

Escuela de Gobierno

Tipo de documento: Tesis de maestría



Maestría en Políticas Educativas

**El deber de cuidado en las escuelas.
Infancia y alianza familia escuela en un abordaje
legal y jurisprudencial.**

Autoría: Barattini, Eleonora

Año: de defensa de la tesis: 2024

¿Cómo citar este trabajo?

Barattini, E.(2024). "El deber de cuidado en las escuelas.
*Infancia y alianza familia escuela en un abordaje legal y
jurisprudencial.*". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella].
Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella
<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/13499>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional
Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>

Universidad Torcuato di Tella
Maestría en Políticas Educativas

Título de la tesis: El deber de cuidado en las escuelas.
Infancia y alianza familia escuela en un abordaje legal y jurisprudencial.

Tesista: Eleonora Barattini

Dirección: Juan Manuel Suárez Fondevila

Co Dirección: Mariano Narodowski

Buenos Aires, junio de 2024

Agradecimiento

Agradezco a mi mamá, a Teresita, a Thomas, a Juan M. y a mis amigos por su apoyo y compañía a lo largo de este proceso.

También quiero expresar mi gratitud a mis directores, Juan y Mariano, por su claridad e invaluable guía.

Índice

Capítulo 1: Introducción

El problema a abordar	10
Objetivos	11
Objetivos generales	11
Objetivos específicos	12
Resultados esperados	13
Metodología	13

Capítulo 2: Estado del arte y antecedentes

Cuidado, mujeres y educación	15
Cuidado	15
Definiciones	15
Evolución del cuidado de las infancias	16
El cuidado de las infancias fuera de sus hogares	18
El cuidado de las infancias desde la mirada del Código	
Civil y Comercial	19
Introducción	19
Figuras de cuidado de las infancias previstas en el Código	
Civil y Comercial.....	19
Responsabilidad parental	20
Principios de la responsabilidad parental...	20

Figuras derivadas de la responsabilidad parental...	22
La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental.....	22
El cuidado personal del hijo.....	24
Guarda otorgada a un tercero.....	25
Progenitor afin.....	25
Cesación de la responsabilidad de los progenitores.....	26
Tutela	26
Prohibición de malos tratos	27

Cuidado y justicia civil

La responsabilidad civil.....	28
Introducción.....	28
Responsabilidad civil: definición y función.....	28
Presupuestos de la responsabilidad civil resarcitoria.....	29
El daño.....	29
La antijuridicidad.....	30
El nexos causal.....	30
El factor de atribución de la responsabilidad civil...31	
El factor de atribución subjetivo.....	32
El factor de atribución objetivo.....	33
Eximentes de la responsabilidad civil.....	35
El caso fortuito o fuerza mayor.....	36

La responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos	37
Conceptos generales del ámbito educativo.....	37
El titular del establecimiento educativo.....	37
El alumno.....	38
Antecedentes en la normativa nacional.....	38
Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield, artículo 1.117.....	38
Código Civil Argentino, artículo 1.117 reformado por la Ley N° 24.830/1997.....	41
El Código Civil y Comercial, artículo 1.767	43
Análisis preliminar de la norma	43
El fundamento de la obligación de responder	45
El factor de atribución de la responsabilidad de los titulares de los establecimientos educativos.....	47
Fundamentos objetivos del deber de responder.....	47
La incidencia de la ley de Defensa del Consumidor.	48
El caso fortuito o fuerza mayor ajeno a la actividad, como eximente de la responsabilidad civil.....	52
Crítica sobre la decisión normativa de sostener un único eximente de responsabilidad civil ...	52

Los eximentes.....	53
Aplicación de la norma.....	55
Hechos por los que se responde.....	55
Establecimientos comprendidos.....	56
El ámbito espacial de la responsabilidad.....	59
El ámbito temporal de la responsabilidad.....	60
Edad de los alumnos.....	61
El seguro de responsabilidad civil obligatorio.....	62
La falta de regulación.....	63
Otras responsabilidades.....	64
Régimen de responsabilidad civil de los docentes y cualquier otro dependiente del titular del establecimiento educativo.....	64
Responsabilidad del tercero ajeno al ámbito educativo.....	65
Régimen de responsabilidad civil de los progenitores.....	66
Régimen de responsabilidad civil de los menores de edad	69
 Capítulo 3: Marco teórico	
La infancia.....	71
Introducción	71
La infancia, su definición.....	71

Evolución de la concepción de la infancia.....	71
La infancia dependiente del adulto.....	71
La mirada de la infancia a partir del Siglo XX	74
Infancias trans.....	76
Evolución de la normativa protectoria de las infancias.....	78
Normativa internacional.....	78
Normativa nacional.....	83
El instituto jurídico del interés superior del niño	84
El derecho de admisión de los establecimientos educativos de gestión privada.....	86
Conclusiones del título.....	88
Alianza familia-escuela.....	89
Introducción.....	89
Definiciones.....	89
Institución.....	89
Familia.....	90
Escuela.....	91
De acuerdo al propietario.....	91
De acuerdo al tipo de gestión.....	92
De acuerdo al tipo de relaciones con el Estado.....	93
Dispositivo.....	93

La evolución de la obligatoriedad escolar en la Argentina.....	94
Alianza familia-escuela.....	97
Definición.....	97
Evolución.....	98
La inversión de la alianza familia escuela. Su fundamento....	99
<i>In loco parentis</i>	102
Definición y origen del principio <i>in loco parentis</i>	102
Estado de la situación.....	103
Conclusiones del título.....	103

Capítulo 4: Análisis de sentencias judiciales

Introducción.....	106
--------------------------	------------

Sentencias judiciales sobre el deber de cuidado en las escuelas

dictadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Civil de la Nación entre el año 2003 y 2023.....	106
Identificación y caracterización de las sentencias.....	106
Notas generales	108
Sentencias que atribuyen responsabilidad civil a los titulares de los establecimientos educativos	109
Sentencias que excluyen de responsabilidad civil a los titulares de los establecimientos educativos	114

Conclusiones.....	119
Síntesis de los hallazgos del análisis de sentencias judiciales de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.....	119
Consideraciones sobre la importancia de las sentencias en la definición y aplicación del deber de cuidado en las escuelas.....	124

Capítulo 5: Conclusiones

El cuidado de los niños, niñas y adolescentes	126
Responsabilidad civil ultra objetiva de los titulares de los establecimientos educativos	127
Responsabilidad de los progenitores y de los hijos.....	128
Los niños, niñas y adolescentes.....	129
El rol de los progenitores, la alianza familia-escuela.....	130
Las sentencias analizadas y el deber de cuidado en las escuelas	130
A modo de cierre.....	131

CAPÍTULO SEIS: BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO UNO. INTRODUCCIÓN

El problema a abordar

El deber de cuidado cada día adquiere más trascendencia dentro del dispositivo escolar (Faur, 2017). Por ejemplo, los medios de comunicación se dedican a abordar esta cuestión de interés público, tanto y más que a plantear cuestiones vinculadas al rol de brindar educación.

Los alumnos deben permanecer y retirarse del dispositivo escolar sin sufrir ningún daño. La escuela asume la obligación y el deber que le ha impuesto la normativa vigente. No tiene opción. Asume esa obligación de cuidado a punto tal que no solo responde por los daños que sufran los alumnos, sino también por aquellos que causen mientras estén o debieran estar bajo su órbita de cuidado (Moeremans, 2015).

Desde el punto de vista jurídico, es tal la importancia del cuidado que el titular del establecimiento asume una responsabilidad civil agravada y en caso de incumplimiento de este deber, la escuela sólo se eximirá de su responsabilidad demostrando que se configuró un caso fortuito (que el Código Civil y Comercial Argentino define como aquel que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse¹). Desde el punto de vista legal se lo ha llamado un sistema de responsabilidad civil objetiva agravada (López Mesa, 2015). Es de los sistemas de atribución de responsabilidad civil más severos.

En suma, hoy el dispositivo escolar se apoya sobre dos ejes, uno es el deber de enseñar y el otro es el deber de cuidar. Sin embargo, esto no siempre fue así. Desde finales del siglo XIX el encuadre jurídico argentino fue variando su mirada respecto del rol de la escuela y sus deberes sobre la situación de la infancia y, al mismo tiempo, fue variando la mirada respecto de la responsabilidad de los padres.

El cambio de paradigma del deber de cuidado podría estar relacionado con la nueva concepción sobre las infancias y con la inversión de la alianza familia escuela. Como se verá más adelante, la infancia es una construcción propia de la modernidad (Narodowski, 1994) que ha adquirido relevancia dentro de las sociedades y que puede ser analizada desde diferentes lentes. Por ejemplo, en el plano legal, si bien ya en 1794 el Código de Prusia² reconocía a la infancia como sujetos de derecho, la concepción más actual le reconoce el *status* de persona y ciudadano (Jaramillo, 2017) y en el plano de la comercialización, las infancias son los consumidores centrales (Narodowski, 2016). Esta nueva concepción de las infancias ha generado cambios culturales y sociales que

¹ Artículo 1730 Código Civil y Comercial.

² "Los niños nacidos del mismo padre y madre, en matrimonio legítimo, o que hayan sido legitimados por matrimonio, poseen entre ellos la plenitud de los derechos de hermanos y hermanas" (art. 3, título III, parte II). "Todos los miembros de una familia poseen, en cuanto tales y en virtud de la ley, ciertos derechos y deberes generales" (art. 9). "Cuando el padre y la madre descuiden gravemente la educación y los cuidados que deben a sus hijos, los miembros de la familia, sin importar el grado de parentesco, tienen la autorización y el deber de dar aviso al tribunal de tutela, y de instar su intervención" (art. 11). "Las correcciones no deben jamás degenerar en malos tratos capaces de perjudicar, ni siquiera remotamente, la salud de los niños" (art. 50, parte II, título XII, Von Carmer *et alii*, 1800).

repercuten día a día en el rol de cuidado de las escuelas, los cuales son expuestos en los medios de comunicación, por ejemplo, situaciones vinculadas a la identidad de género (Iaies, 2019), a la problemática del suicidio y las infancias en contextos de pobreza (Oliva, 2022).

En las últimas décadas, se ha observado una transformación significativa en la alianza entre la familia y la escuela. Este vínculo que otrora permitió un adecuado funcionamiento de la institución escolar (Narodowski, 1994), ha experimentado una transformación notable. Se ha invertido la dinámica de poder en esta relación. Así, las familias demandan respeto de sus propios valores y reclaman un lugar donde sus propias singularidades sean tenidas en cuenta. La época en la que la escuela resolvía y la familia acataba, ha concluido (Narodowski y Arias, 2018).

Actualmente se advierte una tensión entre las escuelas y las familias que se exterioriza en diferentes niveles de conflictividad (Fairstein y Mayol Lassalle, 2022), que con cierta frecuencia son difundidos por los medios de comunicación. Las escuelas suelen limitar su actuación ya que se consideran que deben cumplir funciones que le eran ajenas y que le corresponden a las familias; a su vez la ausencia de claridad sobre las funciones y los límites de la escuela y cuáles son sus marcos de acción o inacción respecto del cuidado genera el enfrentamiento entre progenitores, niños y educadores (Faur, 2017).

Por tanto, el problema que aquí se plantea es el abordaje de la ciencia jurídica sobre el cuidado de los alumnos dentro de las escuelas entendiendo que esta puede resultar un indicador de los cambios en la noción de cuidado que la escuela va operando a través del tiempo. Merced a este supuesto, se aspira a lograr sostener una hipótesis respecto del rumbo del dispositivo escolar con esta “nueva” función en la que con educar no basta sino que también -y especialmente- hay que cuidar. Además, en forma secundaria, se buscará probar la hipótesis sobre la relación existente entre el cambio de paradigma del deber de cuidado y la nueva concepción sobre las infancias y la inversión de la alianza entre la familia y la escuela³.

OBJETIVOS

Objetivos Generales

Como se ha mencionado, actualmente el dispositivo escolar se apoya sobre dos ejes, uno es el deber de enseñar y el otro es el deber de cuidar. Sin embargo, esto no siempre fue así. Esta función de cuidado implica que los estudiantes se deben retirar de la escuela sanos e incólumes. De lo contrario, si sufren algún daño el titular del establecimiento educativo será civilmente responsable por el daño sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente de otros sujetos.

En esta línea, se examinará la hipótesis relacionada con la dirección que está tomando el dispositivo escolar atento la incorporación de una nueva función para los establecimientos educativos, en la que con educar no basta sino que se requiere, muy especialmente, cuidar a los alumnos.

³ Por inversión de la alianza se entiende al cambio en el equilibrio de poder entre la familia y la escuela, pasando de la aceptación de las familias a la autoridad escolar a que las escuelas se adapten a las demandas de las familias. Este tema se desarrolla en el Capítulo tercero al cual remitimos para su lectura.

Para abordar esta hipótesis, se llevará a cabo un análisis de las tendencias y de los aspectos destacados en las sentencias judiciales con el propósito de establecer pautas que reflejen la perspectiva de la justicia en lo que respecta al deber de cuidado de los alumnos en los establecimientos educativos. En suma, se analizará la cuestión del cuidado en los establecimientos educativos a la luz de la evolución de los casos judiciales de responsabilidad civil que se generan ante la consideración de un incumplimiento del deber de cuidado de los alumnos por parte de los directivos, los docentes y los responsables legales de las escuelas.

Además, se buscará demostrar cómo este cambio en el paradigma del deber de cuidado está vinculado a una nueva percepción de la infancia y en la inversión de la alianza entre familia y escuela. Este análisis busca examinar cómo la creciente importancia del cuidado de los alumnos en los establecimientos educativos refleja un cambio en la forma en que se comprende a los niños, niñas y adolescentes y cómo se están replanteando las relaciones y las responsabilidades entre familia y escuela.

Objetivos Específicos

Para alcanzar los objetivos generales, se definen los siguientes objetivos específicos:

1. Conocer la evolución de la ciencia jurídica sobre el deber de cuidado en las escuelas analizando la evolución histórica de la responsabilidad civil de los establecimientos educativos desde los antecedentes del Código de Vélez Sársfield hasta la actualidad. Para ello, se analizarán los cambios ocurridos en la legislación en esta materia, esto es, el artículo 1.117 del Código Civil (1871), el artículo 1.117 reformado por la Ley N° 24.830 (1997) y el artículo 1.767 del Código Civil y Comercial (2015).

A fin de una acabada comprensión de la responsabilidad civil de los titulares se realizará un abordaje de la responsabilidad en general.

2. Indagar cuál ha sido la tendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en aquellos casos en los que se cuestiona la atribución (o no) de responsabilidad civil a los titulares de los establecimientos educativos.
3. Destacar notas claves de las consideraciones de los magistrados a fin de aportar a la comprensión de la temática y generar una hipótesis de hacia dónde va la institución escolar en este contexto.
4. Identificar las causas de la inversión de la alianza familia escuela, para determinar cómo la evolución de esa alianza ha afectado la percepción del cuidado de los estudiantes.
5. Analizar la evolución de la concepción de la infancia y la mirada actual sobre la misma, haciendo una revisión de la evolución de la normativa nacional protectora de los niños, niñas y adolescentes.
6. Analizar las disposiciones relacionadas con el cuidado de las infancias en el Código Civil y Comercial, destacando las figuras y principios que rigen la responsabilidad parental y sus derivados.

Resultados Esperados

Esta tesis tiene como objetivos lograr los siguientes resultados:

Se buscará generar un análisis descriptivo/explicativo de la tendencia jurisprudencial resultante de sentencias judiciales en las que se ha cuestionado el cumplimiento o incumplimiento del deber de cuidado en las escuelas, en casos revisados por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Este análisis servirá como guía tanto para los titulares de los establecimientos educativos, como para la toma de decisiones legales en esta área.

Para ello, se analizará la evolución de la responsabilidad civil de los establecimientos educativos, desde sus antecedentes históricos hasta la legislación actual. Este análisis proporcionará una visión completa de los cambios legales que han influido en el deber de cuidado en las escuelas.

Se aspira a demostrar la relación existente entre el cambio de paradigma en el deber de cuidado y la nueva valoración de las infancias, así como la inversión en la alianza entre familia y escuela. Se examinará la evolución del vínculo familia-escuela y dentro de este la evolución de la obligatoriedad escolar en Argentina como factores que han contribuido a la situación actual. Además, se analizará la evolución de la concepción de la infancia.

Esta tesis aspira a ser una contribución al entendimiento de la importancia del cuidado en el entorno escolar. Se explorarán las posibles razones que sustentan su relevancia y se analizará la perspectiva de la justicia en esta área temática. Además, se reflexionará sobre la necesidad de posibles cambios normativos en la regulación de la responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos, proporcionando una base para futuras discusiones y recomendaciones en el ámbito de las políticas educativas.

Metodología

Para alcanzar los objetivos propuestos se analizarán determinados fallos de las distintas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, entre los años 2003 y 2022, en los cuales se haya analizado la atribución de responsabilidad civil a los titulares de los establecimientos educativos efectuada por los Juzgadores de la Primera Instancia.

Se ha optado por un período de veinte años, desde 2003 hasta 2022, con el propósito de obtener una muestra significativa y representativa de fallos judiciales. La elección de este período se basa en la importancia de los cambios legislativos que ocurrieron durante este lapso. En el año 1997, se realizó una reforma al artículo 1.117 del Código Civil (Ley N° 24.830) que influyó significativamente en la regulación normativa de la responsabilidad civil de los establecimientos educativos. Asimismo, en el año 2015 entró en vigencia el Código Civil Comercial. Tomar un enfoque histórico que abarque desde el Código de Vélez Sársfield hasta la legislación actual permitirá tener en cuenta cómo estos cambios normativos han delineado la atribución de responsabilidad civil en los establecimientos educativos.

Se analizarán los cambios en el paradigma jurídico relativo al cuidado de los alumnos. Dicho análisis implica que se excluyen del análisis los decisorios de Primera Instancia sobre esta cuestión en los cuales no se hubiera interpuesto un recurso de apelación, o bien, se lo haya interpuesto más no se ha cuestionado la atribución de la responsabilidad civil del titular del establecimiento educativo.

La exclusión de los fallos de primera instancia en los que no se haya interpuesto un recurso de apelación se basa en el marco acotado de análisis de este trabajo y la necesidad de focalizar el estudio de los casos, sin perjuicio de reconocer que los fallos de primera instancia contienen información sumamente valiosa sobre la atribución de responsabilidad civil en los establecimientos educativos.

A los fines de la comprensión de la selección de análisis efectuada se hará una breve explicación sobre la instancia revisora que conforma la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal⁴ es la instancia de revisión de los juzgados nacionales de primera instancia en cuestiones civiles de la Capital Federal. Esta Cámara que está compuesta por trece salas denominadas de la letra A a la M, es el tribunal de alzada que se encarga de revisar y decidir sobre los casos que provienen de los juzgados nacionales de primera instancia.

Las competencias incluyen asuntos civiles generales, reclamaciones por daños y perjuicios debido a actos ilícitos, y casos relacionados con relaciones contractuales entre profesionales y sus clientes, siempre que las actividades estén reguladas por el Estado.

Se ha seleccionado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dado que se considera que se trata de un universo acotado y preciso de decisorios judiciales. Además, los fallos resultan de acceso libre y público, salvo que por pedido de alguna de las partes intervinientes estuviera restringido, lo cual permite tener cierto grado de certeza de que se han analizado en su mayoría las decisiones judiciales de esa instancia de revisión.

El período de tiempo que se utilizará para el análisis son veinte años, ya que es un período razonable para lograr una muestra significativa de fallos sobre la atribución (o no) de responsabilidad civil a los titulares de los establecimientos educativos generada en el incumplimiento al deber de cuidado. Los decisorios se dividirán en dos grupos, por un lado los que atribuyen responsabilidad civil y por otro, aquellos que eximen de ella. En cada grupo se seleccionarán las sentencias que abordan algún aspecto particular de la temática, por ejemplo, la culpa de la víctima, ámbito espacial de la responsabilidad, etc.

En esta tesis por análisis jurisprudencial se entiende al espacio de reflexión de la investigadora ante un grupo de sentencias emitidas las instancias de revisión judiciales ante la temática de la responsabilidad civil de los propietarios de los establecimientos educativos, para lo cual se indaga la argumentación que hacen los jueces ante el problema propuesto y frente al cual se busca encontrar respuestas en forma de fallos judiciales, que permitan sacar conclusiones frente a cómo se está resolviendo tal problema por parte de los jueces (Coral Díaz, 2012).

⁴ La Ley Nacional N°23.367.

CAPÍTULO DOS: ESTADO DEL ARTE Y ANTECEDENTES

CUIDADO, MUJERES Y EDUCACIÓN

La literatura académica no se ha ocupado sino marginalmente respecto del rol de cuidado en las escuelas. Sin embargo, es posible alcanzar algunas pistas significativas.

Cuidado

Definiciones

El cuidado como campo de estudio se originó en el debate feminista acerca del trabajo doméstico (Flores y Tena Guerrero, 2014).

Cuidar es un término complejo cuyo análisis ha proliferado durante los últimos años gracias a los movimientos feministas y a los estudios académicos (Batthyány y otros, 2022). A su vez, es un término polisémico conectado en forma directa con las experiencias de las mujeres y la forma en la cual la sociedad capitalista las ha construido como los sujetos que cuidan a lo largo de su vida (Lanestosa Baca, 2021).

