente indemnizada y sólo se hubiera mantenido la responsabilidad del conductor.

En total como consecuencia de este cambio de dirección más o menos cierto del Tribunal de Casación parece referirse en adelante a una concepción objetiva de la falta reducida a la ilicitud, es decir, a un comportamiento socialmente defectuoso.

En consecuencia un niño desprovisto de discernimiento puede cometer una falta en sentido objetivo y ser declarado responsable.

Puede así preguntarse sobre la noción de responsabilidad que subyace a una tal evolución. A la vista de los términos empleados y de las exigencias en adelante requeridas para comprometer la responsabilidad, tanto en el campo penal como en el campo civil, bastando un acto ilícito, puede por tanto hablarse todavía de responsabilidad de menores en el sentido "tradicional" del término.

Bayona, 15 de Febrero 1986.