Zibecchi (2014) define al cuidado como “conjunto de actividades indispensables para satisfacer las necesidades básicas e imprescindibles para la existencia y mantenimiento cotidiano de las personas” (p. 13). Además indica que tiene una doble dimensión. Por un lado se encuentra la dimensión física, que es la que se da en relación con las actividades concretas vinculadas a la atención del cuerpo de las personas y a todas sus necesidades fisiológicas (alimentación, salud, higiene personal, descanso). Por otro, hay una dimensión simbólica, dada por el componente afectivo y emocional que implican estas actividades y que hacen al bienestar emocional de las personas. Ambas dimensiones son inseparables en la cotidianidad de las actividades de cuidado.

Por su parte, Faur (2017) define al cuidado como un elemento central del bienestar humano y considera que hay cuatro pilares centrales en la provisión del cuidado: Estado, familia, mercado y organizaciones comunitarias, los cuales se articulan y en algunos casos se compensan entre sí (p. 87-88).

Dentro de los pilares mencionados, los establecimientos educativos cumplen un rol muy importante en la provisión del cuidado, ya sea que el prestador del servicio sea el Estado (escuelas de gestión estatal), o bien que el proveedor sea el mercado o las organizaciones comunitarias (en el caso de los establecimientos educativos de gestión privada).

El cuidado de niños, niñas y adolescentes demanda una mirada específica, así Lanestosa Baca (2021) define al cuidado infantil como:

el conjunto de acciones y relaciones que contribuyen a que una niña o niño se desarrolle física, cognitiva, social, afectiva y emocionalmente, las cuales pueden ser realizadas por una persona adulta dentro o fuera de su entorno familiar, de forma remunerada o no, orientadas a la satisfacción de sus necesidades y su bienestar cotidiano (p. 27).

La autora, en consonancia con Faur (2017), sostiene que el Estado, el mercado, las familias y las comunidades necesariamente deben corresponsabilizarse del cuidado infantil, ya que este constituye un reconocido problema público para el que se han desarrollado políticas y servicios de cuidado (Baca, 2021).

La Convención de los Derechos del Niño (UNICEF, 2006) no brinda una definición del “cuidado”, no obstante, contiene previsiones que hacen referencia al mismo:

Preámbulo: Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"⁵.

Art. 3.3: Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Tronto (2020) indica que el cuidado tiene los siguientes elementos:

1. El cuidado es una relación y entiende que las personas y el entorno son interdependientes.
2. El cuidado es contextual ya que se debe tener una mirada muy exhaustiva de cada situación, ya que cada sociedad entiende de una forma diferente las necesidades del cuidado.
3. El cuidado debe ser democrático estableciendo una distribución de la responsabilidad.

Estos elementos exteriorizan la importancia y complejidad que reviste el cuidado de las personas, el cual se complejiza aún más cuando el mismo debe ser brindado a niños, niñas y adolescentes los que se encuentran en un condición de vulnerabilidad y de falta de autonomía propia de su edad.

Por último, se debe considerar que las dinámicas de cuidado se desarrollan en una gama de diversas relaciones, que incluyen los vínculos de parentesco, de amistad, comunitarios o laborales, coexistiendo diferentes escenarios de cuidado, en el que participan de actores como la familia, la comunidad, entidades públicas y entidades privadas (CEPAL, s.f.).

Evolución del cuidado de las infancias

Las necesidades del cuidado de las personas han estado presentes en todas las sociedades y en todos los momentos históricos, siendo una cuestión central del bienestar y del desarrollo humano (OIT, U., PNUD y C, 2018). Borderías, Torns y Bengoa (2018) sostienen que la organización social en la que se inserta el trabajo de cuidado en general así como el lugar que ocupan sus manifestaciones en la sociedad actual, son el resultado de un largo proceso histórico que comenzó durante la transición de las sociedades hacia el capitalismo liberal. Agregan los autores que si bien la conceptualización del trabajo de cuidado es relativamente reciente, en las sociedades históricas las tareas de cuidado han ocupado un lugar clave y de gran importancia en la reproducción biológica y social.

⁵ Referencia a la Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959.

Por su parte, Faur (2014) plantea que a lo largo de la historia, el cuidado en general ha sido una tarea asumida por las mujeres. Estas eran concebidas como mamás y en consecuencia como quienes mejor podían asumir la labor de cuidado. En un texto anterior sostuvo que lo público y lo privado como esferas separadas se remonta a la moral victoriana del siglo XIX⁶, entendiéndose por ámbito público a los mercados, la cultura y la política, siendo los hombres quienes llevaban a cabo las actividades consideradas como productivas, a través de su participación en las tres esferas mencionadas. Mientras que el ámbito privado era aquel en el cual el Estado no tenía intervención y estaba destinado a las mujeres, quienes asumían las tareas de organización y gestión de las actividades vinculadas al interior de las familias mediante las tareas domésticas y de cuidado (Faur, 2009). Allí mismo sostiene que recién desde los años sesenta el movimiento feminista insistió en la necesidad de hacer visible el trabajo que llevaban a cabo las mujeres en los hogares.

El debate proveniente del feminismo consideró que las actividades desarrolladas en el espacio del hogar -que eran caracterizadas como “no trabajo” y llevadas a cabo especialmente por mujeres- era un trabajo esencial para la reproducción de las familias y en consecuencia indispensable para el funcionamiento de la sociedad capitalista (Faur, 2009). En este sentido, Flores y Tena Guerrero, (2014) sostienen que la temática del cuidado constituye uno de los fundamentos del patriarcado moderno que propugna la división sexual del trabajo bajo la premisa de que el cuidado es una función y capacidad innata de las mujeres.

En este sentido, CEPAL (s.f.) refiere que históricamente se erige un mandato cultural de que las mujeres se ocupen de las labores de cuidado generalmente de forma no remunerada, lo cual, sumado a la falta de asunción de la responsabilidad que le compete a la sociedad en esta materia, crea un entramado que potencia las desigualdades de las prestaciones de cuidado en razón de las condiciones socioeconómicas (CEPAL, s.f.).

En épocas recientes, las mujeres han ingresado en forma masiva al mercado del trabajo y con ello quedó atrás el modelo de madre que se dedicaba al cuidado de sus hijos y al hogar (Faur, 2014) y a partir de la década del noventa se inicia un giro en la consideración del concepto de cuidado, entendiéndose al cuidado como una categoría analítica que puede incluir la idea de trabajo doméstico pero no se restringe a éste y que al cuidado infantil es una actividad que se realiza con frecuencia de forma simultánea con otras (Faur, 2009).

Batthyány (2010) refiere que la temática del cuidado de los niños plantea el interrogante sobre la posición de las mujeres y su igualdad en distintos ámbitos de la sociedad y que si bien se advierten rasgos comunes a todas las mujeres con responsabilidades familiares y de cuidado, éstas son un grupo heterogéneo, cuyas responsabilidades dependerán de su clase social, edad, etc.

En otro orden de ideas, al analizar la evolución del cuidado infantil debe tenerse en cuenta la influencia que ha ejercido la nueva concepción de las infancias. En este sentido, el peso legal de la Convención de Derechos del Niño, al reconocer la condición de personas a los niños, niñas y adolescentes generó cambios de fondo en la concepción

⁶ El antiguo derecho romano concibe a lo público y lo privado como esferas separadas, así el derecho público rige las normas que regulan al Estado como tal, mientras que el derecho privado regula el funcionamiento de las relaciones entre los sujetos (Aramburu Córdoba, 2020).

de la niñez y de las relaciones tempranas. Ello ha impactado directamente en la noción de cuidado. Así, en materia de políticas públicas han dejado de ser considerados como objetos, para ser considerados sujetos vulnerables acreedores de un cuidado especial (Amar Amar, 2015).

El cuidado fuera de sus hogares

El cuidado puede llevarse a cabo en el ámbito público y ser remunerado (como en el caso de los jardines maternales y de infantes o las escuelas) o no remunerado (como en el caso de los comedores o jardines comunitarios u otros espacios de contención social). Así, la categoría de cuidado permite una lectura transversal a instituciones y actividades que se llevan a cabo sostenidamente, que no son privadas, que generan una red de relaciones y que demandan tiempo y recursos (Faur, 2009). En suma en las actividades de cuidado participan de forma directa o indirecta las familias, el Estado, el mercado, las empresas, y diversas organizaciones de la comunidad.

Faur (2009) sostiene que la organización social del cuidado es la configuración entre las instituciones que regulan y proveen servicios de cuidado infantil, así como de sus resultados en el modo en que los sujetos pertenecientes a diversas clases sociales y género se benefician del mismo. En tal organización actúan instituciones tanto públicas como privadas.

América Latina es la región con mayores indicadores de desigualdad del planeta. La organización del cuidado según la realidad socio económica es un elemento central para explicar su incidencia en la reproducción de la desigualdad ya que la disponibilidad de arreglos de cuidado de los hogares depende de la posición económica y social. Los hogares con mayores recursos económicos tienen la posibilidad de elegir entre trabajo no remunerado, cuidado mercantil y servicios de cuidado públicos de calidad. Mientras que en los hogares con pocos recursos económicos se enfrentan mayores cargas de cuidado y, con frecuencia, sólo cuentan con escasos servicios públicos de cuidado los que suelen ser de pobre calidad y mayormente el trabajo no remunerado de las mujeres (madres, abuelas, hijas, etc.) (CEPAL, 2022).

En ese sentido, la hipótesis de Faur (2014) es que la organización social del cuidado infantil en Argentina refleja y reproduce desigualdades de clase entre mujeres de diferentes sectores socioeconómicos y entre niños al proveer distintas calidades de servicios de cuidados a niños de distintos sectores sociales. Plantea que actualmente en la Argentina la organización social del cuidado está en cabeza de las mujeres, ellas son las responsables de los cuidados cotidianos en los hogares con niños y niñas pequeños. Afirma que estas son quienes se encargan del cuidado familiar cotidiano, las obligaciones de mercado y los servicios públicos (escuela y salud). Dentro de este plexo argumental, se indica que las políticas sociales vigentes aún no brindan igualdades de derechos entre varones y mujeres.

Por último, se advierte que la literatura académica sobre el cuidado infantil se ha reducido principalmente a cuestiones de nivel inicial como sustituto de la maternidad (Faur, 2017) y actualmente el cuidado se ha erigido como una cuestión a abordar incluso hasta la universidad (Anderson y otros, 2019).

El cuidado de las infancias desde la mirada del Código Civil y Comercial

Introducción

A partir de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Argentina y con jerarquía constitucional, a partir de la reforma del año 1994 (art. 75, inc. 22 CN), se hizo necesario adecuar las leyes sobre la infancia y la familia (Notrica, Rodríguez Iturburu, 2015). El Código Civil y Comercial de la Nación, dictado en el año 2015, viene a modificar sustancialmente la relación jurídica entre los progenitores y los hijos con dos objetivos: adecuar la normativa interna a las obligaciones jurídicas asumidas internacionalmente y ofrecer un sistema legal que responda a las exigencias de una sociedad caracterizada por la diversidad y el pluralismo (Pellegrini en Herrera, Caramelo, Picasso, 2015). Hay una democratización de las relaciones, prueba de ello es la modificación del régimen de la capacidad civil.

A lo largo de los años, se han producido cambios significativos en la sociedad, en la cultura y en las instituciones, que están orientados hacia una mayor aceptación de diversas opciones de vida de sus ciudadanos. Estos cambios se reflejan en la creciente aceptación social de parejas interraciales o del mismo sexo, padres solteros y parejas divorciadas. Estas configuraciones familiares, que en el pasado podrían haber sido objeto de discriminación, hoy son más ampliamente reconocidas y respaldadas (Attala Rizzo, Niñas vs. Chile, 2012). Según se ha indicado en el referido caso actualmente el concepto de vida familiar se extiende más allá del matrimonio y debe abarcar otras relaciones familiares de hecho en las cuales se comparte una vida en común, independientemente de su estado civil.

La vida de la sociedad cambió, y el derecho inició un camino de apertura y reconocimiento de las nuevas familias. Desde esta perspectiva, estos lineamientos fueron tenidos en cuenta al regular el derecho de familia en el Código Civil y Comercial.

Figuras de cuidado de las infancias previstas en el Código Civil y Comercial

En forma preliminar se aclara que el Código Civil y Comercial divide en dos categorías a la población infantil: niños y niñas (aquellos que no cumplieron los trece años de edad) y adolescentes (aquellos que cumplieron los trece años de edad, pero no han alcanzado los dieciocho años de edad aún).

El principio general⁷ que rige la capacidad de obrar de los menores de edad (cuya capacidad para ejercer sus derechos está limitada por la ley) establece que ejercerán dichos derechos a través de sus representantes legales. No obstante, aquellos que cuenten con la edad y madurez suficientes podrán ejercer por sí mismos los actos permitidos por el ordenamiento jurídico. De esta manera, el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad se encuentra resguardado por un sistema de protección conocido como "representación" (según Baliero de Burundarena en Herrera, Caramelo, Picasso, 2015).

⁷ Art. 26 Código Civil y Comercial.

La representación legal de los menores se desarrolla a través de las siguientes instituciones⁸: la responsabilidad parental (para personas por nacer y niños/as o adolescentes), la tutela (para personas menores de edad que no estén bajo el régimen de la responsabilidad parental o carezcan de adulto responsable)⁹ (Baliero de Burundarena en Herrera, Caramelo, Picasso, 2015).

Responsabilidad parental

Actualmente, ya no se habla de *patria potestad* sino de responsabilidad parental; sin embargo, a pesar del cambio de terminología el concepto y las notas esenciales del instituto se mantienen inalteradas¹⁰. El Código Civil y Comercial establece que

La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.¹¹

El Código Civil y Comercial trae cambios en lo que respecta a la responsabilidad parental, reflejando así lo establecido por la Convención de Derechos del Niño. Igualmente las disposiciones del Código Civil y Comercial se armonizan con las leyes nacionales de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (Pellegrini en Herrera, Caramelo, Picasso, 2015). En este sentido, se ha establecido que la finalidad de la responsabilidad parental es el desarrollo integral del niño en todas sus potencialidades (Medina, 2014).

La responsabilidad parental se inicia con el comienzo de la persona¹² y se extingue con la mayoría de edad y en algunos aspectos, con la emancipación (Medina, 2014).

Principios de la responsabilidad parental

El Código Civil y Comercial, en consonancia con el derecho constitucional y convencional, establece los principios por los que se rige la responsabilidad parental:

⁸ Artículo 24 Código Civil y Comercial.

⁹ Un tercer instituto que excede el abordaje del presente los apoyos con facultades representativas, denominados “apoyos intensos” en el inc. j, Preámbulo Convención sobre las personas con Discapacidad.

¹⁰ El artículo 264 del Código Civil derogado definía la *patria potestad* como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

¹¹ Artículo 638 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹² El artículo 4 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. En consonancia con ello el artículo 19 Código Civil y Comercial: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. En relación al tema la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende respecto del embrión: “... el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana...” (de Derechos Humanos, C. I. (2016). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica. Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia, 2(4), 181-199.)]

i. el interés superior del niño¹³, ha sido entendido como la plena satisfacción de sus derechos (Bruñol, 1999). Pérez Manrique (2016) sostiene que

... para determinar el interés superior del niño es indispensable recabar su opinión y considerarla, en cuanto sujeto de derecho¹⁴. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior. Se puede decir que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir y dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de autoridad sin el apoyo de la razón (p. 252).

ii. La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. Así a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos¹⁵. Asimismo, la doctrina más moderna distingue entre la competencia y la capacidad civil.

Kemelmajer de Carlucci (2011) sostiene que para comprender cómo se considera legalmente el proceso natural de desarrollo de la persona menor, es útil distinguir entre las nociones de "capacidad civil" y "competencia". La capacidad civil se refiere principalmente al ámbito de los contratos y está regulada en el Código Civil y Comercial. Por lo general, la ley establece un momento específico, como la mayoría de edad, a partir del cual se presume que una persona tiene la capacidad necesaria para llevar a cabo actos jurídicos. Por otro lado, la competencia está relacionada con los derechos personalísimos y es una noción más amplia y compleja. No se alcanza de manera instantánea, sino que se desarrolla gradualmente a medida que la persona madura psicológica y cognitivamente. La competencia requiere una evolución continua. Se evalúa si la persona comprende completamente lo que se le comunica, hasta qué punto puede razonar sobre diferentes opciones, si puede comunicarse efectivamente y si tiene la capacidad de juzgar basándose en sus valores.

La evolución progresiva de los hijos implica que los progenitores deben ir aumentando sucesivamente la capacidad de obrar de los hijos a medida que estos desarrollan tanto su madurez como las aptitudes intelectuales y psicológicas (Medina, 2014).

El debate sobre si los menores deben considerarse capaces de ejercicio, con ciertas restricciones, o incapaces ha generado opiniones divergentes. Tanzi y Papillú (2018) sostienen que el nuevo Código Civil y Comercial adopta un enfoque flexible que reconoce el desarrollo gradual de la persona y que si un menor tiene la edad y madurez suficientes, no se le considera incapaz, sino con capacidad restringida. De lo contrario, actúa a través de representantes legales. Agregan los autores que el Código permite que los menores con suficiente edad y madurez ejerzan ciertos actos legales por sí mismos y que esto refleja una noción flexible de capacidad inspirada en la competencia, en línea con la Convención sobre los Derechos del Niño, entendiéndose que es fundamental abandonar las nociones binarias de capacidad e incapacidad y aceptar un sistema más complejo que reconozca al menor como sujeto de derechos, con diferentes grados de participación según su edad y madurez. Concluyen que el artículo 26 del Código al

¹³ Se retomará este tema en el Capítulo 3 del presente.

¹⁴ El niño deja de ser considerado un objeto que debe ser protegido, para ser considerado un sujeto vulnerable que es titular de una protección y cuidado especial.

¹⁵ Artículo 639 del Código Civil y Comercial.

mencionar "edad y grado de madurez suficiente", refleja la constitucionalización del derecho privado y busca armonizar las leyes internas con los principios de la Convención mencionada.

iii. El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez¹⁶.

Según la Convención de los Derechos del Niño el derecho a ser oído lo será considerando su edad y madurez¹⁷. Ello consiste en otorgar al niño intervención activa en toda cuestión que atañe a su persona y sus bienes, de acuerdo a su madurez y desarrollo; asimismo, que esa voluntad sea tenida en cuenta e incluso, en ciertas ocasiones, resolver conforme a dicha voluntad (Solari, 2011). Este enfoque se relaciona con el concepto de capacidad progresiva (Solari, 2011).

Figuras derivadas de la responsabilidad parental

El Código Civil y Comercial¹⁸ regula las siguientes figuras legales derivadas de la responsabilidad parental: la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; el cuidado personal del hijo por los progenitores; la guarda otorgada por el juez a un tercero (Medina, 2014).

En primer lugar, se debe distinguir entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental. La titularidad consiste en el conjunto de deberes y derechos que los progenitores tienen en su carácter de representantes legales. El ejercicio se traduce en la puesta en práctica de aquéllos (Cataldi, 2015). Por su parte, el cuidado personal implica "los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo"¹⁹.

La titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental

La titularidad de la responsabilidad parental refiere al conjunto de deberes y derechos que la norma coloca en cabeza de ambos progenitores, convivan o no, sean matrimonio o no y salvo los supuestos de extinción o privación²⁰.

El ejercicio comprende la puesta en acción del contenido del conjunto de deberes y derechos en la toma de decisiones concretas orientadas a la protección, desarrollo y formación integral de los hijos (Pellegrini en Herrera, Caramelo, Picasso, 2015).

El Código Civil y Comercial establece que el ejercicio de la responsabilidad parental es conjunto tanto si los padres conviven como en el caso de hallarse separados, divorciados o de haberse anulado su matrimonio²¹. Este nuevo enfoque pone énfasis en la idea de que el cuidado y la responsabilidad sobre los hijos es una función que corresponde a ambos progenitores, independientemente de la situación de convivencia o de separación que ellos tengan (Mazzinghi, 2015).

¹⁶ Artículo 639 del Código Civil y Comercial.

¹⁷ Artículo 12 Convención de los Derechos del Niño.

¹⁸ Artículo 640 Código Civil y Comercial.

¹⁹ Artículo 648 Código Civil y Comercial.

²⁰ Artículo 638 Código Civil y Comercial.

²¹ Artículo 641 Código Civil y Comercial.

El Código Civil derogado para los casos de los padres no convivientes, identificó el ejercicio de la responsabilidad parental con el concepto de tenencia²², con dos consecuencias: en sentido jurídico, aquel progenitor que ejercía la patria potestad concentraba el poder de decisión, restando al otro la posibilidad de manifestar su oposición, según la vía establecida. A nivel extrajudicial, carecía de facultades para impulsar cualquier iniciativa respecto al hijo frente a la inactividad del otro progenitor, debiendo recurrir en todos los casos (por oposición o por acción), a la instancia judicial.

En sentido material, la tenencia otorgaba la exclusividad en la custodia real y en la convivencia efectiva del niño. En virtud de la presunción²³ que establecía el Código Civil²⁴ se mantuvo en forma casi automática la asignación de la tenencia a las madres y su contracara: el régimen de visitas a los padres. No obstante, el Código Civil y Comercial incorpora la noción de coparentalidad modificando sustancialmente el régimen del Código Civil derogado, que solía priorizar a un progenitor sobre el otro (Herrera, 2014).

El Código Civil y Comercial consagra el ejercicio de la responsabilidad parental²⁵ en cabeza de ambos progenitores en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio. Además, establece como presunción que los actos realizados por uno de ellos cuentan con la conformidad del otro, salvo determinadas excepciones²⁶ o que medie expresa oposición del otro²⁷. La presunción legal posibilita a los terceros, como

²² Artículo 264 inciso 2 del Código Civil derogado.

²³ Presunción en el Diccionario panhispánico del español jurídico: “Aceptación de un hecho del que no se tiene prueba y que se infiere de otro hecho demostrado”.

²⁴ Artículo 206 Código Civil (...) “Los hijos menores de CINCO (5) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor.”

²⁵ Artículo 641. “El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: a. en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición; b. en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades; c. en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro; d. en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor; e. En caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.”

²⁶ Artículo 645. “Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio; b) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.”

²⁷ Artículo 642. “Desacuerdo. En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.”

los establecimientos educativos, saber que un solo progenitor podrá formular las solicitudes que considere, salvo que reciban una comunicación fehaciente, incluso si es extrajudicial, del otro progenitor expresando su oposición a la solicitud relacionada con el hijo común. Esto, a su vez, desvirtuará la presunción legal.

En los casos de cese de la convivencia, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos²⁸. Sin embargo, el Código prevé que por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecer distintas modalidades de ejercicio de la responsabilidad parental²⁹.

Cualquiera fuere la extensión del cuidado del hijo, por el ejercicio de la responsabilidad compartida asume el valor de un compromiso de ambos progenitores y simboliza el respeto en un pie de igualdad de la función materna y paterna (Cataldi, 2015).

Cuidado personal del hijo

Cuando los progenitores no conviven, el niño no podría vivir con ambos al mismo tiempo. Ello generó la necesidad de establecer un régimen que regule la cohabitación del menor de edad con sus progenitores no convivientes, el cual ha sido conocido como tenencia y dio origen al régimen de visita (Medina, 2014).

El Código Civil y Comercial reemplaza la denominación “tenencia” por “cuidado personal”. Como se ha indicado, el Código Civil y Comercial³⁰ lo define como “... los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”.

El cuidado personal son aquellas funciones relacionadas en forma directa con la vida cotidiana del hijo, que atañen directamente con su convivencia, pero no se restringen a ella, pues también comprenden la garantía de un adecuado contacto, en los casos en los que uno de los progenitores no conviva con el hijo.

Medina (2014) sostiene que el cuidado personal es una derivación de la responsabilidad parental y consiste en el ejercicio atenuado de la responsabilidad parental derivada del contacto con el niño cuando los padres no conviven.

El Código establece una clara preferencia por el régimen de cuidado compartido e indistinto, es decir, que el menor “... reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”³¹.

Más allá de las denominaciones, es decir, cuidado compartido alternado o indistinto, lo que el nuevo Código quiere favorecer es que la tarea de la formación y ayuda en el crecimiento del menor sea en todos los casos una tarea conjunta (Mazzinghi, 2015). Por eso, en la hipótesis del cuidado unipersonal (que se define como excepcional³²) el juez deberá adjudicarle el cuidado *al progenitor que facilite el derecho a mantener trato*

²⁸ Artículo 641.b Código Civil y Comercial.

²⁹ Artículo 641.b Código Civil y Comercial.

³⁰ Artículo 648 Código Civil y Comercial.

³¹ Artículo 650 Código Civil y Comercial.

³² Artículo 653 Código Civil y Comercial

*regular con el otro*³³. El mensaje es que ninguno de los padres se sienta y actúe como si fuera el "dueño" del hijo común (Mazzinghi, 2015). Continúa el autor, sosteniendo que el Código Civil y Comercial rechazó la terminología de un titular de la tenencia y del otro progenitor restringido a tener algunas visitas; se prefirió pensar en una labor de educación y guía que sea compartida y organizada en beneficio del interés del niño, niña o adolescente (Mazzinghi, 2015).

Guarda otorgada a un tercero

La guarda del niño, niña o adolescente otorgada a un tercero es un régimen excepcional en el que se transfiere al tercero el ejercicio de la responsabilidad parental, reservándose sus progenitores el derecho de supervisar la educación y la crianza de acuerdo a sus posibilidades (Medina, 2014).

El guardador tiene deberes acotados a la vida cotidiana del niño, mientras que la representación sigue en cabeza de los progenitores (Luján, 2016).

La delegación de la guarda a un tercero sólo puede otorgarse por un plazo de un año (pudiéndose renovar por igual período), y no puede ser considerada a los fines de la adopción³⁴.

La ley prevé dos supuestos en los que se puede otorgar la guarda. El primero se da cuando los progenitores por razones suficientemente justificadas, convienen con una tercera persona la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, este acuerdo debe ser homologado judicialmente; en el segundo supuesto, se configura en aquellos casos de suficiente gravedad en los que el juez designa a un tercero, pariente o no, como guardador (Baliero de Burundarena en Herrera, Caramelo, Picasso, 2015).

En ambos casos el guardador es el representante legal del representante del menor en aquellas cuestiones que se involucra su patrimonio (Baliero de Burundarena en Herrera, Caramelo, Picasso, 2015).

Progenitor afín

El Código Civil y Comercial regula las llamadas familias ensambladas reconociendo situaciones de hecho existentes en nuestra sociedad a fin de generar un marco regulatorio a las nuevas realidades que imperan en la actualidad (Cagliero, 2014). En tal sentido, el Código Civil y Comercial³⁵ lo define como: “[el] cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”.

Dentro de los deberes del progenitor afín, el Código³⁶ establece los siguientes: cooperar en la crianza y educación; realizar los actos cotidianos relativos a la formación del hijo en el ámbito doméstico; adoptar decisiones ante situaciones de urgencia; aportar alimentos, en forma subsidiaria. En caso de desacuerdos, siempre prevalece el criterio del progenitor, aclarándose que la colaboración del padre afín no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental³⁷.

³³ Artículo 653 Código Civil y Comercial.

³⁴ Artículo 611 Código Civil y Comercial.

³⁵ Artículo 672 Código Civil y Comercial

³⁶ Artículo 673 Código Civil y Comercial.

³⁷ Artículo 673 Código Civil y Comercial.

La norma comentada³⁸ prevé la posibilidad de que el progenitor a cargo del niño delegue en su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental; los requisitos para que opere esa delegación son: que el cónyuge a cargo del menor no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad e incapacidad transitoria; que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio; que exista homologación judicial, excepto en caso de que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente.

Por otra parte, también puede existir un ejercicio común de la responsabilidad parental³⁹ entre el progenitor y su cónyuge o conviviente; esto puede darse en caso de fallecimiento, ausencia o incapacidad del otro progenitor.

Cesación de la responsabilidad de los progenitores

La responsabilidad de los progenitores respecto de sus hijos es objetiva⁴⁰ y cesa en caso que estos fueran temporaria o definitivamente puestos bajo la vigilancia permanente o transitoria de otras personas⁴¹. Aclara la norma que no cesa dicha responsabilidad en los casos de delegación de la responsabilidad parental a un pariente⁴².

El principio es que los progenitores son responsables por los hechos de sus hijos y para eximirse deben probar que la causa es ajena. Para que se configure la eximición de responsabilidad de los progenitores, estos deben haber trasladado el deber de control de sus hijos a una persona física o jurídica, transferencia que debe ser legítima, es decir, debe estar destinada a la educación, formación, rehabilitación o seguridad del niño, niña o adolescente (Picasso y Sáenz en Herrera, Caramelo, Picasso, 2015). Por ejemplo: cuando el menor se encuentra bajo la autoridad escolar.

Es muy importante que no exista relación de dependencia entre la persona a la cual se entregó el cuidado del menor y sus progenitores, ya que de lo contrario no existirá una transmisión de la vigilancia activa del niño sino que el cuidador actuará bajo las directivas de los progenitores (Picasso y Sáenz en Herrera, Caramelo, Picasso, 2015).

Se ampliará este análisis en el Capítulo 2, apartado “Régimen de responsabilidad civil de los progenitores”.

Tutela

Los progenitores son los representantes naturales de las personas menores de edad no emancipadas, mientras que “... Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están

³⁸ Artículo 674 del Código Civil y Comercial

³⁹ Artículo 647 Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁰ En el título Cuidado y justicia civil se abordará la cuestión de la responsabilidad objetiva.

⁴¹ Artículo 1755 Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴² Artículo 643. “En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.”

privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio”⁴³ el representante será el tutor que se les designe.

La tutela es una figura legal prevista en el Código Civil y Comercial que tiene por objeto “otorgar cuidado, asistencia y participación, promoviendo la autonomía personal, a la persona y bienes de un niño/a o adolescente que no ha alcanzado la plena capacidad civil” (Baliero de Burundarena en Herrera, Caramelo, Picasso, 2015). Se trata de una figura subsidiaria o supletoria, ya que emerge ante la falta o imposibilidad de los progenitores de brindar protección al menor de edad (Pagano, 2015).

La tutela comprende el cuidado de la persona del menor, promoviendo integralmente el reconocimiento de sus derechos, el cuidado de los bienes del menor y de representación, esto es, que lleve a cabo los actos jurídicos convenientes para su cuidado y para la gestión de su patrimonio (Baliero de Burundarena en Herrera, Caramelo, Picasso, 2015).

Prohibición de malos tratos

Hasta hace relativamente poco tiempo, el castigo físico era una práctica de disciplina infantil ampliamente aceptada socialmente. Sin embargo, con el transcurso de los años, esta percepción ha cambiado significativamente.

La Convención de los Derechos del Niño establece⁴⁴ que los estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias para proteger al niño contra toda forma de malos tratos. Consecuentemente, el Código Civil y Comercial aborda de manera innovadora la prohibición de los malos tratos. Así se prohíbe el castigo corporal⁴⁵ en cualquiera de sus formas, como así también, de los malos tratos y/o cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños, niñas o adolescentes.

Medina (2014) sostiene que el castigo físico o disciplina física es

“la aplicación deliberada de dolor corporal a una persona, aún en detrimento de su condición mental, con la intención de disciplinar para que cambie su conducta en una orientación positiva para la persona que recibe dicho trato” (p.13).

El repudio a los malos tratos es expreso y enfático⁴⁶, quedando desterrada la violencia como herramienta disciplinaria o correctiva en el marco de las relaciones paterno-filiales, englobándose dentro de este concepto a todo acto lesivo de la integridad personal, moral o psicológica y dignidad de las niñas, niños y adolescentes (Notrica, Rodríguez Iturburu, 2015).

⁴³ Artículo 101 inciso b Civil y Comercial.

⁴⁴ Artículo 19.

⁴⁵ Artículo 647 Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁶ Código de Prusia, dictado en el año 1794, establece: “50. Las correcciones no deben jamás degenerar en malos tratos capaces de afectar la salud de los niños ni siquiera de un modo remoto. 51. Si el maestro de escuela estima que las correcciones ligeras son insuficientes para destruir, en un niño, un mal hábito enraizado o una dominante inclinación a vicios y desviaciones, debe advertir al juez y al administrador eclesiástico de la escuela. 52. Estos deberán entonces, de acuerdo con los padres o tutores, examinar la cuestión de una manera más particular, y tomar las medidas de corrección más convenientes. 53. Pero, incluso en este caso, las correcciones no pueden traspasar los límites prescritos por la autoridad paterna.” (Von Carmer et alii, 1800).

Esta prohibición tiene una incidencia directa en la normativa sobre violencia familiar⁴⁷ que entre otras previsiones establece el deber de hacer la denuncia a quien tome conocimiento o tenga sospechas serias sobre una situación de violencia familiar que afecte a un menor.

CUIDADO Y JUSTICIA CIVIL

La responsabilidad civil

Introducción

A fin de realizar un análisis en profundidad de la responsabilidad civil de los titulares de establecimientos educativos, se realizará un abordaje de los componentes esenciales de este concepto. Este análisis incluye la definición de la responsabilidad civil, los presupuestos para su configuración, una explicación del concepto de factor de atribución y una evaluación de las circunstancias que pueden eximir de dicha responsabilidad.

Esta exploración se lleva a cabo con el objetivo de proporcionar una comprensión de la responsabilidad civil en su conjunto. Al tener un conocimiento de este concepto, se genera una base necesaria para abordar de manera particular y pormenorizada la responsabilidad de los titulares de establecimientos educativos.

Responsabilidad civil: definición y función

La Real Academia Española define a la “responsabilidad”, en una de sus acepciones, como

2.f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

Tradicionalmente la responsabilidad civil en el derecho argentino se enfocó en el deber de reparar el daño causado (Alterini, 2015). En este sentido, Bustamante Alsina (1995) ha señalado que "... la responsabilidad civil comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado" (p.73).

En la actualidad, la responsabilidad civil exhibe dos funciones, la reparadora y la preventiva⁴⁸.

Picasso (2015) sostiene que el Código Civil y Comercial mantiene la categoría de responsabilidad civil en su sentido clásico referida exclusivamente a la obligación de reparar un perjuicio. Afirma que la palabra responsabilidad sigue siendo empleada como sinónimo de obligación de reparar.

Dado que la tutela exclusiva a través de la función reparadora resultó insuficiente para garantizar la protección de los derechos de las personas afectadas, el Código Civil y

⁴⁷ La ley nacional 24.417, la ley provincial 12.569 y la ley de la ciudad 1265 legislan sobre la violencia familiar.

⁴⁸ Artículo 1708 del Código Civil y Comercial.

Comercial de la Nación introduce la noción de la prevención del daño de manera complementaria e integradora a la función reparadora (Alterini, 2015). Esta incorporación se refleja en un artículo específico⁴⁹ del Código.

La responsabilidad civil en su función preventiva (art. 1708) busca evitar la causación o el agravamiento del daño y no se limita a reparar el daño sufrido, sino que también busca prevenirlo y, en caso de producirse, mitigarlo (art. 1710, inc. c). Sin embargo, el deber de prevención excluye el daño justificado, como en casos de legítima defensa, ya que sólo la acción u omisión injustificada se considera antijurídica (Müller, 2022).

El principio de prevención es un mandato indeterminado que deberá concretarse en cada caso, según sus singularidades y que se enmarca en el principio de la buena fe; la función preventiva se exterioriza cuando opera una seria amenaza de quebrantamiento del orden jurídico que todavía no se ha concretado e implica el deber de actuar previo a que el daño se consuma o al daño en curso, ya que una vez que el daño se produjo, se debe recurrir al resarcimiento (Posteraro, 2020). El autor ilustra que la función reparatoria y función preventiva están destinadas a complementarse pues ambas se fundamentan en el principio de no dañar a otro (Posteraro, 2020).

Existe una tendencia a brindar mayor protección a las personas en mayor situación de vulnerabilidad, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, se busca fortalecer la prevención a través del sistema agravado de atribución de responsabilidad civil para los titulares de los establecimientos educativos.

Presupuestos de la responsabilidad civil resarcitoria

Los presupuestos son los elementos necesarios en todo supuesto de responsabilidad civil para que se configure la obligación de responder civilmente, la ausencia de uno de ellos obsta a una condena indemnizatoria; así, se sostiene que la obligación de resarcir reconoce como regla la configuración de los siguientes cuatro presupuestos: daño, antijuridicidad, causalidad y factores de atribución (Vázquez Ferreyra, 2015).

El Código Civil y Comercial regula los cuatro presupuestos de la responsabilidad por daños, los que se describirán sucintamente a continuación.

El daño

El daño es el eje en torno al cual gira todo el fenómeno resarcitorio, ya que sin daño no hay responsabilidad civil, pues no hay qué indemnizar (Vázquez Ferreyra, 2015). El daño es el “motor de la responsabilidad” (López Mesa, 2013).

El fundamento del fenómeno resarcitorio es un daño valorado como resarcible, siendo esencial su presencia y su falta de justificación, para que corresponda la reparación del perjuicio; entendiéndose que la indemnización económica no elimina el perjuicio de

⁴⁹ “Artículo 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.”

quien lo sufre sino que sirve para desplazar las consecuencias económicas desfavorables desde el patrimonio de la víctima hacia el de quien debe responder por el menoscabo, así se ha sostenido que el Derecho de Daños tiene la primordial función de distribuir las consecuencias económicas derivadas de un hecho dañoso (Calvo Costa, 2015).

Si bien el Código Civil y Comercial plasma una definición del daño⁵⁰ se menciona a continuación la brindada por Calvo Costa 2005 en Calvo Costa, 2015:

lesión a un interés —obviamente ajeno— patrimonial o extrapatrimonial, jurídicamente protegido, que provoca consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales, respectivamente (p. 8).

El daño, como hecho jurídico, para que adquiera relevancia en el mundo del derecho, debe trascender jurídicamente y contiene dos elementos que contribuyen a integrar su estructura: 1) el elemento material representado por el hecho físico y que representa su núcleo interior; y 2) el elemento formal proveniente de la norma jurídica, representado por la reacción suscitada en el ordenamiento jurídico a consecuencia de la perturbación de un interés jurídicamente tutelado (Calvo Costa, 2015).

En suma, el daño debe ser injusto, es decir no debe haber un motivo legal que lo justifique, ya que si ese fuera el caso las consecuencias de ese daño legal no podrían ser endosadas a ningún otro patrimonio (Shina, 2022).

La antijuridicidad

El segundo presupuesto de la responsabilidad civil es la antijuridicidad. Bueres (2016) ha sostenido que

la antijuridicidad es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico apprehendido en su conjunto... (p. 160)

Ese autor explicita que la antijuridicidad supone un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento (leyes, costumbres, los principios jurídicos y las reglas del orden natural), lo antijurídico es la conducta transgresora de la norma, en tanto que hay una lesión de un interés jurídico resarcible (daño). El Código Civil y Comercial se refiere expresamente⁵¹ a este presupuesto y establece que es antijurídica toda conducta (por acción u omisión) que causa un daño no justificado. Si no hay daño la conducta podrá ser antinormativa, ya que para que exista antijuridicidad es necesario que exista un daño (Alterini, 1963).

El nexo causal

El tercer presupuesto de la responsabilidad civil es la relación de la causalidad. Este presupuesto hace referencia a la existencia de la vinculación entre uno o más hechos o conductas humanas, que pueden incluir acciones positivas y conductas omisivas, identificadas como la causa, y la producción del daño, que se considera el efecto por el cual alguien deberá responder civilmente (Barbará, 2014).

⁵⁰ Artículo 1737.- "Definición de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva"

⁵¹ Artículo 1717: "Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".

La relación de causalidad supone establecer el ligamen existente entre un acto (acción u omisión) y sus consecuencias (Goldemberg, 2000).

En un primer momento la causalidad sirve para saber si un hecho dañoso es consecuencia de otro. En una segunda instancia la causalidad determina la extensión de la reparación, es decir, cuáles son las consecuencias inmediatas y mediatas casuales por las que se debe responder (Vázquez Ferreyra, 2015). Al igual que en los presupuestos anteriores el Código se refiere expresamente a la relación de causalidad⁵².

Por eso se afirma que la relación de causalidad tiene dos funciones. La primera se proyecta sobre la autoría y la segunda sobre la adecuación de las circunstancias.

El factor de atribución de la responsabilidad civil

Por último, se abordará el cuarto presupuesto, el factor de atribución de la responsabilidad civil. Dicho presupuesto, como se advertirá a lo largo de este título, adquiere gran relevancia en la responsabilidad civil que se le atribuye a los titulares de los establecimientos educativos y a los docentes y directivos y alumnos.

Este presupuesto sólo se requiere para los casos de responsabilidad civil resarcitoria, y no se lo requiere en la prevención.

El derecho, a diferencia de la naturaleza, puede decidir arbitrariamente cuándo y cómo vincular a un sujeto con un hecho o acto dañoso y hacerlo responsable por sus consecuencias, a ese fenómeno jurídico se lo denomina, factor atributivo de responsabilidad (Shina, 2022).

La denominación de factor de atribución fue una elaboración de la doctrina, que hace mención al fundamento que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño, es decir, consiste en la razón especial que determina quién debe soportar los efectos del daño (Vázquez Ferreyra, 2016).

En el Código Civil de Vélez Sarsfield estaba previsto un único factor de atribución, que se basaba en la culpabilidad comprensiva tanto de la culpa propiamente dicha como del dolo (intención de dañar). Indica Vázquez Ferreyra (2016) que la doctrina durante muchas décadas sostuvo la idea de la culpa como fundamento casi exclusivo de la responsabilidad civil, no se concebía a la misma sin la presencia de culpabilidad y sin la voluntariedad del sujeto (sin esta no puede hablarse de culpa o dolo, pues ambas suponen un acto voluntario). Sin embargo, a fines del Siglo XIX ocurrieron grandes cambios en la sociedad que conllevaron la aparición de nuevos daños, generando que el criterio de la culpabilidad resultase insuficiente frente a los nuevos daños, así surgieron otros factores de atribución no llevan en sí un juicio valorativo del comportamiento generador del perjuicio. Concluye el autor que hoy el factor de atribución es equivalente al fundamento del deber de reparar (Vázquez Ferreyra, 2016).

⁵² Artículo 1726: “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.”

Este presupuesto trata de responder dos interrogantes: quién responde y en virtud de qué circunstancia (Díaz, F. P. (2017). El artículo 1721 del Código Civil y Comercial dispone

La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

Seguidamente se analizarán ambos factores de atribución de la responsabilidad civil.

Factor de atribución subjetivo

Los factores de atribución subjetivos son aquellos que parten del análisis de una conducta voluntaria y desajustada. Los únicos factores subjetivos de atribución de la responsabilidad civil son la culpa y el dolo, no hay otros (Vázquez Ferreyra, 2016). Es decir, ponen el acento en el reproche de la conducta al responsable (Herrera, Caramelo, Picasso, 2015).

Tanto el dolo como la culpa requieren la voluntariedad de acto, entendiéndose por tales, los ejecutados con discernimiento, intención y libertad, que se manifiestan por un hecho exterior⁵³ (Tanzi y Papillú, en Bueres, 2018).

Como se analizará más adelante, el factor de atribución de la responsabilidad de los docentes y directivos es subjetivo.

Tanzi y Papillú, en Bueres (2018) explican que la doctrina sostiene que la culpa es un defecto, una desviación o un extravío de la conducta exigible, siendo esa desviación o defecto lo que justifica su reproche; tiene dos elementos negativos: a) Carencia de la diligencia debida; b) Ausencia de malicia, ya que de existir ésta estaríamos en presencia del dolo. Agregan que en el acto entendido como culposo la voluntad de la persona va dirigida hacia su realización más no al resultado nocivo.

El Código Civil y Comercial⁵⁴ define a la culpa como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo, y el lugar, comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión (Vázquez Ferreyra, 2016).

La impericia, la imprudencia en el arte o profesión y la negligencia, son rostros o formas de un obrar culposo, estas han sido definidas por Herrera, Caramelo, Picasso (2015) como:

La negligencia consiste en no prever lo que era previsible, o habiéndolo hecho, no adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño. La imprudencia se traduce en una conducta positiva, precipitada o irreflexiva, que es llevada a cabo sin prever las consecuencias. Finalmente la impericia consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte. (p. 429)

⁵³ Artículo 260 Código Civil y Comercial.

⁵⁴ Artículo 1724 Código Civil y Comercial.

Mientras que, el dolo⁵⁵ se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Los elementos del dolo son la intención o la indiferencia respecto de los intereses ajenos, y se descarta el requisito de la mala fe (Tanzi y Papillú, en Bueres, 2018).

En conclusión, la culpa consiste en la omisión de la diligencia debida, la persona tiene previsibilidad de dicho resultado, y de allí deriva su defecto de conducta ya que si bien omite la diligencia debida no quiere ese resultado; mientras en el dolo ocurre la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, por lo que en este caso hay una previsión (Tanzi y Papillú, en Bueres, 2018).

El factor de atribución objetivo

Los factores objetivos⁵⁶ de atribución son los que prescinden de juzgar valorativamente la conducta del llamado a responder, siendo aquellos en los que la culpa de la persona es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad y en los cuales el eventual responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario (Vázquez Ferreyra, 2016). Es decir, prescinden del análisis valorativo de la conducta y se centran en elementos objetivos que variarán en cada supuesto (Herrera y otros, 2015).

Los factores objetivos de atribución constituyen un catálogo abierto sujeto a expansión. Por ese motivo, su mención sólo puede ser enunciativa, teniendo en común que prescinden del análisis valorativo de la conducta del agente que causa un daño y resultando indiferente la voluntariedad y la culpabilidad; en estos casos el fundamento de la reparación está en una causa externa, distinta del juicio valorativo que merezca la conducta dañosa, por ejemplo, el haber desarrollado una actividad riesgosa (Vázquez Ferreyra, 2016).

Los factores objetivos son varios, algunos se encuentran expresamente regulados en el Código Civil y Comercial, mientras que otros no están expresamente contemplados pero son obra de la doctrina y jurisprudencia⁵⁷ (Vázquez Ferreyra, 2016). Así, el artículo 1723 del Código Civil y Comercial establece que si un deudor se compromete a lograr un resultado específico, su responsabilidad es objetiva, es decir, es responsable de cumplir ese resultado sin importar su grado de diligencia. En consecuencia, se entenderá que si el deudor solo se compromete a seguir un plan de conducta diligente para intentar alcanzar el resultado, pero no garantiza su obtención, la responsabilidad es subjetiva y se evalúa si actuó con la diligencia esperada (Herrera y otros, 2015). También, los factores objetivos están contemplados en leyes especiales (por ejemplo la ley N° 24.240 contempla el deber de indemnidad, aplicable a la responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos).

Entre los supuestos de aplicación de los factores de atribución objetiva se pueden citar a los siguientes: a) Daños causados por actos involuntarios (factor equidad, art. 1750, b) Responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos (factor garantía, art.1754 y

⁵⁵ También previsto en el artículo 1724 del Código Civil y Comercial.

⁵⁶ Están definidos en el artículo 1722 del Código Civil y Comercial.

⁵⁷ El autor ejemplifica lo expuesto indicando que el artículo 1723 habla de la responsabilidad objetiva ante el incumplimiento de una obligación de resultado, y si bien no se indica expresamente, se entiende que el factor de atribución es la garantía.

1755), c) Daño causado por actividades riesgosas (factor riesgo creado, art. 1757), d) Responsabilidad de los establecimientos educativos (factor garantía, art. 1767) (Vázquez Ferreyra, 2016).

Se describirán brevemente los principales supuestos de factores de atribución objetiva:

El riesgo creado y las actividades riesgosas

Pizarro, 1983, como se citó en Vázquez Ferreyra, 2015 sintetiza la doctrina del riesgo creado de la siguiente manera:

quién se sirve de cosas que por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan. (p. 16)

Mosset (1982) refiere que este factor persigue descubrir el origen del riesgo y determinar quién lo comprende y controla, ya que la persona que posea este conocimiento y control será la responsable del daño causado.

Un ejemplo de este supuesto es el accidente causado por el conductor de un automóvil⁵⁸.

El Código Civil y Comercial⁵⁹ establece que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La equidad

Es entendida como la justicia del caso concreto (Vázquez Ferreyra, 2015).

La equidad funciona como factor de atribución y también como un atenuante de la responsabilidad civil⁶⁰, ya que puede determinar una limitación en la extensión del deber de reparar (Galdós, 2021). Ello atento que el inciso 3 del artículo 1710 establece que "la indemnización se disminuirá o aumentará según la incidencia causal del daño y de la culpa del damnificado."

Respecto a la equidad como factor de atribución, el Código Civil y Comercial⁶¹ dispone que el autor de un daño ocasionado por un acto involuntario responde por razones de equidad (ejemplo: el acto ilícito cometido por un menor de 10 años⁶²).

⁵⁸ Artículo 1769 del Código Civil y Comercial.

⁵⁹ Artículo 1757 del Código Civil y Comercial.

⁶⁰ Artículo 1742 del Código Civil y Comercial.

⁶¹ Artículo 1750 del Código Civil y Comercial.

⁶² Artículo 261 "Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento: a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales."

Ello se fundamenta en que al no haber voluntad no hay culpabilidad y la equidad actúa como factor de atribución objetivo para que quien sufra injustamente un daño pueda obtener una reparación, aun cuando quién la cause actúe involuntariamente (Galdós, 2021). En estos casos, el juez podría determinar una indemnización basándose en las circunstancias particulares, siempre y cuando se trate de un acto u hecho que sea claramente objetivamente antijurídico (Vázquez Ferreyra, 2015).

El deber de garantía

Vázquez Ferreyra (2015) sostiene que

El deber de garantía sirve de fundamento en determinados supuestos en que hay que indemnizar el daño causado por los actos u omisiones de otras personas. (p. 17)

Continúa indicando el autor que tradicionalmente para estos casos se hablaba de una culpa in eligendo o in vigilando, luego se llegó a hablar de una presunción de culpa; la garantía funciona en otros supuestos de responsabilidad a través de la llamada obligación de seguridad (Vázquez Ferreyra, 2015). La aplicación práctica de dicha obligación se ha visto menguada en aspectos relevantes desde la sanción del Código Civil y Comercial (Pizarro, 2015).

El Código Civil y Comercial no menciona expresamente a la garantía como factor objetivo de atribución, sin embargo, surgen supuestos en los cuales es la garantía el factor de atribución (en el caso de la responsabilidad por el hecho del tercero) (Vázquez Ferreyra, 2015). Otro supuesto en el cual la garantía es el factor de atribución aplicable es el caso de la responsabilidad de los titulares de los establecimientos educativos (Lopez Mesa, 2015). Se ampliará sobre este factor, al analizar el artículo 1767 del Código Civil y Comercial.

Eximentes de la responsabilidad civil

Según enseñan y Galdós y Valicenti (2018) los eximentes de responsabilidad civil refieren "... a la existencia de motivos, causales o circunstancias que permiten desligarse del deber de responder, es decir, a la no responsabilidad o la irresponsabilidad." (p.1)

Se utilizan en general y, en forma indistinta, expresiones como exoneración, eximición y liberación (Galdós, Valicenti, 2018).

El Código Civil y Comercial de la Nación establece taxativamente cuáles son las causales de exoneración de responsabilidad que podrán eximir total o parcialmente de la obligación de reparar las consecuencias jurídicas del daño; estas causales interrumpen uno o más de los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil que generan la obligación de reparar el daño causado, como lo es la realización de un comportamiento antijurídico y/o que excluya la culpabilidad, o que interrumpa la relación de causalidad (González Freire, 2020).

Las causales de eximición previstas en el Código son las siguientes: 1) Las causales de justificación⁶³ (excluyen la ilicitud); 2) La asunción de riesgos⁶⁴; 3) El consentimiento del damnificado⁶⁵; 4) El hecho del damnificado⁶⁶; 4) El caso fortuito o fuerza mayor⁶⁷ (esta causal rompe/excluye la relación causal); 5) El hecho de un tercero⁶⁸; 6) La imposibilidad de cumplimiento⁶⁹; y 7) La dispensa anticipada de la responsabilidad⁷⁰.

Nótese que el Código Civil y Comercial sólo exime de responsabilidad civil al titular del establecimiento educativo que probase caso fortuito o fuerza mayor ajeno a la actividad. A continuación se analizará esta causal. Además, en el título sobre la responsabilidad civil del titular del establecimiento educativo se analizarán los requisitos que exige la doctrina jurídica para la configuración del caso fortuito y fuerza mayor, en ese contexto.

El caso fortuito o fuerza mayor

El Código Civil y Comercial⁷¹ define al caso fortuito o fuerza mayor como

(aquel) hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

El caso fortuito rompe el nexo de causalidad porque se trata de hechos que no acostumbra a suceder conforme al curso natural y ordinario de las cosas, se trata de hechos que escapan a la previsibilidad normal de una persona o, cuando son previsibles, revisten el carácter de inevitables (Tanzi y Papillú, en Bueres, 2018).

Los requisitos para la configuración del caso fortuito o fuerza mayor son⁷²:

a) Extraneidad o exterioridad: debe tratarse de un hecho ajeno a la persona que se le imputa el daño; la extraneidad implica también que el hecho fortuito no debe resultar de la culpa de la persona sindicada como responsable (Tanzi y Papillú, en Bueres, 2018). En este sentido, Lorenzetti (2016) explica que esa persona no debe haber colocado un antecedente idóneo, por acción o por omisión, que haga posible el suceso lesivo, por ejemplo, el que coloca una vaca en un campo bajo y muere a causa de una inundación extraordinaria.

Enseñan Tanzi y Papillú, en Bueres (2018) que en los casos de responsabilidad objetiva el caso fortuito debe ser extraño a la cosa o a la actividad. Este último aspecto, como se verá, reviste trascendental importancia en la configuración del caso fortuito en los casos de responsabilidad civil atribuida a los titulares de los establecimientos educativos.

b) Imprevisibilidad: debe ser imposible de prever (no hay razón para creer que sucederá), así se entiende que el hecho es imprevisible cuando supera la aptitud predictiva media o la previsión de un hombre diligente (Tanzi y Papillú, en Bueres, 2018).

⁶³ Artículo 1718 del Código Civil y Comercial.

⁶⁴ Artículo 1719 del Código Civil y Comercial.

⁶⁵ Artículo 1720 del Código Civil y Comercial.

⁶⁶ Artículo 1729 del Código Civil y Comercial.

⁶⁷ Artículo 1730 del Código Civil y Comercial.

⁶⁸ Artículo 1731 del Código Civil y Comercial.

⁶⁹ Artículo 1732 del Código Civil y Comercial.

⁷⁰ Artículo 1743 del Código Civil y Comercial.

⁷¹ Artículo 1730 del Código Civil y Comercial.

⁷² Han sido fijados por la doctrina y la jurisprudencia.

c) Inevitabilidad: se trata de la característica más importante de este eximente porque también la imprevisibilidad, desemboca en ella, ya que un hecho que no ha podido preverse, tampoco ha podido evitarse (Lorenzetti, 2016). El hecho debe ser inevitable o irresistible, se trata de un requisito decisivo ya que abarca todos aquellos casos en que aún la persona más precavida, no pueda evitarlos o no pueda hacerles frente, ello no implica que se exija que actúe con aptitudes equivalentes a un “súper hombre”; sino que a fin de determinar si se ha configurado o no la inevitabilidad se tendrán presente las circunstancias del caso y en ese marco se verificará el alcance de tal supuesto (Tanzi y Papillú, en Bueres, 2018). Aunque el hecho se haya presentado como previsible, al presentarse como irresistible podrá ser considerado caso fortuito.

d) Actualidad: se exige que sea actual, no meramente eventual o una posibilidad o amenaza, así, por ejemplo, no configura el caso fortuito la amenaza de boicot (Tanzi y Papillú, en Bueres, 2018).

e) Insuperabilidad: el hecho debe ser insuperable, es decir, no puede ser invocado en los casos en que la conducta no se adecua a la diligencia apropiada conforme las circunstancias del caso, en suma, debe tratarse de un obstáculo insalvable (Tanzi y Papillú, en Bueres, 2018).

La responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos

En relación a la expresión de los conflictos en torno a la falta de cuidado como generadores de la responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos, a continuación se realizará un análisis de esta cuestión desde la regulación de la normativa de derecho civil argentino y su evolución desde la sanción del Código Civil de Dalmacio Velez Sarfield.

Conceptos generales del ámbito educativo

El titular del establecimiento educativo

El titular del establecimiento es aquel que emprende la actividad educativa, pudiendo o no ser titular del inmueble en el que se presta el servicio educativo (Kemelmajer, 2001). Agrega Kemelmajer (2001) que

... la ley abarca todos los supuestos en que la enseñanza se imparte a un menor a través de una organización empresarial que supone control de una autoridad. Así la responsabilidad objetiva no afectaría a una maestra de inglés que da clases particulares, pero sí a un instituto, organizado bajo la forma de empresa⁷³, que tiene una dirección o función equivalente. (p.10)

Moeremans (2015) entiende por titular del establecimiento educativo a “las organizaciones establecidas para impartir enseñanza sin que sea procedente limitar su alcance a aquéllas que estén encuadradas dentro de la ley federal de educación, o dicho de otro modo, todo establecimiento en que se cumpla la función educativa”. (p.2)

⁷³ Esta es la justificación para que se aplique la Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor.

Alumno/a

La Real Academia Española lo define como

persona que recibe enseñanza, respecto de un profesor o de la escuela, colegio o universidad donde estudia.

Autores como Messineo, en Calderon (2007) sostienen que para ser considerado alumno, sus representantes legales deberán haber celebrado con los titulares del establecimiento un contrato de enseñanza en el cual expresamente se establezca que el objeto del mismo es brindar el servicio de enseñanza al menor. En este sentido, Compiani (2015) refiere que la calidad de alumno se adquiere cuando el representante del niño, niña o adolescente suscribe el contrato de enseñanza con el titular del establecimiento educativo. La celebración de un contrato de enseñanza es un acto propio de un establecimiento educativo de gestión privada.

Con respecto al contrato de enseñanza de los establecimientos de gestión privada (Taraborrelli, 2003) sostiene que un contrato a favor de tercero en donde se establece una relación jurídica triangular: a) estipulante: progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental; b) promitente: establecimiento educativo; c) tercero beneficiario: hijo o hija menor de edad (estudiante). Esa estipulación a favor del tercero nace de la voluntad del progenitor (estipulante), se inserta al contrato de enseñanza privada, que le sirve de base, en el cual la prestación hacía el estudiante (tercero) estará a cargo del establecimiento educativo (promitente), y en donde el alumno (beneficiario) es un tercero ajeno al contrato base.

Con relación a la condición de alumno de un establecimiento de gestión estatal, Sotto Kloss, en Aguilera Rojas y Jofré Ríos (2018) sostiene que el alumno al ingresar al establecimiento a través de un acto administrativo de admisión, que se perfecciona mediante su matriculación, adquiere un status en el que posee derechos y está sujeto a obligaciones y deberes tanto académicos como disciplinarios.

Antecedentes en la normativa nacional

Artículo 1.117 Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield

El Código Civil de la Nación Argentina, cuya redacción fue encargada a Dalmacio Vélez Sársfield, entró en vigencia el 1 de enero de 1871. Dieciocho años demandó la sanción de este código, que estaba previsto por el artículo 64, inciso 11, de la Constitución Nacional del año 1853. El Código Civil contó con más de cuatro mil artículos destinados a regular el universo de relaciones del derecho común⁷⁴.

⁷⁴ ¿Qué se entendía por derecho común en el siglo XIX? El derecho común es un sistema normativo que actualmente carece de vigencia, responde a un período histórico ya pasado en el que se produjo un desarrollo de la vida económica debido a la intensificación de las relaciones entre los pueblos que llevaron al diseño y aparición del denominado derecho común. La doctrina se refería a este derecho común incluyendo en él el Derecho Romano-Canónico (Adams, 2017).

Con relación al tema que nos ocupa, se advierte que la importancia social que ha tenido el rol de cuidado en las escuelas, aun con diferentes niveles de relevancia, se remonta a la existencia misma de las escuelas. A punto tal que el Código Civil de Dalmacio Vélez Sársfield, contempla un artículo especial sobre las consecuencias legales que acarrea el incumplimiento al deber de cuidado en las escuelas. Este incumplimiento podrá, si se dan determinados requisitos, generar responsabilidad civil, la cual en su función resarcitorio, es entendida como la obligación de reparar los perjuicios que se ocasionen indebidamente a otros con el objetivo de volver las cosas al estado anterior, mediante el pago de una suma de dinero (Sagarna, 1996).

El Código Civil Argentino, en su redacción originaria estableció en el artículo 1.117:

Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo. Rige igualmente respecto de los directores de colegios, maestros artesanos, por el daño causado por sus alumnos o aprendices, mayores de diez años, y serán exentos de toda responsabilidad si probaren que no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y con el cuidado que era de su deber poner.

Si bien se ha sostenido que la responsabilidad de los educadores nació unida a la responsabilidad de los progenitores, se advierte que ello no es totalmente asimilable ya que los educadores sólo revisten en el espacio educativo la autoridad necesaria para la preservar el mantenimiento del orden (Parellada, 2017).

La norma ponía en cabeza del director y de los maestros artesanos la obligación de vigilancia de los alumnos y sólo podrían eximirse de esta obligación de reparar si demuestran no haber podido impedir el daño con la autoridad de la que han sido investidos (Sagarna, 1996).

Ribera (1997) indica que, en el esquema de Vélez Sarsfield, existía consenso en la doctrina jurídica de que cuando el alumno causaba un daño a otro o a un tercero se presumía la culpa del director o maestro artesano, pero cuando se refería a los daños causados por los alumnos a sí mismos⁷⁵ se exigía que la víctima probase la culpa del director o maestro artesano. Además, la responsabilidad recaía en el director y en los maestros artesanos⁷⁶ y no en la entidad propietaria ni en los docentes del establecimiento educativo y en caso de reclamar un resarcimiento a cualquiera de ellos se debía probar la culpa de estos (Ribera, 1997).

Los daños sufridos por el alumno podían ser reclamados únicamente con fundamento en la responsabilidad personal de aquel que lo hubiera causado o invocando el incumplimiento de la obligación de seguridad ajena al contrato de enseñanza. El artículo 1117 del Código Civil no cubría los daños que pudiera provocar el alumno a sí mismo ya sea por su negligencia o por carencia de cuidado del personal del establecimiento, sino exclusivamente los daños causados por los alumnos a terceros (Parellada, 2017).

Los sujetos obligados por este deber de vigilancia eran los directores y los maestros artesanos. Se precisará el alcance de ambos, aclarándose que el encuadre como director

⁷⁵ La responsabilidad debía analizarse por aplicación del artículo 1.109 del Código Civil.

⁷⁶ Seguidamente se analizará qué se entendía por maestro artesano.

de Colegio y como maestro artesano exige una interpretación restrictiva (Sagarna, 1996).

Sobre el director, Sagarna (1996) considera que siempre que nos encontremos con una dirección de esa naturaleza, aunque no reciba esa denominación, la norma es aplicable pero con carácter restrictivo. En este sentido indica que los actos del implicado deben constituir una verdadera dirección del establecimiento que se ponga de manifiesto en vigilancia que lleva a cabo y que no debía aplicarse el artículo en aquellos casos en los cuales las situaciones sean dudosas. Además, Sagarna (1996) sostiene que otra doctrina -Llambías, Trigo Represas, Kemelmajer de Carlucci, Mosset Iturraspe y otros- entienden que se considerará director a aquel que tenga una función directiva con cierta permanencia en un establecimiento educativo.

Sobre el otro supuesto, el de los maestros artesanos, Sagarna (1996) sostiene que

(...) es aquel que dirige una escuela-taller para enseñar un oficio o arte a los aprendices que recurren a ésta debido al interés o necesidad que experimenten de adquirir dichos conocimientos (p. 101).

Aplica a los establecimientos en los que el maestro forma a través de consejos a sus estudiantes y en los que se enseñan oficios, tales como albañilería, plomería, etc. (Sagarna, 1996).

Por último, respecto de los docentes del establecimiento educativo, la norma en análisis no los incluye, de modo que si se les pretende achacar responsabilidad por el hecho de sus alumnos se deberá arrimar todo tipo de prueba que sirva para demostrar que actuó con culpa o negligencia en el ejercicio de su deber de vigilancia (Sagarna, 1996). Desde este punto de vista, los docentes tienen ventaja respecto de los directivos o maestros artesanos, en el sentido que si un tercero los demanda por el hecho de un alumno, estos últimos son presumidos culpables (Sagarna, 1996).

La edad del alumno ha generado opiniones divididas en la literatura legal. La doctrina dominante afirma que los menores de diez años carecen de discernimiento en función de su edad y por ello, no les aplican las previsiones del artículo 1117 del Código Civil. Además, se sostiene que los directivos y maestros artesanos responderán por sus alumnos o aprendices desde el día en que estos cumplan diez años de edad, ello, sin perjuicio de la responsabilidad que podrán tener por los hechos ilícitos de los menores de esa edad (Sagarna, 1996).

En conclusión, sobre la versión original del artículo 1117 del Código de Vélez, Parellada (2017) sostiene que se debe considerar que las razones que motivaron la atribución de una presunción de culpa del director y del maestro artesano cuando sus alumnos causen un daño a terceros son las siguientes:

- a. La dificultad de la víctima del daño para demostrar la falta de vigilancia del maestro artesano o del director de escuela.
- b. Los directivos en su carácter de organizadores del control de la conducta de los alumnos, deben garantizar su incapacidad para causar un daño. Los directivos reemplazan a los padres en la supervisión de la conducta de los niños, niñas y adolescentes mientras están a su cargo y por ello deben asumir responsabilidad.

Además, sostiene Ribera (1997) que la norma tiene por objeto una protección hacia los terceros que sufrían daños como consecuencia de la acción del alumno mayor de diez años.

Al establecer la responsabilidad de los directivos y de los maestros artesanos, el Código Civil reflejó las ideas imperantes en esa época, entendiéndose que quienes estaban a cargo de personas que no resultaban imputables tenían un deber de vigilancia, cuya omisión de cumplimiento comprometía su responsabilidad (Parellada, 2017).

Se reitera que este esquema estuvo vigente hasta el año 1997.

Artículo 1.117 Código Civil Argentino reformado por la
Ley N° 24.830/1997

La realidad de la práctica escolar demandaba un cambio en el régimen de responsabilidad civil. Fue así que en el año 1997 se modificó el artículo 1.117 de Código Civil cambiando sustancialmente el régimen de responsabilidad civil de los establecimientos educativos. Como cambio radical, se eliminó la culpa presumida del director del establecimiento y la del maestro artesano y se estableció una responsabilidad objetiva de los propietarios de los establecimientos educativos.

Kemelmajer de Carlucci (1998) realizó un *racconto* de las causas que llevaron a la modificación de la supresión de la culpa presumida de Director y maestro artesano, mencionando algunas de ellas: la presunción no tenía sustento en la realidad, ya que no es posible para un director vigilar a los alumnos, la responsabilidad generó un estado de angustia entre los directivos que perjudica a todo el sistema educativo, el director es un empleado de la entidad propietaria del establecimiento educativo al igual que los maestros, de modo que aquellos no deberían responder por las acciones u omisiones de los docentes.

Por su parte, Andrada, A. (2001) indica que la pedagogía aspira a que los educandos no repitan contenidos predispuestos sino que se desarrollen como personas curiosas y descubridoras. Ahora bien, para generar esa motivación se debe salir de los locales escolares, así fue que se han ido multiplicando las experiencias de campo y los alumnos cada vez más realizan actividades fuera de la escuela: un museo, un viaje educativo, etc. Sin embargo, durante las actividades fuera de la escuela los posibles daños se multiplican. La comunidad docente estaba preocupada por las consecuencias que esos posibles daños le implicaba a título personal, esta preocupación ha sido transmitida a los legisladores.

También, Kemelmajer de Carlucci, A. (1998) resume las razones por las cuales la reforma le atribuye responsabilidad objetiva al establecimiento educativo: en la educación moderna la vigilancia de los estudiantes está sometida al control de una organización compleja, la cual establece las pautas a instrucciones que deben cumplirse en una escuela y por ello, esta debe asumir la responsabilidad empresarial que le compete; la organización de la actividad educativa es definida por la entidad propietaria, la cual conlleva posibles riesgos por ello, la falta de culpa de los docentes no tiene por qué excluir de responsabilidad a la entidad propietaria ya que de esta se desprenden las

dirección de las actividades que se desarrollan, cuya defectuosa ejecución puede ser la causa generadora del hecho dañoso que sufra o cause un alumno.

El nuevo texto quedó redactado de la siguiente manera:

Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito.

Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente.

La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario o universitario.

Como se ha indicado, el artículo 1.117 en su versión original no incluía todos los daños sufridos en el ámbito educativo. El nuevo texto incluye los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa. Se incorpora el daño sufrido por el alumno pero sigue regulando el caso previsto en el viejo artículo 1.117, el de los daños causados por un alumno a un tercero. Además, la nueva norma aplica a todos los estudiantes menores de edad y no solo a los mayores de diez años, como establecía el artículo original (Borda, 2008).

Kemelmajer de Carlucci, A. (1998) indica que los juristas han repetido en muchas ocasiones que los establecimientos educativos asumen frente a las familias una obligación principal que es la de prestar educación y una obligación de seguridad la cual en caso de no cumplirse genera en forma directa la responsabilidad del establecimiento educativo, esta obligación de seguridad implica que el colegio debe garantizar la indemnidad del alumno en paralelo al cumplimiento de la obligación principal de brindar educación. En este sentido, Borda (2008) sostiene que es irrelevante que el autor del hecho sea un empleado del colegio o un tercero por quien no debe responder, ya que la obligación de indemnizar el daño se fundamenta en el deber de cuidado y con él el de seguridad que asume la escuela, la cual existe con independencia de quien resulte dañador.

Con relación a los establecimientos comprendidos en la norma Kemelmajer de Carlucci (1998) sostiene que se incluyen todos los establecimientos en los cuales la enseñanza se imparte a un menor a través de una organización de tipo empresarial que supone control de una autoridad.

Esta reforma conlleva la atribución de la responsabilidad objetiva para los titulares de los establecimientos educativos. Ello implica que el establecimiento resulta garante de todo lo que le ocurra y cause al estudiante mientras está bajo la autoridad educativa, salvo la prueba del caso fortuito. Ello no significa considerar que la educación es una actividad riesgosa ni peligrosa, sino que nuestra legislación establece que quien presta el servicio educativo tiene la obligación de prestarlo sin generar daños (Kemelmajer de Carlucci, 1998).

El único eximente para la entidad propietaria del establecimiento educativo es el caso fortuito. Ni la prueba de la diligencia o falta de culpa del propietario del colegio y ni

quiera la prueba de la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder resultaban, en principio, suficientes para liberar de responsabilidad al titular del establecimiento educativo (Navarro Floria, 2017).

Además, la nueva norma establece la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil cuyo objeto ha sido garantizar a las víctimas el resarcimiento económico. La norma omitió precisar si la contratación del seguro comprende los daños que causen a terceros y a los sufridos por ellos mismos, además, se establece que cada provincia deberá regular cuáles son las condiciones que debe cumplir ese seguro y las sanciones en los supuestos de no contratación del mismo por parte de los establecimientos (Cifuentes & Sagarna, 2003).

En conclusión, Borda (2008) explicita las condiciones para que aplique la responsabilidad objetiva de los establecimientos educativos:

1. Alumnos menores de edad pertenecientes a los niveles⁷⁷ primario y secundario. Se excluye a los institutos terciarios o universitarios.
2. Al momento de ocurrir el hecho generador del daño el estudiante debe encontrarse bajo la órbita de cuidado del establecimiento.
3. El daño no debe haberse producido por caso fortuito.

En síntesis, a partir del año 1997, se instaura un nuevo régimen de responsabilidad civil en relación a los daños sufridos o causados por los estudiantes de los establecimientos educativos. El fundamento para atribuir responsabilidad se sustenta en el factor de garantía, lo que significa que el alumno debe abandonar el establecimiento educativo, tanto público como privado, indemne. Esta responsabilidad recae en el titular de la entidad que ofrece el servicio educativo, eliminando la atribución de responsabilidad del director del establecimiento por los daños causados por los alumnos, en contraste con lo que estipulaba el artículo 1.117 en su versión original (Cifuentes & Sagarna, 2003).

Este esquema rigió hasta agosto del año 2015.

El Código Civil y Comercial Argentino, artículo 1767

Análisis preliminar de la norma

El 1° de agosto del año 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación⁷⁸, derogándose el Código Civil de Dalmacio Velez Sarsfield, como así también sus sucesivas modificaciones.

El mencionado código, al igual que su predecesor, contempla un artículo especial sobre las consecuencias legales que acarrea el incumplimiento al deber de cuidado en las escuelas. Este incumplimiento podrá, si se dan determinados requisitos, generar responsabilidad civil, la cual -como se ha indicado anteriormente- es entendida como la obligación de reparar los perjuicios que se ocasionen indebidamente a otros con el objetivo de volver las cosas al estado anterior, mediante el pago de una suma de dinero (Sagarna, 1996).

⁷⁷ También incluía al nivel inicial.

⁷⁸ Ley N° 26.994.

El artículo 1.767 del Código Civil y Comercial, establece:

El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime solo con la prueba del caso fortuito.

El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora.

Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria.

Se debe tener presente que el esquema de responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos comprende no sólo la función resarcitoria (artículo 1767 CCyCN) sino que además debe contemplar la función preventiva (artículos 1710 y siguientes del CCyCN).

López Mesa (2015) refiere que el artículo 1767 del Código Civil y Comercial es en esencia igual a su predecesor, el artículo 1117 del Código Civil, pero que en sus costados resulta iluminado por diferentes luces, lo que hace que su color haya cambiado al punto de lucir diferente.

El legitimado pasivo⁷⁹ es el titular del establecimiento educativo, es decir, es quien tiene la licencia a su nombre y puede explotar la actividad escolar, con prescindencia de si es o no propietario del edificio sobre el que se asienta el establecimiento o si lo utiliza en carácter de locatario o comodatario u otra vinculación contractual (López Mesa, 2015). Lorenzetti (2016) sostiene que el artículo 1767 despeja toda duda respecto de a quién considera titular del establecimiento educativo, entendiéndose por tal a aquel que organiza y emprende el servicio educativo.

Al igual que su predecesor, el artículo 1767 aplica a los daños que causen y también los que sufran los estudiantes menores de edad. López Mesa (2015) expone que sobre los titulares de los establecimientos educativos recae una obligación de seguridad respecto de sus alumnos la cual es de resultado, ello significa que los menores deben salir ilesos de la escuela.

El alcance de esta norma se ajusta a dos contextos: el primero se refiere al espacio, incluyendo la escuela, el colegio, el jardín de infantes, y actividades extraescolares organizadas por la misma institución. El segundo se relaciona con el ámbito temporal, es decir, se aplica en el momento en que los alumnos estén o deban estar bajo la supervisión de la autoridad educativa. Esto comprende tanto el tiempo que pasen dentro de la institución escolar como en actividades externas organizadas por la escuela, así como un período razonable posterior para su retiro por parte de los adultos responsables.

El único eximente para la entidad propietaria del establecimiento educativo es el caso fortuito. Además, la norma mantiene la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil.

⁷⁹ "... entiéndase (por legitimado pasivo) a la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción" Chiovenda en Ordoñez Guzmán (2017).

El fundamento de la obligación de responder

Desde el año 1997 con la reforma del artículo 1117 del Código Civil, la responsabilidad de los titulares de los establecimientos educativos es objetiva y solo se eximen si demuestran el caso fortuito.

López Mesa (2015) sostiene que el espíritu del artículo 1767 del Código Civil y Comercial es mantener el sistema de responsabilidad objetiva agravada fijado por el artículo 1117 del Código Civil con un excesivo endurecimiento del régimen de responsabilidad de los titulares de colegios, ya que pueden ser responsabilizados por daños de causa ajena, como ser la propia torpeza de la víctima, y además, sólo se eximirán de responsabilidad si prueban el caso fortuito, el cual rara vez sucede.

Dado que a los titulares de las escuelas se les atribuye una responsabilidad civil ultra objetiva ello debe tener como correlato inexcusable la posibilidad de impartir autoridad, para lo cual debe poder aplicar medidas disciplinarias como forma de educar y cuidar. Si no es posible impartir autoridad la atribución de responsabilidad ultra objetiva resulta injusta y desproporcionada.

En su análisis de la responsabilidad civil de los directores de los establecimientos educativos (del Código Civil Velezano) Llambías (1975) reflexiona que el fundamento de esta responsabilidad está estrechamente vinculado con la autoridad escolar: si el daño ha sido cometido por un alumno que estaba sometido a la disciplina que ha de existir en un establecimiento educativo, es lógico suponer que ello ha ocurrido por la relajación de esa disciplina. El ingreso de los alumnos al establecimiento educativo los coloca bajo la autoridad escolar, la cual puede hacerse valer discretamente, para mantener a los estudiantes que están bajo su vigilancia en los límites de la circunspección y del deber. La atribución de autoridad para encauzar las conductas de las personas, debe implicar la consiguiente responsabilidad por el incorrecto o deficiente ejercicio que pueda hacerse de esa autoridad, sea por abuso, sea por debilidad. Se debe lograr una vigilancia eficiente a través de formas apropiadas sin que se conduzca a bajar los brazos y prescindir de toda vigilancia que es a lo que se llega si se elimina toda medida disciplinaria por el no uso de la autoridad.

El ejercicio de la autoridad en las escuelas suele estar asociado con connotaciones negativas debido a diversas razones, como el abuso de poder, la disciplina excesiva y la falta de participación. Con el transcurso del tiempo, las expectativas sobre el ejercicio de la autoridad en las escuelas han evolucionado. Actualmente, se valora la participación y el diálogo, lo que ha promovido un enfoque más democrático y participativo en la toma de decisiones.

A pesar de lo anteriormente expuesto, la formación de niños, niñas y adolescentes requiere un ejercicio de autoridad razonable. Esta autoridad, que no debe confundirse con el autoritarismo, debe basarse en el respeto mutuo, la empatía y el establecimiento de límites claros y coherentes. El ejercicio de la autoridad en las escuelas juega un papel fundamental en el desarrollo de un entorno educativo seguro y, es el fundamento de la responsabilidad legal de los titulares de las escuelas.

La posibilidad de impartir autoridad está estrechamente relacionada con la concepción de la infancia. En la actualidad, los niños ya no son percibidos como seres desprovistos de poder como en épocas pasadas. Según Narodowski (1999), el concepto del niño como un individuo vulnerable que requería amor, cuidado y educación, cuyos conocimientos no tenían relevancia en la sociedad adulta, ha evolucionado. La infancia solía asociarse con la dependencia y la obediencia absoluta. Sin embargo, en la actualidad dicha concepción ha dejado de ser tal, entonces el autor se pregunta: ¿por qué los niños deberían obedecer a los adultos?

Hoy los niños, niñas y adolescentes se aburren en la escuela, el proceso educativo no les muestra satisfacción de sus necesidades inmediatas y se proyecta hacia un futuro que no vislumbran, la sujeción a la autoridad molesta, por eso prescinden de ella y se sustraen a su acatamiento (Parellada, 2017).

El cambio de paradigma en la concepción sobre la infancia y el ejercicio de la autoridad en el ámbito escolar, debería dar lugar a nueva reflexión sobre la atribución de la responsabilidad ultra objetiva donde se partía de la premisa de que la escuela ejercía un control total y absoluto. Hoy ello ha dejado de ser así, entonces ¿no sería necesario flexibilizar la atribución de responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos?

No obstante, el sistema de responsabilidad civil está vigente. Navarro Floria (2017) considera que el artículo 1767 les impone a los propietarios de establecimientos educativos una responsabilidad desmesurada con respecto a los titulares de cualquier otro tipo de empresas y que "...es una concreta invitación a redoblar la prevención de los daños" (p.6). Concluye este autor en que no debe olvidarse que la obligación de prevenir daños está directamente relacionada con la función propia de las escuelas que consiste en educar, entre otras cuestiones, en el cuidado de uno mismo y de las personas y las cosas que nos rodean (Navarro Floria, 2017).

Si la prevención del daño es una de las únicas alternativas con que cuenta la escuela para evitar ser responsable civilmente, el ejercicio de la autoridad por parte de los docentes y directivos es clave como elemento de prevención. La prevención del daño en las escuelas se materializa a través de su deber de enseñar a vivir en sociedad, que los estudiantes aprendan a cuidarse, a cuidar al prójimo y las cosas en general. Esta enseñanza por parte de la escuela requiere especialmente que se la dote de los instrumentos adecuados, por ejemplo, para el caso que deba aplicar medidas disciplinarias. Aplicar una sanción también es educar, para ello, la normativa vigente se lo debe permitir y no restringir, como ocurre en algunas jurisdicciones. En el ámbito educativo se debe valorar la aplicación de una medida disciplinaria como una instancia de enseñanza más para los estudiantes. La normativa vigente en materia de convivencia escolar no siempre acompaña esta necesidad de enseñar y aprender sobre el cuidado y respeto hacia uno mismo y hacia el otro a través de la aplicación de medidas disciplinarias.

Además, es importante tener en cuenta que, cada vez con mayor frecuencia, la escuela se enfrenta a críticas y cuestionamientos cada vez que impone una sanción disciplinaria. Cada día es más común que los padres que cuestionan las medidas disciplinarias aplicadas a sus hijos amenacen al personal escolar con iniciar acciones legales si no se atienden sus solicitudes. Ante esta realidad, surge la pregunta de qué herramientas tiene la escuela a su disposición para cumplir con la meta que la sociedad le exige. Hay que

considerar que restringir la capacidad de educar a través de la aplicación de sanciones disciplinarias supone un menoscabo del papel de la escuela como educadora y que se torna desproporcionado el régimen de responsabilidad ultra objetiva.

El factor de atribución de la responsabilidad de los
titulares de los establecimientos educativos

Fundamentos objetivos del deber de responder

El factor de atribución de la responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos es objetivo. Ahora bien, tal como se ha mencionado en el título sobre responsabilidad civil, se analizará a continuación qué factor de responsabilidad objetiva aplica a estos casos: la obligación de garantía o el riesgo creado. Esta distinción, como se verá más adelante, tiene efectos concretos en los eximentes de la obligación de responder.

López Mesa (2015) sostiene que el artículo 1767 no lo aclara, por ello deberá recurrirse a un análisis indagativo.

Hay autores, como Reyna, que sostienen que la actividad educativa conlleva una potencialidad dañosa, cuyo riesgo se eleva por que la actividad se presta a niños y adolescentes los cuales por su desarrollo madurativo son más propensos a llevar a cabo actos perjudiciales y por ello el fundamento de la responsabilidad es el riesgo de la actividad o riesgo creado (Moeremans, 2015).

Kemelmajer considera que el fundamento sería el factor de garantía fundado en el riesgo de la empresa (Moeremans, 2015). En esta corriente también se enrola Sagarna quien considera que el alumno se debe retirar del establecimiento sano y salvo, ya que el establecimiento tiene que garantizar que el niño, niña o adolescente no sufra daños (Moeremans, 2015). En esta misma postura, López Mesa (2015) considera que el fundamento que mejor explica este tipo de responsabilidad es la garantía, su justificación radicaría en que el legislador al haber impuesto una responsabilidad severa de la cual sólo se exime vía caso fortuito ha objetivado la imputación del deber de responder y parecería que esta solución se encuadra dentro del deber de garantía.

Boretto (2015) sostiene que la ley ha creado un supuesto específico de responsabilidad fundado en el riesgo de la empresa y en el incumplimiento del deber de seguridad, agrega que no debe perderse de vista que la garantía rige respecto de los educandos en un doble carácter, como víctimas y como causantes del daño; así en primer caso el deber de garantía se expresa en la obligación de inocuidad del titular del establecimiento respecto de los alumnos y en el segundo la garantía apunta al control de la conducta de estos, evitando que la misma sea una fuente de daños para terceros.

Por su parte, Galdós (2021) sostiene que la opinión mayoritaria entiende que cuando un alumno sufra un daño la responsabilidad objetiva se funda en la garantía legal de la prestación del servicio no generará daños a los estudiantes. Continúa el autor indicando que en los casos de los alumnos que causen un daño a terceros, la responsabilidad objetiva está más cerca del riesgo de la empresa, atento que aquel que organiza una

empresa y obtiene un beneficio de ella, debe responder por los daños que causan (Galdós, 2021).

La incidencia de la ley de Defensa del Consumidor

Breve resumen del derecho del consumidor

El régimen argentino de protección de los consumidores se ha ido conformando paulatinamente. Su primera etapa fue la sanción en el mes de octubre de 1993 de la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, luego, la reforma constitucional del año 1994 incorporó a la Constitución Nacional la protección del consumidor, jerarquizando así la tutela del consumidor (Hernández, Frustagli, 2003).

A lo largo de los años se ha consolidado la protección de los usuarios y consumidores a través de las sucesivas reformas introducidas a la ley 24.240, contando actualmente con un régimen muy cercano a los modelos más avanzados del derecho comparado (Hernández, Frustagli, 2003). Finalmente, el Código Civil y Comercial ha complementado el Derecho del Consumidor dentro del mismo Código, lo cual ha beneficiado la estabilidad del sistema protectorio de los consumidores (Stiglitz, 2014).

Lorenzetti (2006) sostiene que el derecho de los consumidores es un microsistema legal⁸⁰ de protección de los consumidores dentro del sistema del Derecho Privado y que siempre que exista una relación de consumo se le aplicará el microsistema. La ley⁸¹ define a la relación de consumo como el “vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”.

Derecho del Consumidor y responsabilidad de los titulares de los establecimientos educativos

Parellada (2017) sostiene que una corriente doctrinaria considera que el servicio educativo constituye una relación de consumo y como tal debe quedar al amparo de las normas tuitivas de la Ley de Defensa del Consumidor. Mientras que, Sagarna (2015) sostiene que a la prestación del servicio educativo se le aplica la Ley de Defensa del Consumidor⁸².

Un elemento más para reafirmar la existencia de una relación de consumo en este caso, es la Resolución N° 678/99⁸³. Esta norma, de aplicación a los establecimientos educativos privados incorporados a la enseñanza oficial, en sus considerandos reafirma el carácter de consumidores de los contratantes del servicio de enseñanza y en su parte resolutive establece que los incumplimientos de las disposiciones contenidas en esa norma serán sancionados conforme a las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor. Resulta innegable el vínculo de consumo que une a los responsables de los alumnos con el titular del servicio educativo.

⁸⁰ El autor sostiene que las soluciones se deben buscar primero dentro del propio sistema, ya que la característica del microsistema es su carácter autónomo.

⁸¹ Artículo 3 Ley 24.240.

⁸² N° 24.240.

⁸³ Dictada por la entonces Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación. Se aclara que esta norma ha sido recientemente derogada por la Resolución N° 51/2024.

El titular del establecimiento educativo, en su rol de prestador de servicios educativos, es un proveedor en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor⁸⁴. Por ello, el dictado de esa ley⁸⁵ generó una nueva perspectiva respecto del enfoque de los daños en el ámbito educativo. Parellada (2017) sostiene que a partir de ese momento, el artículo 1117 del Código Civil, y posteriormente la versión modificada por la ley 24830, coexistieron con las normativas del microsistema de defensa del consumidor. Agrega el autor que por ello, existe una vocación normativa concurrente entre tales disposiciones ya que el titular del establecimiento es un proveedor en los términos de la normativa consumeril (Parellada, 2017). Es dable aclarar que el carácter de proveedor se reviste aun cuando la prestación del servicio sea a título gratuito, de forma tal que no solo las escuelas de gestión privada –incluidas las gratuitas- quedan sujetas a la normativa consumerista, sino también el propio Estado (Parellada, 2017).

Galdós (2021) se refiere a esta cuestión indicando que el micro sistema de derecho del consumidor aplica a la prestación de los servicios de enseñanza si se configura una relación de consumo entre el alumno (consumidor) y el colegio (proveedor). Continúa el autor sosteniendo que el alumno, aun cuando no sea el contratante del servicio educativo, será consumidor ya que es el destinatario final del servicio educativo, resultando en consecuencia el tercero beneficiado con la prestación⁸⁶ (Galdós, 2021). Asimismo, entiende que no hay dudas de que el titular del establecimiento educativo resulta un proveedor ya que se trata de una empresa educativa que ofrece y brinda servicios en un carácter profesional⁸⁷ (Galdós, 2021). Concluye el autor que cuando se trata de un daño sufrido por un alumno en el marco de una relación de consumo deben dialogar las reglas del microsistema del consumidor y de la responsabilidad civil, en este sentido, el artículo 1767 debe ser entendido como una regla especial que prevalece frente a las reglas del microsistema del consumidor (Galdós, 2021)

Por su parte, Parellada (2017) sostiene que el Código Civil y Comercial⁸⁸ brinda un fuerte apoyo a la aplicabilidad de la ley de protección al consumidor, pues la relación de consumo entablada entre el alumno y el titular del establecimiento educativo implica la protección y el resguardo del niño, niña y adolescente como subconsumidor, entendiéndose que se trata de alguien con una condición de mayor vulnerabilidad que el consumidor medio, en virtud de tratarse sujetos merecedores de una mayor protección.

Los consumidores representan la parte más frágil de la relación de consumo. Ahora bien, por una cuestión de edad ¿los niños, niñas y adolescentes cuentan con alguna protección especial? La Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo estableció en sus considerandos la necesidad de protección de la vulnerabilidad estructural de todos los consumidores y en particular respecto de los niños, niñas y adolescentes, entre otros.

Dicha norma establece que se consideran consumidores hiper vulnerables a aquellos consumidores que sean personas humanas que se encuentran en otras situaciones de

⁸⁴ Artículo 2 de la ley 24240 y de la ley 26361.

⁸⁵ En el año 1993.

⁸⁶ Artículo 1 de la Ley 24240 y 1092 del Código Civil y Comercial.

⁸⁷ Artículo 2 de la Ley 24240 y 1093 del Código Civil y Comercial.

⁸⁸ Artículo 2 “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

vulnerabilidad, entre otras, en razón de su edad. Asimismo, impone a la autoridad de aplicación el diseño de procedimientos especialmente eficaces y expeditos para este tipo de consumidores.

A partir del dictado de la mencionada resolución, amplía la responsabilidad por daños de los proveedores de servicios frente a este tipo de consumidores.

En sentencias judiciales⁸⁹ en las que se cuestiona el deber de cuidado en la escuela, se ha aplicado no la norma propiamente dicha pero si esta mirada y se ha sostenido que los alumnos revisten el carácter de consumidor hiper vulnerable, es decir, extremadamente frágil, lo cual exige una protección más intensa. Dicha vulnerabilidad se sostiene en la mayor indefensión que tienen para hacer frente a los problemas que acarrea la vida.

El deber de seguridad

Cerutti (2015) define a la obligación de seguridad como:

una obligación específica que consiste en preservar la indemnidad de la persona y bienes del cocontratante, durante la ejecución del contrato. Se aplica en contratos que por sus características, al acreedor no sólo le interesa que el deudor satisfaga la obligación tipificante del contrato, sino que también su persona o bienes resulten indemnes de daños que puedan ocasionarse durante su ejecución. (p. 13)

El fundamento general de la obligación de seguridad surge del principio de buena fe establecido en el Código Civil y Comercial⁹⁰.

La Ley de Defensa del Consumidor prevé la obligación de seguridad en la relación de consumo:

Artículo 5: Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

Artículo 6: Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

La obligación de seguridad es parte de la relación consumidor/proveedor y basta con ser víctima de un producto o servicio, en el marco de una relación de consumo o estando

⁸⁹ *A., C. H. y otros v. F. E.*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala M, Julio 1-2000.

⁹⁰ Artículo 961 “Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.” Artículo 1061 “Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.”

expuesto a ella, para estar amparado bajo la protección de la normativa del consumidor (Bagalá, 2013).

Esta obligación es de resultado, ya que importa poner en cabeza del proveedor una garantía de inocuidad respecto del consumidor. El incumplimiento de este deber generará la responsabilidad objetiva del proveedor (Padovan, 2015).

Parellada (2017) que considera que la aplicación de la ley de defensa del consumidor otorga un fundamento sólido y certero al deber de seguridad que pesa sobre el prestador del servicio educativo, según el cual, en caso de duda interpretativa se estará a favor del usuario del servicio⁹¹.

Estrechamente vinculada a la obligación de seguridad, se encuentra el deber de prevención de que ocurra un daño. En el marco de la prevención del daño cobra especial relevancia el artículo 1725 del Código Civil y Comercial que establece que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor será la diligencia exigible al causante del daño y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (Tanzi, Papillú en Bueres, 2018). Continúa el artículo indicando que para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona, a excepción del caso de los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, en cuyo caso se tendrá en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes (Tanzi, Papillú en Bueres, 2018).

Respecto del ámbito escolar, el deber de prevención del daño no es nuevo, pues ya se encontraba previsto en la Ley de Educación Nacional⁹² (2006), la que establece que los docentes están obligados a proteger y garantizar los derechos de los niños y adolescentes que se encuentren bajo su responsabilidad, esa misma norma consagra⁹³ que los alumnos tienen derecho a ser protegidos contra toda agresión física, moral y psicológica.

El deber de prevención del daño de los estudiantes en las escuelas debe concretarse en el cuidado respecto de la seguridad de las instalaciones y los útiles, la atención a los riesgos propios de la actividad escolar, el cuidado y vigilancia de los alumnos en clase y fuera de ella, etcétera (Navarro Floria, 2017).

En resumen, la obligación de seguridad en el ámbito escolar se relaciona directamente con el deber de prevenir el daño, y ambas implican que los titulares de los establecimientos educativos tienen la responsabilidad de cuidar y proteger a los

⁹¹ Artículo 3 Ley Defensa del Consumidor, concordante con el art. 1094, segunda parte del Código Civil y Comercial

⁹² Esta norma fue sancionada en el año 2006 mediante la Ley N° 26.206, la que derogó a la anterior Ley de Educación Nacional que fuera sancionada en el año 1995 por la Ley N° 24.195 y a toda la normativa que se opusiera a la misma. Esta ley tiene gran trascendencia en ámbito educativo ya que extendió la obligatoriedad en la educación y dio un contexto normativo a la educación técnica, fijó incrementos en inversión educativa, habilitó nuevas modalidades y, aunque se evidenciaron falencias en su implementación, fue un gran avance en la historia de la educación nacional (Jofré, Expósito, 2020).

⁹³ Artículo 126.

estudiantes y garantizar que no sufran ningún tipo de daño mientras se encuentren bajo el cuidado de la autoridad escolar.

El caso fortuito o fuerza mayor ajeno a la actividad, como
eximente de la responsabilidad civil

El artículo 1767 del Código Civil y Comercial establece que el titular del establecimiento educativo sólo se libera de responsabilidad si prueba el caso fortuito.

El legislador ha mantenido la rigurosidad de la exigencia del deber de cuidado de los alumnos por parte de los titulares de los establecimientos educativos. La exención de responsabilidad sólo será posible acreditando circunstancias que rara vez suceden.

Crítica sobre la decisión normativa de sostener un
único eximente de responsabilidad civil

El único eximente de la responsabilidad civil previsto para los titulares de los establecimientos educativos es el caso fortuito, el cual, es un hecho imprevisto o que previsto no pudo ser evitado. Además, como se ha visto, debe reunir otras características, como por ejemplo, debe ser extraño a la actividad educativa.

Trigo Represas en Moeremans (2015) sostiene que el sistema de atribución de responsabilidad civil se ha endurecido en exceso para el titular del establecimiento educativo, considerando injusto que se hayan excluido los eximentes relativos al hecho del damnificado y de un tercero pues ello implica que el titular podrá ser responsabilizado por daños generados por causa ajena.

López Mesa (2015) expone que si previsible es toda aquella circunstancia o resultado no anómalo, no debe extralimitarse al infinito la obligación de previsión de los titulares de establecimientos educativos, la cual debe acotarse a los resultados más probables, más corrientes y no a posibilidades remotas, casuales o inverosímiles en general. Indica el autor que tal consideración surge de alinear el art. 1767 CCyC con el artículo 1728, que establece que “en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento” (López Mesa, 2015). Continúa el autor refiriendo que no puede esperarse del establecimiento educativo una previsión que anticipe las posibles actitudes de un alumno que demuestra poco juicio en sus acciones, ya que la escuela no está ni preparada ni destinada a subsanar las omisiones de los progenitores en la formación actitudinal y conductual de los niños, niñas y adolescentes; de lo contrario, si se exige de los titulares de los establecimientos educativos un inmenso deber de previsión ello conlleva a deslindar de los progenitores todo deber formativo de sus hijos y liberarlos de cualquier responsabilidad por haber criado irresponsables (López Mesa, 2015).

Al respecto, Tale (2013) al brindar su mirada al entonces proyecto de reforma del Código Civil y Comercial indicó que la solución brindada por el artículo 1767 de la exclusión de eximentes normales, como son, del hecho del tercero y de la culpa de la víctima resulta injusta, inconstitucional e incoherente con todo el régimen de la responsabilidad civil. Fundamenta su argumento en que de los cientos de especies de

empresas existentes en el mercado, el establecimiento educativo es la única que no puede liberarse de responsabilidad por hecho de tercero extraño o por culpa de la propia víctima, no existiendo razón que justifique esta desigualdad de trato jurídico, lo cual, resulta violatorio del principio constitucional de igualdad (Tale, 2013). El autor añade que en numerosas situaciones se establece una obligación de seguridad en virtud de la cual la empresa asume la responsabilidad por los daños sufridos por un menor de edad, incluso en ausencia de culpa por parte de la empresa. Sin embargo, esta responsabilidad siempre se exonera en casos de eventos inevitables causados por terceros ajenos o por actos de la propia víctima que no pudieron ser evitados a pesar de las precauciones razonables que se esperaban de la empresa (Tale, 2013). Esto, sin embargo, no se aplica a los titulares de los establecimientos educativos, lo cual resulta injusto e incoherente.

Del establecimiento educativo se debe esperar y exigir firmeza, autoridad y razonable ejercicio de ella, sin embargo, al cercenarse en la práctica casi toda aplicación de sanciones se han recortado las facultades de la escuela para mantener el orden, las facultades disciplinaria suelen ser teñidas de una mirada discriminatoria, o represiva y desactivada como tal, lo cual ha generado la paradoja de que los estudiantes estén cada año más exaltados, asuman cada vez mayores osadías y peligros y en consecuencia sufran daños crecientes y cada vez con mayor frecuencia (López Mesa, 2015). Enfatiza el autor que en ese marco, extralimitar la previsión exigible a la escuela constituye una actitud ciertamente contradictoria con la práctica de limitar o neutralizar las sanciones disciplinarias, las que incluso han sido revertidas a través de amparos judiciales, involucrando al Poder Judicial en la decisión de disputas menores, muchas veces producidas por el empecinamiento, la obcecación o mera tontería de los progenitores, de los estudiantes o de las autoridades del establecimiento y que nunca debieron llegar a ámbitos judiciales (López Mesa, 2015).

Los titulares de los establecimientos educativos no deben ser las variables de ajuste de una sociedad que ha terminado por plasmar un descontrol de los niños, niñas y adolescentes, al aflojar todo control de los progenitores sobre los mismos y al darles a estos una excesiva autonomía personal, no compatible en muchas ocasiones con su propia seguridad. En este contexto, los establecimientos educativos deben anticipar las conductas más comunes y probables en la actual coyuntura social y económica. Aunque esta tarea está lejos de ser ideal, tampoco puede convertirse en una utopía (López Mesa, 2015).

Los eximentes

El artículo 1767 indica que el titular del establecimiento educativo solo se exime si demuestra el caso fortuito. Dicho caso fortuito abarca también a la fuerza mayor, siempre que se trate de acontecimientos ajenos al riesgo propio de la actividad educativa (Moeremans, 2015).

Lopez Mesa (2020) sostiene que el propósito de la ley fue impedir la excusación liviana del responsable, fundado en trivialidades atinentes a la presunta culpa de los estudiantes.

La norma prevé un único eximente de la responsabilidad civil. No obstante, ha sido una discusión doctrinaria si el artículo 1767 CCyC restringía los eximentes al caso fortuito o

si eran permitidas otras causales de exoneración de la responsabilidad civil en virtud de las cuales el titular del establecimiento educativo no deberá responder (Galdós, 2021).

Un sector de la doctrina legal, sostiene que la actual redacción del artículo 1767 implica el triunfo de la tesis restrictiva (Galdós, 2021). En este sentido, Navarro Floria (2017) sostiene que el artículo 1767 al incluir el adverbio sólo implica que no bastará para exonerarse acreditar haber adoptado la diligencia debida o alegar la culpa del tercero si ello no configura caso fortuito. En esta misma postura se posiciona Sagarna (2015) quien refiere que el legislador al agregar el mencionado adverbio, que no estaba previsto en el artículo 1117, ha despejado infructuosas interpretaciones que intentan incluir otros eximentes de la responsabilidad civil.

Galdós (2021) siguiendo las ideas de Kemelmajer de Carlucci indica que ese debate se aclara si se distingue entre daños causados o sufridos por los alumnos.

En los casos de los daños sufridos por los alumnos, el caso fortuito para configurarse como tal, además de imprevisible e inevitable debe ser extraño a lo que normalmente ocurre en el desarrollo de la actividad educativa, la jurisprudencia ha seguido esta posición considerando que no configuran caso fortuito los daños que sufran los estudiantes a consecuencia de juegos, corridas o durante la realización de actividades recreativas o deportiva por resultar normales y naturales de la actividad educativa (Galdós, 2021). Además, continúa el autor indicando que debe tenerse en cuenta las previsiones del artículo 1725 del Código Civil y Comercial⁹⁴ no para valorar la conducta del titular del establecimiento y/o de sus dependientes (ya que la responsabilidad es objetiva) sino para analizar la ajenidad y previsibilidad del caso fortuito (Galdós, 2021).

La doctrina legal sostiene un debate, aún vigente, que pasa por definir si el hecho del damnificado o de la víctima configura o no un eximente de la responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos en el caso de los daños sufridos por los estudiantes. Según Galdós (2021), en casos de daños a estudiantes menores de edad, el único factor eximente es el caso fortuito, pero el hecho del damnificado o de un tercero podría eximir de responsabilidad, no como eximentes independientes, sino como constitutiva del caso fortuito. El autor destaca que si el hecho de la víctima cumple con los criterios de inevitabilidad, imprevisibilidad y ajenidad respecto al desarrollo normal de la actividad educativa, podría considerarse como eximente total o parcial siempre que encuadre como caso fortuito; destacando que esta cuestión es especialmente relevante en casos de daños autoinfligidos por el alumno (Galdós, 2021). En esta misma postura se posiciona López Mesa (2015) respecto del hecho de la víctima, el cual no exime de responsabilidad salvo que fuera imprevisible o inevitable, ya que entiende que el deber de control del titular del establecimiento educativo y el hecho de la víctima son dos caras de una misma moneda, ya que una esconde la otra.

Con relación al hecho del tercero por el cual el titular del establecimiento no debe responder algunos autores admiten esta posibilidad como causal de eximición autónoma

⁹⁴ Artículo 1725 Código Civil y Comercial “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

en la medida que reúna los caracteres de caso fortuito, no obstante, Galdós (2021) entiende que esta causal carece de autonomía porque se encausa en el caso fortuito tal como lo establece el artículo 1731 del Código Civil y Comercial.

Mientras que en caso de daños causados por un alumno, Galdós (2021) considera que los eximentes se deben regir por las reglas generales, es decir, el titular se eximirá si demuestra el hecho del damnificado⁹⁵ o de un tercero⁹⁶ por el cual no debe responder. Lopez Mesa (2015) se enrola en esta postura respecto de la culpa de víctima, sostiene que los daños causados por alumnos y sufridos por terceros (no estudiantes), la culpa de la víctima es un factor excusatorio pleno⁹⁷.

Aplicación de la norma

Hechos por los que se responde

Herrera, Caramelo, Picasso y Saénz (2015) exponen que aunque la disposición en análisis es amplia, su aplicación se circunscribe principalmente a los daños que un alumno pueda causar a terceros externos al establecimiento educativo. Ello ya que en muchas ocasiones el deber de reparar por parte del titular del establecimiento está regido por disposiciones más específicas. Por ejemplo, si un alumno lesiona a uno de sus docentes, el resarcimiento se rige por las normas aplicables al vínculo laboral entre el profesor y el establecimiento; si el daño es causado por un alumno a otro o si el perjuicio es sufrido por el propio alumno, puede involucrar el ámbito de protección del consumidor, aplicando las normas establecidas para la garantía de seguridad del producto (arts. 5° y 6° de la ley 24.240).

En cambio, Galdós (2021) refiere que si bien la norma refiere a los daños causados o sufridos en ocasión de la enseñanza, existen notables diferencias entre uno y otro supuesto.

Daños causados por los alumnos, ya sea a otros alumnos o a terceros

En el caso de los daños causados por estudiantes a terceros no alumnos⁹⁸ el fundamento de la responsabilidad objetiva es el riesgo de la empresa, ya que aquel que organiza una actividad empresarial y lucra con ella debe responder por los daños que normalmente se generan (Galdós, 2021). En este escenario, la normativa busca salvaguardar a la víctima que pueda sufrir daños causados por estudiantes, asegurando que haya un responsable solvente identificable (Galdós, 2021).

Daños sufridos por los alumnos

Si un alumno sufre un daño cuando está o debiera estar bajo el cuidado del establecimiento educativo se activan las previsiones del artículo 1767 del Código Civil y Comercial.

⁹⁵ Artículo 1729 Código Civil y Comercial.

⁹⁶ Artículo 1733 Código Civil y Comercial.

⁹⁷ Primera parte del artículo 1729 Código Civil y Comercial.

⁹⁸ Si fueran daños causados por alumnos a otros alumnos aplica el análisis de los daños sufridos por estudiantes.

El fundamento de la responsabilidad objetiva es el deber de garantía que impone la prestación del servicio de enseñanza sin que el alumno sufra daños (Galdós, 2021). Asimismo, al tratarse de un contrato de consumo, resulta aplicable el estándar de responsabilidad objetiva que surge del estatuto del consumidor⁹⁹.

Una situación habitual que sucede en la práctica escolar se da con los objetos que los alumnos llevan a la escuela y los pierden o se dañan. El artículo comentado no aplica a los daños o pérdida que sufran los objetos de los alumnos, en este caso la responsabilidad derivará de otras normas, dependiendo del caso aplicará culpa del docente o guarda negligente (López Mesa, 2015).

Establecimientos comprendidos

El glosario de "Definiciones básicas para la producción de estadísticas educativas" (MECyT, D. I. N. I. E. C. E., 2004) define el "establecimiento educativo" como:

Es la unidad institucional donde se organiza la oferta educativa, cuya creación o autorización se registra bajo un acto administrativo -ley, decreto, resolución o disposición. Existe en él una autoridad máxima como responsable pedagógico-administrativo, con una planta funcional asignada, para impartir educación a un grupo de alumnos. El establecimiento constituye la unidad organizacional que contiene en su interior a la/s unidades educativas, las cuales forman parte del establecimiento y se corresponden con cada uno de los niveles de enseñanza para los cuales se imparte educación ... Un establecimiento puede funcionar en una o en varias localizaciones geográficas. En caso de ser varias, se compone de:

A. Sede: es la localización donde cumple sus funciones la máxima autoridad pedagógica-administrativa del establecimiento. La sede puede no tener alumnos.
B. Anexo: es la localización donde funciona una sección o grupo de secciones que depende pedagógica y administrativamente de una localización sede y funciona en otro lugar geográfico (p. 17).

Dicho glosario define a "unidades educativas" (MECyT, D. I. N. I. E. C. E., 2004) como:

Es la concreción del proyecto educativo que se organiza en un determinado establecimiento para impartir educación formal en torno a un determinado tipo de educación y nivel (p. 37).

Moeremans (2015) indica que hay quienes exponen que se debería haber aprovechado la reforma del Código Civil y Comercial para precisar el alcance de los establecimientos comprendidos en la norma, ya que existe controversia doctrinaria al respecto.

Kemelmajer de Carlucci (1998) sostiene que se incluyen todos los establecimientos en los cuales la enseñanza se imparte a un menor a través de una organización de tipo empresarial que supone control de una autoridad.

⁹⁹ Artículo 42 de la Constitución Nacional, Ley 24240, artículos 1092 del Código Civil y Comercial.

Expresamente se excluyen los establecimientos de nivel terciario y universitario, ello por cuanto se considera que los alumnos que asisten a estos niveles educativos tienen pleno discernimiento y responsabilidad para asumir los daños que causen, mientras que aquellos daños que sufran estos estudiantes serán regidos por el factor subjetivo de responsabilidad, salvo que el daño se produzca por alguna circunstancia que traiga aparejada la aplicación de un factor objetivo de la responsabilidad, aclarándose que en ese caso no podrá fundarse en el artículo 1767 (Moeremans, 2015).

Por su parte, Galdós (2021) entiende que según una interpretación estricta la norma aplica a los establecimientos comprendidos en alguna instancia de la educación formal, es decir, regulados por la ley de Educación Nacional¹⁰⁰, así siguiendo esta postura están excluidos los centros de idiomas, colonias de vacaciones, academias de música, gimnasios y academias de artes, los cuales se les aplicaría la responsabilidad objetiva¹⁰¹ pero no tendrían la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil. Continúa el autor indicando que hay otra interpretación, la amplia, que entiende que el artículo en análisis se extiende a los supuestos en los cuales la prestación se lleva a cabo bajo una organización empresarial aunque no esté enmarcada en la ley de Educación Nacional, así están incluidos los establecimientos de enseñanza de idiomas, deportes, computación, etc. (Galdós, 2021).

Parellada (2017) sostiene que las colonias de vacaciones normalmente organizadas por los clubes entran dentro del plano discutible ya que se ha argumentado que carecen de finalidad educativa, pero también se ha sostenido que concurren razones de analogía para extender la aplicabilidad a esas actividades normales de los grupos de menores que requieren de la vigilancia de la autoridad a su cargo.

Galdós (2021) indica que la jurisprudencia ha seguido la mirada amplia (aplicando el artículo a los jardines maternos, entre otros) y que por su parte participa de una mirada ecléctica según la cual la regla es que la norma aplicará a los establecimientos que impartan educación según los planes y las modalidades de la Ley de Educación Nacional y reglamentaciones provinciales y que la excepción es que se aplicarán las reglas del artículo 1767 a los establecimientos organizados bajo alguna forma empresarial (Galdós, 2021).

Están excluidas las tareas de apoyo escolar llevadas a cabo por las maestras particulares, que prestan sus servicios personalizados en ámbitos privados, pero no se excluyen los institutos que tengan una organización empresarial para brindar la actividad (Parellada, 2017).

Hay diversas ofertas de naturaleza educativa en las cuales, de una forma u otra se imparte educación, por ejemplo, talleres de actividades físicas o artísticas, los grupos de boy scouts, colonia de vacaciones, etc. La falta de precisión de la norma conlleva a que los oferentes de estos servicios no se consideren incluidos por la misma, lo cual implica que los progenitores de los estudiantes que asistan a estas actividades podrán no obtener la reparación civil ante el acaecimiento de un daño. La precisión de la norma minimizaría contingencias adversas en caso de que los estudiantes que concurren a las mismas sufran o causen un daño.

¹⁰⁰ Ley 26206.

¹⁰¹ Artículo 1723 Código Civil y Comercial.

Escuelas de gestión estatal y de gestión privada

La determinación del régimen legal aplicable a la responsabilidad de los titulares de los establecimientos educativos públicos es un tema controvertido en la doctrina jurídica.

El artículo 1117 se refería a "... propietarios de establecimientos educativos privados o estatales...". En cambio el artículo 1767 se refiere solo al titular de un establecimiento educativo. Asimismo, el artículo 1765 establece que la responsabilidad del Estado se rige por las normas del derecho administrativo nacional o local, según corresponda. Ello llevó a la discusión respecto de si el artículo 1767 resulta o no aplicable a los establecimientos educativos de gestión estatal.

Para algunos autores, el artículo 1767 es aplicable a los establecimientos educativos de gestión estatal. Pizarro, Vallespinos (2018) consideran que en defecto de una previsión normativa específica sobre dicha temática en normas del derecho público hace que resulten aplicables las normas del Código Civil y Comercial por analogía. Asimismo consideran que no hay derecho alguno del derecho público que esté reñido con la solución normativa del artículo 1767 y agregan que una solución contraria sería inconstitucional por violentar el principio constitucional de igualdad ante la ley. Estos autores concluyen que la responsabilidad del estado titular del establecimiento educativo se rige por lo dispuesto en el artículo 1767 del Código Civil y Comercial, que se complementa con lo establecido en la Ley N° 24240 y en otras normas y principios del derecho público.

En sentido contrario, algunos autores sostienen que el artículo 1767 es inaplicable a los establecimientos de gestión estatal, no porque el artículo no los menciona sino porque a estos les resulta de aplicación la normativa de responsabilidad del Estado (López Mesa, 2015). El Código Civil y Comercial¹⁰² excluye del régimen de responsabilidad la del Estado y de los funcionarios públicos, la cual quedará sujeta a lo que disponga el derecho administrativo local¹⁰³ (Navarro Floria, 2017).

Por su lado, Galdós (2021) explica que si el Estado es titular del establecimiento educativo resultará de aplicación la Ley de Responsabilidad del Estado¹⁰⁴. No obstante, si la aplicación de dicha normativa conlleva un resultado injusto desde el punto de vista indemnizatorio, en comparación con el que se hubiera obtenido del régimen del derecho privado¹⁰⁵, se deberá declarar la inconstitucionalidad de ese régimen y aplicarse las normas generales del Código Civil y Comercial. Ello sin perjuicio de que se pueda encuadrar en el caso particular la normativa de defensa del consumidor.

Ahora bien, se da una situación particular en el caso de los establecimientos educativos de titularidad provincial y municipal, ya que la ley de Responsabilidad del Estado invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a esa norma como requisito para su aplicación en esos ámbitos, por ello las jurisdicciones que adhieran a la misma quedarán alcanzados por aquella norma o la que se dicte en esa jurisdicción, de

¹⁰² Artículos 1765 y 1766 Código Civil y Comercial.

¹⁰³ "El Derecho Administrativo es una rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta." (Gordillo, Agustín (2013). Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Fundación de derecho administrativo).

¹⁰⁴ Ley N° 26.944.

¹⁰⁵ Incluido el artículo 1767.

lo contrario debe aplicarse el Código Civil y Comercial (Sagarna, 2015). Al respecto, Navarro Floria (2017) sostiene que la aplicación de la norma a las escuelas privadas y no a las estatales es una solución injusta y discriminatoria, ya que los alumnos de las escuelas privadas están resguardados en caso de sufrir un daño por la responsabilidad objetiva al extremo, mientras que los alumnos (y sus familias) de las escuelas estatales están desamparados y librados a aquello que establezca la norma jurisdiccional local. En este sentido, Kemelmajer en Navarro Floria (2017) indica que no hay motivo por el cual el mismo daño tenga un régimen legal diferente en función de quien sea dañador.

¿Qué ocurre con los establecimientos educativos que reciben aporte del estado? En forma preliminar se aclara que el objetivo¹⁰⁶ del régimen del aporte del estado a las escuelas de gestión privada es “garantizar el derecho de aprender y consecuentemente de elegir escuela, en ejercicio de la libertad de enseñanza, según lo establece la Constitución Nacional”; este sistema lleva un siglo y medio funcionando en nuestro país, atravesando todos los gobiernos, lo que le ha valido la calificación de política educativa de Estado (Suárez Fondevila, 2018). ¿Cómo funciona en la práctica el sistema? El Estado Nacional transfiere a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires y estas transfieren a los titulares del establecimiento educativo un porcentaje determinado del valor de los sueldos del personal docente de planta funcional, cuando mayor sea el porcentaje del aporte estatal menor será el valor del arancel de enseñanza, llegando a no tener costo alguno en el caso de los establecimientos que perciben el cien por ciento de las sumas que corresponden a los salarios del personal docente.

En consecuencia a las escuelas de gestión privada, incluso a aquellas que perciban aporte del estado, les aplica el artículo comentado 1767. El hecho de que el Estado, nacional, provincial o municipal brinde ayudas económicas al titular del establecimiento educativo, no implica que el Estado sea responsable en caso que un alumno cause o sufra un daño, ya que frente al sujeto dañado el único responsable será el titular del establecimiento (Sagarna, 2015).

El ámbito espacial de la responsabilidad

La aplicabilidad del artículo 1767 requiere que, en el momento en que ocurre o se sufre un daño, el estudiante esté o deba estar bajo el control de la autoridad educativa. Esta condición abarca diversos escenarios que serán analizados a continuación.

Sagarna (2015) sostiene que hallarse bajo el control de la autoridad educativa implica tener la posibilidad material de controlar al estudiante, así las zonas temporo-espaciales de la responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos dependerá de cada caso en particular, habiendo unas pocas sentencias judiciales corrido los límites espaciales de la escuela, flexibilizando los horarios de ingreso y egreso de los estudiantes al establecimiento educativo.

Kemelmajer (2001) indica que la referencia genérica a la autoridad educativa comprende los daños acaecidos bajo la autoridad del director y aquellos causados estando el alumno menor bajo el control de personas que, incluso, no son docentes pero que forman parte de la organización, como el bibliotecario, el portero, el secretario del colegio.

¹⁰⁶ Decreto Nacional N° 2542/1991.

Si el daño ha sucedido dentro del establecimiento, se presume que ocurrió mientras el alumno estaba bajo el control de la autoridad educativa, al igual que si ocurrió fuera del establecimiento pero se generó dentro del mismo será responsable el titular del establecimiento (Lorenzetti, 2016). Por ejemplo: alumnos jugando dentro de la escuela lanzan una pelota fuera del local escolar y la misma daña a un peatón.

Lorenzetti (2016) y Kemelmajer (2001) agregan que será responsable el titular del establecimiento por el daño que haya ocurrido fuera del establecimiento pero durante un horario en que el alumno debía estar dentro del mismo y se había escapado por falta de control.

Moeremans (2015) considera que la norma aplica a las actividades curriculares, extracurriculares o complementarias, así si se trata de actividades realizadas por el establecimiento o vinculadas a este y siempre que los alumnos se encontrasen o debieran encontrarse bajo el control de la autoridad escolar, el titular del establecimiento deberá responder. Agrega el autor que la norma no se aplica al accidente *in itinere*¹⁰⁷, salvo que el transporte sea organizado por el titular del establecimiento educativo (Moeremans, 2015). Continúa el autor refiriendo que una cuestión habitual son las actividades curriculares, extracurriculares o complementarias en un lugar distinto a la sede del establecimiento, por ejemplo clases de educación física en un complejo deportivo de titularidad de un club o de otra persona, debe responder el titular del establecimiento por los daños que sufran los alumnos en esas instalaciones por lo menos durante el período de tiempo en que se desarrolle la actividad, mientras que camino hacia el complejo deportivo, el establecimiento no tiene en principio responsabilidad, salvo que organice o ejecute el transporte (Moeremans, 2015). Mientras que durante los viajes educativos si se encuentran bajo la esfera de control del establecimiento educativo, responde el titular del servicio, sin perjuicio de otras responsabilidades que puedan surgir por parte de la empresa de turismo estudiantil o del transportista (Moeremans, 2015).

Hay muchas situaciones que son grises y que la atribución de la responsabilidad civil dependerá del análisis del caso concreto, por ejemplo: alumno que resulta dañado en la vereda del establecimiento educativo.

En síntesis, la responsabilidad del titular del establecimiento se extiende a todos aquellos momentos en los cuales se debería tener el control del alumno y no lo tenga por razones propias o ajenas (Sagarna, 2015).

El ámbito temporal de la responsabilidad

Los titulares de los establecimientos educativos son responsables de los daños sufridos o causados por los alumnos en el tiempo que permanezcan o debieran permanecer en el establecimiento educativo, entre ellas, en salidas educativas organizadas por el establecimiento y también durante el tiempo posterior razonable para que sean retirados de la institución (Moeremans, 2015). Es decir, se responderá por los daños que sufran o causen en el horario de ingreso, durante las horas de clases, los recreos, etc.,

¹⁰⁷ Real Academia Española: “Loc. lat.; literalmente 'en el camino!'.”

presentándose dudas cuando los padres dejan a sus hijos antes del horario de ingreso o no lo retiran inmediatamente después de clases (Moeremans, 2015).

Sagarna (2015) explica el significado de hallarse bajo la autoridad escolar refiriendo que es el momento y lugar en el cual la escuela tiene la posibilidad de vigilar al alumno, así no podrá controlar a un alumno ausente y por ende respecto de estos no asume responsabilidad; ahora bien, esta responsabilidad se extiende a los momentos en los cuales el establecimiento debe ejercer el control de sus alumnos, aun si no lo hiciera ya fuera por motivos propios o ajenos.

Lopez Mesa (2015) indica que no encuadran dentro del ámbito de protección de la norma, los daños que ocurran luego de que el menor ha salido del ámbito de control del establecimiento educativo y lo reafirma aportando un fallo judicial que resolvió que el titular del establecimiento no era responsable por las consecuencias dañosas del fallecimiento de un menor que fue atropellado por una tráfico que transportaba alumnos cuando los progenitores contrataron directamente con transportista, el cual no tenía relación de dependencia con el titular del establecimiento y en el Contrato de Enseñanza. Expresamente se indicaba que el establecimiento educativo no se hacía cargo del servicio de traslado de alumnos.

Una situación especial se plantea en las horas libres. Moeremans (2015) sostiene que si el establecimiento comunicó a los padres esta circunstancia, es decir, que el alumno saldría antes de horario, no emerge responsabilidad del establecimiento, pues los padres conocían que ya no se encontraban bajo la esfera de control; en cambio, si dicha comunicación no existía, considera que sigue siendo responsable el establecimiento.

Ahora bien, ciertas dudas se presentan respecto de la validez de la autorización general que dan los padres a principio de año para que el establecimiento pueda autorizar el retiro de los alumnos en caso de ausencia de los docentes. En este sentido Moeremans (2015) sostiene que esta autorización abierta no libera de responsabilidad al establecimiento, salvo que comunique concretamente a los responsables del alumno que se retirarán del establecimiento, mientras que en los casos en los cuales no notificará a los responsables, el Colegio debería organizar alguna actividad con los alumnos dentro del establecimiento hasta el horario de salida normal.

Por su parte, Galdós (2021) indica que la jurisprudencia ha considerado el ámbito espacial y temporal con criterios amplios y que se impone una interpretación amplia y flexible considerando las circunstancias de tiempo y lugar de un modo razonable y acorde a su fin protectorio atento que el régimen de responsabilidad se fundamenta en una garantía de indemnidad que presupone el poder y control que debe ejercer la autoridad escolar en el cual no importa si pudo o no controlar sino que debía hacerlo.

Edad de los alumnos

Los alumnos comprendidos en el artículo 1767, ya sean como sujetos causantes del daño o sujetos sufridores del daño, deben ser menores de edad¹⁰⁸ (Galdós, 2021). La

¹⁰⁸ Artículo 25 Código Civil y Comercial: “Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.”

norma abarca desde los dos o tres años, si se tratase de un jardín maternal hasta los dieciocho años (Moeremans, 2015).

López Mesa (2015) sostiene que la limitación de la aplicación del artículo 1767 a la minoría de edad es razonable ya que la responsabilidad objetiva al extremo debe tener algún límite, mientras que todos los casos donde los sujetos dañados o dañantes sean mayores de edad se le aplicarán las normas generales de responsabilidad civil. Sagarna (2015) aclara que la minoría de la edad se computa al momento de la consumación del hecho ilícito.

¿Qué ocurre con los alumnos que ya cumplieron los dieciocho años? Los alumnos mayores de edad podrían resultar víctimas de una insuficiente observación del deber de seguridad por parte del titular del servicio educativo, en cuyo caso el resarcimiento no podrá fundarse en el artículo 1767 sino en las normas de la responsabilidad civil general y en el microsistema del derecho del consumidor¹⁰⁹ (Galdós, 2021). En cuyo caso serán de aplicación las reglas del derecho del consumidor, especialmente la obligación de seguridad¹¹⁰ y el régimen de responsabilidad objetiva del proveedor.

El seguro de responsabilidad civil obligatorio

La tendencia universal exteriorizó un incremento respecto de la instauración de los seguros obligatorios de la responsabilidad civil para las actividades que tienen una mayor probabilidad de generar daños (Compiani, 2015).

El ámbito educativo argentino, siguiendo esa tendencia, en la reforma del artículo 1.117 estableció la contratación de un seguro obligatorio por parte de los titulares del servicio educativo. Nótese que una de las ventajas que otorga el seguro es la creación de seguridad, porque origina la protección en la medida que satisface la necesidad que podría generar el riesgo (Halperin, Barbato, 2003).

Kemelmajer (2001) indica que toda vez que las medidas relativas a la organización del establecimiento educativo son asumidas por sus titulares, el riesgo de que se produzcan daños es un riesgo propio de la llamada empresa docente, la cual es concebida como una unidad económica y de allí la necesidad de que cuente con un seguro.

El Código Civil y Comercial mantuvo la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil con el objetivo de garantizar una adecuada reparación para las víctimas (Lopez Mesa, 2015). Continúa el autor sosteniendo que el aseguramiento compulsivo permite evitar el riesgo de insolvencia del obligado al pago (titular del establecimiento) y evitar el impacto negativo que traería sobre el servicio educativo una eventual condena a indemnizar (López Mesa, 2015). Lorenzetti (2016) refiere que es tarea de la autoridad administrativa verificar el cumplimiento por parte del establecimiento educativo de esta obligación, ya que la falta de contralor puede conducir a que los damnificados logren el resarcimiento correspondiente.

Los obligados a contratar el seguro son los titulares de los establecimientos educativos. Mientras que respecto de la cobertura, dado que el Código no contiene distinciones,

¹⁰⁹ En caso que hubiera una relación de consumo.

¹¹⁰ Artículo 42 de la Constitución Nacional y 5 de la Ley 24240.

debe cubrir tanto a los alumnos que sufran un daño, como a los que lo causen (López Mesa, 2015).

Al respecto, Herrera, Caramelo, Picasso y Saénz (2015) indican que no es suficiente que el establecimiento contrate un seguro que cubra únicamente un riesgo mínimo ya que la cobertura debe ser lo suficientemente amplia como para poder indemnizar los daños que puedan razonablemente surgir durante el desarrollo de la actividad. Agregan que de lo contrario, cualquier cláusula que limite la cobertura sería contraria a lo dispuesto por la normativa mencionada y, por lo tanto, sería nula.

Compiani (2015) sostiene que el contrato puede tener exclusiones, que son delimitaciones del riesgo asegurado que permiten fijar con precisión los límites a los que se hallan sometidos los derechos y obligaciones tanto del titular del establecimiento educativo como de la compañía aseguradora. Las exclusiones de cobertura son las delimitaciones del riesgo asegurado, lo cual implica que al momento del perfeccionamiento del contrato de seguro, deben identificarse los hechos que pueden ocurrir y generar en consecuencia la obligación de la compañía aseguradora de procurar la prestación convenida (Compiani, 2015). Continúa la autora sosteniendo que dichas exclusiones tienen su asiento tanto en las condiciones generales como en las particulares de la póliza y permiten fijar con precisión los límites a los que se hallan sometidos los derechos y obligaciones del titular del establecimiento educativo y de la compañía aseguradora; a su vez pueden ser de naturaleza normativa o convencional y se caracterizan por describir las circunstancias en las que el siniestro estará fuera de la garantía asegurativa.

El contenido de las exclusiones de naturaleza normativa es variable y encuentra sustento en consideraciones de naturaleza subjetiva, objetiva, temporales y espaciales; suelen atender a consideraciones subjetivas, como el dolo, la culpa grave¹¹¹ o a consideraciones objetivas, como el vicio propio, guerra, motín o tumulto, terremoto¹¹² (Compiani, 2015).

La falta de regulación

Como se ha mencionado precedentemente, el artículo 1.117¹¹³ del Código Civil estableció la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil conforme lo establezcan las autoridades jurisdiccionales. Al respecto Kemelmajer (2001) sostiene que con “jurisdiccional” se quiso decir “provincial”, lo cual implica una pésima terminología utilizada y una gran ingenuidad al esperar que las provincias reglamenten la cuestión, lo cual, nunca ocurrió.

El Código Civil y Comercial ha corregido la inadecuada referencia a las autoridades jurisdiccionales por la autoridad en materia aseguradora, como la responsable de fijar los requisitos del seguro (Galdós, 2021). Las condiciones por las que se registrará el seguro serán determinadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación (Moeremans, 2015).

¹¹¹ Artículos 70, 105, 114, 127 de la Ley N° 17418 de Seguros.

¹¹² Artículos 66, 127, 71, 86 de la Ley N° 17418 de Seguros.

¹¹³ Reformado por la Ley N° 24.830/1997

Al respecto, Lopez Mesa (2015) considera que la remisión a que la autoridad aseguradora regule la cuestión sin establecer medidas de contralor, constituye una mera expresión de deseos, que difícilmente se cumpla.

Ocho años después de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, este seguro aún no ha sido regulado. Asimismo, la escasez de coberturas pensadas y diseñadas para cubrir los riesgos específicos de los establecimientos educativos hace que las aseguradoras no cuenten con una guía clara de sus necesidades específicas y por consiguiente se ciñan a brindar coberturas muy genéricas y excluir específicamente los riesgos más complejos o mejor dicho, más específicos de la actividad educativa, como por ejemplo, los hechos alegados de discriminación o acoso entre pares etc. tornando a las coberturas disponibles en una protección insuficiente (Barattini, 2017). Además, las pólizas de responsabilidad civil de las escuelas de gestión privada carecen de la definición de la Superintendencia de Seguros, por ello, cada Compañía de Seguros¹¹⁴, ofrece aquello que a su saber y entender considera más apropiado para una escuela. Esta situación genera riesgos latentes ante la ausencia de coberturas que resultan necesarias para los titulares de los establecimientos educativos.

Otras responsabilidades

Los hechos dañosos ocurridos en el marco de la práctica educativa suelen ser complejos por la dificultad de la delimitación del responsable último de los daños sufridos o causados por los estudiantes (Galdós, 2021). Es habitual que la responsabilidad del titular del establecimiento educativo concorra con la de otros sujetos indicados por el ordenamiento legal como igualmente responsables (Galdós, 2021).

Se analizarán a continuación las situaciones más habituales.

Régimen de responsabilidad civil de los docentes y cualquier otro dependiente del titular del establecimiento educativo

El artículo 1117¹¹⁵ del Código Civil derogado y el artículo 1767 del Código Civil y Comercial suprimen toda referencia a la responsabilidad de los directores y maestros, sin embargo, ello no implica que no puedan ser responsabilizados en forma concurrente con el titular del establecimiento educativo en caso de que se configuren supuestos receptados por el Código (López Mesa, 2015). Al respecto Moeremans (2015) indica que el hecho de que no se refiere más a los directores o maestros artesanos, ello no implica que estos se encuentran totalmente liberados, ya que si acredita que el daño se produjo por culpa de éstos, deberán responder.

Tratándose de responsabilidades concurrentes con fuentes diferentes del deber de responder, los factores de atribución de la responsabilidad serán diferentes para cada uno de los legitimados pasivos (López Mesa, 2015).

¹¹⁴ En muchas ocasiones se desconocen las instalaciones en las que deben asegurar los riesgos.

¹¹⁵ Modificado por la Ley N° 24.830.

La responsabilidad de los docentes y de cualquier otro dependiente del establecimiento educativo será subjetiva¹¹⁶, y la prueba de culpa requerirá que el demandante demuestre que el incumplimiento del deber de vigilancia fue la causa del daño¹¹⁷ ocurrido (Galdós, 2021). El docente deberá demostrar que obró con diligencia en el cumplimiento de su deber de acuerdo a las circunstancias de tiempo, lugar y personas (Galdós, 2021).

La carga de la prueba recaerá, en general, en cabeza de quien demanda, sin perjuicio de proceder la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, ya que el maestro o director está en mejores condiciones de acreditar su no culpa (Moeremans, 2015). El referido principio consiste en imponer el peso de la prueba en cabeza de la parte que por su situación está en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado (López Mesa, 1998). Al respecto, el art. 1735 del Código Civil y Comercial indica

No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

El juez, en consonancia con los antecedentes del proceso que esté bajo su jurisdicción, tiene la facultad de evaluar quién está en mejores condiciones para demostrar la culpabilidad del imputado o la debida diligencia en el caso de que se alegue responsabilidad por un acto perjudicial. Esta facultad se aplica únicamente cuando se plantea un elemento subjetivo de atribución y se hace referencia únicamente a la culpa, excluyendo el dolo y la mala fe.

Galdós (2021) indica que en la relación interna entre el titular del establecimiento educativo y el docente, o cualquier otro dependiente, es posible que el primero inste una acción de regreso contra aquel y pruebe su responsabilidad, en cuyo caso, hay que tener en cuenta que cuando la víctima inicia la acción la distribución de responsabilidades que se efectúe en dicho proceso hace cosa juzgada en el proceso de regreso que inste el titular del establecimiento educativo hacia su personal.

¿Qué significa que haga cosa juzgada? La cosa juzgada es el atributo de las sentencias judiciales que no son susceptibles de ser atacadas o alteradas, dentro del proceso judicial o fuera de él, otorga la certeza definitiva de la "verdad legal" (Eisner, 1981).

Entonces, si la víctima demanda al personal del establecimiento la distribución de las responsabilidades que se realice en ese proceso no podrá ser objeto de debate en un proceso legal posterior iniciado por el titular del establecimiento educativo contra el personal.

Responsabilidad del tercero ajeno al ámbito educativo

La responsabilidad del titular del establecimiento educativo podrá concurrir con la de terceros por los cuales no debe responder por ser ajenos a su actividad, por ejemplo, el

¹¹⁶ Artículo 1727 del Código Civil y Comercial.

¹¹⁷ Artículo 1726 del Código Civil y Comercial.

propietario del inmueble en el que funciona el establecimiento educativo, en cuyo caso, el reclamante deberá acreditar todos los presupuestos de la responsabilidad civil, en forma autónoma e independiente de la del titular del establecimiento (Galdós, 2021).

En suma, la responsabilidad del tercero ajeno al establecimiento será merituada por los principios generales de la responsabilidad civil, no siendo de aplicación a los efectos de la atribución de su responsabilidad civil el artículo 1767.

Régimen de responsabilidad civil de los progenitores

En el título “El cuidado de las infancias desde la mirada del Código Civil y Comercial” se ha analizado la cesación de la responsabilidad de los progenitores, no obstante, se considera conveniente retomar este tema en este título y analizar la responsabilidad que les compete a los progenitores por los hechos de sus hijos.

Actualmente ambos progenitores tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales respecto del cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. La responsabilidad parental es compartida, por ello, el fundamento de su responsabilidad por los hechos de los hijos radica en el carácter de progenitor y de titular de la responsabilidad parental (Lloveras, Monjo, 2013).

En el supuesto que se analiza, el hecho generador de la responsabilidad civil no será realizado directamente por las personas responsables -progenitores- pero éstas serán obligadas por la ley a resarcir el daño que sus hijos hayan causado a terceros. Se la llama responsabilidad refleja.

El artículo 1754 del Código Civil y Comercial dispone que

Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos.

El artículo 1755 del Código Civil y Comercial agrega que

La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643¹¹⁸.

Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible.

Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

¹¹⁸ Artículo 643 del Código Civil y Comercial: “En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.”

Los recaudos exigidos por la ley para que se genere la responsabilidad de los progenitores por el hecho de los hijos son: a) Hijo menor de dieciocho años, b) que se encuentre bajo la responsabilidad parental del progenitor y c) cohabitación o convivencia con el hijo la que debe ser entendida con criterio amplio, configurándose incluso en aquellos casos en los que los progenitores no convivan materialmente con el menor pero puedan ejercer su vigilancia y educación (Picasso y Sáenz en Herrera, Caramelo, Picasso, 2015).

El factor de atribución es objetivo¹¹⁹ y se funda en la necesidad de brindar un mayor grado de tutela a los intereses del damnificado, ya que los progenitores sólo pueden eximirse probando la causa ajena. Ello debería resultar como un incentivo para el ejercicio del rol de los progenitores en forma responsable y previsor, puesto que de otro modo deberán indemnizar todos los daños que causen sus hijos menores sin que puedan argumentar acerca de su diligencia, su ausencia en el momento del hecho o una adecuada vigilancia activa por su parte (Gómez Tacconi, 2018).

Actualmente, la relación entre los progenitores y sus hijos ha cambiado sustancialmente respecto de otras épocas, la fuerte y estricta autoridad de otros tiempos se ha transformado en ausencia o debilitamiento y muchas veces, el pretexto de democratizar los vínculos o de escuchar a los menores, se traduce en una dilución del rol de autoridad, guía y fijación de límites que compete inexcusablemente a los progenitores, los que deben evitar que los menores se dañen a sí mismos y a terceros, así como también deben enseñarles a vivir en sociedad (Gómez Tacconi, 2018). Continúa la autora sosteniendo que por ello resulta razonable que si los progenitores asumen o deberían asumir la responsabilidad de educación, cuidado, guía y transmisión de valores a sus hijos menores de edad, sean quienes deben responder por los daños causados por éstos, dado que ello equivale a cargar con las consecuencias derivadas del ejercicio de su función parental (Gómez Tacconi, 2018).

La responsabilidad de los progenitores es una cuestión ríspida, según la regla general estos se liberan demostrando que no tienen a su cargo la responsabilidad parental ni que habita con su hijo¹²⁰ o que ha cesado su responsabilidad parental¹²¹ (Galdós, 2021). El artículo 1755 del Código Civil y Comercial establece que la responsabilidad de los padres “cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente”.

Tale (2013) critica la inclusión del término “transitoria” en el artículo 1755 y brinda atendibles ejemplos en virtud de los cuales la aplicación de esta pauta conlleva a resultados injustos e ilustra que el derecho comparado no registra antecedentes similares y sostiene que cuando un menor de edad se encuentra transitoriamente bajo el cuidado de terceras personas, sus progenitores serán responsables por los daños que éste ocasione.

El término “transitorio” es propio de un sistema subjetivo, en tanto que el régimen actual es objetivo. Si la responsabilidad civil de los padres es objetiva con fundamento en la responsabilidad parental, no parece justo eximir a los padres por el simple hecho de que el daño ocurrió cuando el hijo estaba al cuidado del establecimiento educativo.

¹¹⁹ Para algunos autores el factor de atribución es el riesgo, para otros es la garantía, en tanto que para algunos la responsabilidad se funda en la titularidad de la responsabilidad parental.

¹²⁰ Artículo 1767 del Código Civil y Comercial

¹²¹ Artículo 1755 del Código Civil y Comercial

La cuestión central en este análisis pasa por determinar si la concurrencia del menor al establecimiento educativo implica que ha sido puesto bajo la vigilancia transitoria o permanente de otra persona (Galdós, 2021). Hay varias posturas al respecto de esta cuestión.

Parellada (2017) sostiene que hasta la vigencia del Código Civil y Comercial, la responsabilidad de los progenitores podía concurrir con la del titular del establecimiento educativo en los aquellos supuestos en que el niño o adolescente causara daños¹²². Además, el autor no comparte la solución que brinda el artículo mencionado y admite que es una cuestión de política legislativa, coincidiendo con Jorge Mosset Iturraspe en el sentido que, a pesar de las dificultades que puede causar a la economía familiar esta responsabilidad, no debe llevarnos a flexibilizar la responsabilidad de los progenitores, al menos por el efecto disuasorio del temor a la condena a reparar; continúa el autor indicando que la disociación de esa responsabilidad no considera que en la educación de las infancias resulta fundamental que éstas conozcan cómo su conducta personal trasciende al ámbito de la familia. Concluye que la sociedad demanda más responsabilidad de los progenitores y no menos (Parellada, 2017).

Otros autores, como Galdós (2021) consideran que no resulta razonable, ni necesario mantener la responsabilidad de los progenitores y que a fin de dilucidar la responsabilidad de los padres se deben analizar razonable y sistémicamente los artículos 1767 y el 1755 del Código Civil y Comercial. Para ello, se debe analizar qué implica la vigilancia transitoria prevista en el segundo de los artículos. El autor sostiene que la permanencia en el establecimiento educativo si se trata de asistencia normal a clases liberará a los progenitores de responsabilidad porque se trata de un transitoriedad signada por la permanencia, concluyendo que la cuestión se resolverá con las reglas destinadas a determinar la extensión material, de tiempo y de espacio de la autoridad escolar (Galdós, 2021).

Galdós (2021) indica que un debate complejo se suscita en el caso de los menores que exteriorizan problemas de conducta, es decir, cuando los daños se motivan en la personalidad del niño, niña o adolescente, para lo cual, el análisis debe hacerse sobre la premisa de que la víctima, alumno o tercero, debe obtener una reparación; por ello no parece adecuado que el establecimiento se libere alegando caso fortuito, ya que la conducta raramente será imprevista, inevitable y ajena al riesgo de la actividad educativa, pero tampoco para razonable que el establecimiento deba asumir los riesgos adicionales que implica un alumno con comportamientos disruptivos superiores a la media y que impliquen una dificultad para ejercer el control y vigilancia. El autor entiende que se debe propinar una solución que admita que el titular del establecimiento educativo deba responder frente a la víctima por los daños causados por un alumno con conductas disruptivas sin que pueda alegarse, en principio, el caso fortuito, pero el titular del establecimiento luego tendrá acciones de regreso contra los progenitores e incluso podrá pedir su citación al juicio (Galdós, 2021). Con respecto a la citación al juicio a los progenitores, si bien, se adhiere a esa posibilidad, hay que tener en cuenta que habrán muchas chances de rechazo de la atribución de la responsabilidad de los

¹²² El artículo 1115 del Código Civil de Vélez disponía la cesación de la responsabilidad de los padres cuando el hijo había sido colocado en establecimiento de manera permanente, desprendiéndose de la guarda.

progenitores por el hecho de que el daño se produjo en momentos en los cuales el cuidado del niño, niña o adolescente estaba en cabeza del establecimiento educativo.

En suma, actualmente el régimen de responsabilidad civil de los progenitores respecto de los hechos de los hijos es objetiva¹²³. Este régimen se fundamenta en la forma en que las familias se vinculan en la sociedad actual, donde el control y la vigilancia sobre los hijos son, en general, menos estrictos que en el pasado. Sin embargo, este régimen implica que los progenitores se podrán eximir de responsabilidad en determinadas circunstancias, como es el caso en el que los hijos son puestos bajo el cuidado transitorio o permanente de un tercero, como ocurre en el caso de su concurrencia al establecimiento educativo.

En el contexto de los establecimientos educativos, esto implica que los padres no serán considerados responsables por los daños ocasionados por sus hijos mientras estos estén bajo el cuidado y supervisión del establecimiento, incluso si se demuestra que los padres proporcionaron una educación deficiente o una formación inadecuada en el hogar. En este escenario, la responsabilidad recae en el establecimiento educativo y su personal. Por ende, el sistema de responsabilidad civil actual establece que los establecimientos educativos tienen la responsabilidad principal de garantizar un entorno seguro en las instalaciones escolares. En contraposición, si los padres brindaron una educación deficiente en el hogar y esto resultó en un comportamiento perjudicial de sus hijos en la escuela, los padres no serán considerados responsables de los daños ocurridos en el ámbito escolar, siendo el establecimiento educativo y su personal quienes asuman dicha responsabilidad. Esa solución resulta injusta y plantea la interrogante sobre la conveniencia de revisar el sistema de atribución de responsabilidad civil en estos supuestos.

Régimen de responsabilidad civil de los menores de edad

En este título se analizará qué responsabilidad les cabe a los menores de edad de responder civilmente por los daños que causen a terceros.

La edad de los niños y adolescentes tiene consecuencias concretas en el ámbito de la responsabilidad civil. Son considerados involuntarios (sin discernimiento, intención y libertad), los actos los actos ilícitos llevados a cabo por menores de diez años y los actos lícitos¹²⁴ llevados a cabo por menores de trece años.

¿Qué implica que la edad tiene efectos concretos respecto de la atribución de la responsabilidad civil? Si el niño tiene menos de diez años de edad, no tiene discernimiento para los actos ilícitos, el acto llevado a cabo será involuntario¹²⁵ y por ello deberá responder por razones de equidad. Ello implica que el juez puede atenuar¹²⁶ la condena en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y

¹²³ El Código Civil establecía en el artículo 114 la responsabilidad subjetiva de los padres respecto de los hechos de los hijos.

¹²⁴ “Los simples actos lícitos son aquellos hechos humanos, voluntarios, no prohibidos por el ordenamiento normativo que producen efectos con independencia de la voluntad de las partes. Es la ley la que deriva los efectos de la conducta consciente y voluntaria de la persona, aunque sus efectos son producidos directamente por imposición del ordenamiento jurídico, más allá de si las partes quieren o no producir tales efectos” (Herrera, Caramelo, Picasso, Benavente, 2015).

¹²⁵ Artículo 1750 del Código Civil y Comercial.

¹²⁶ Artículo 1742 del Código Civil y Comercial.

las circunstancias del hecho. Mientras que si el menor tiene diez años o más tiene discernimiento para los actos ilícitos, deberá resarcir por las normas relativas a la responsabilidad por el hecho propio¹²⁷.

La antijuridicidad¹²⁸ del hecho generador del daño siempre se apreciará objetivamente¹²⁹. Tanto si el menor no tiene discernimiento, como si lo tiene¹³⁰. Si bien el menor responde igualmente si no tiene discernimiento¹³¹, puede existir una minoración de su responsabilidad, dado que se basa en la equidad. En el caso de los menores que han cumplido diez años (actos ilícitos) o trece años (actos lícitos) responden por dolo o culpa conjunta y concurrentemente con sus progenitores¹³².

Los menores de edad pueden ser civilmente responsables por los daños que hayan ocasionado a un tercero, y por ello pueden ser demandados. Son responsables concurrentes junto a sus progenitores¹³³.

Además, un alumno mayor de diez años podrá ser responsable directo¹³⁴ frente a la víctima, de modo concurrente con el establecimiento educativo (Galdós, 2021). Ello es así atento que si un niño mayor de diez años lleva a cabo un acto ilícito, el mismo será considerado voluntario (con discernimiento, intención y libertad) y responde civilmente por el hecho propio por responsabilidad directa¹³⁵.

¹²⁷ Artículo 1749 del Código Civil y Comercial.

¹²⁸ La antijuridicidad se analiza siempre objetivamente porque lo relevante para determinar su existencia es si se ha causado un daño que no está justificado. Es decir, se confronta la conducta obrada con el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto. De este modo, un menor sin discernimiento puede desplegar una conducta que sea antijurídica aun cuando no sea imputable, precisamente por carecer de uno de los elementos internos de la voluntad (el discernimiento). El artículo 1717 del Código Civil establece que “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

¹²⁹ Artículo 1750 del Código Civil y Comercial.

¹³⁰ Artículo 261 inciso b Código Civil y Comercial.

¹³¹ Código Civil y Comercial, artículo 1750 “El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1742”.

¹³² Artículo 1754 Código Civil y Comercial.

¹³³ Artículo 850. “Obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes”.

¹³⁴ Artículo 261 del Código Civil y Comercial

¹³⁵ Artículo 1749 del Código Civil y Comercial: “Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.”

CAPÍTULO TRES: MARCO TEÓRICO

La infancia

Introducción

El cambio hacia un enfoque centrado en el deber de cuidado de los estudiantes puede ser explicado desde diferentes dimensiones teóricas, como la dependencia de los niños, niñas y adolescentes respecto de los adultos y en la relación familia y escuela. Ambas dimensiones han experimentado una significativa transformación con repercusiones directas en el ámbito escolar.

En este título se abordará el estudio de la evolución histórica de la concepción de la infancia, haciendo énfasis en la perspectiva que se ha tenido sobre ella en el siglo XX. Además, se abordará la cuestión de las infancias trans, en tanto se presentan como un cambio de paradigma de la concepción de la infancia.

Posteriormente, se analizará el desarrollo de la normativa internacional en relación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para luego centrarse en el contexto específico de Argentina y abordar el principio del interés superior del niño.

La infancia, su definición

Baquero y Narodowski (1994) sostienen: “La infancia es una construcción de la modernidad definida por la atribución de ciertas características a un grupo particularizado de la población, características condensadas en diferentes instituciones y en ciertos discursos científicos y normativos” (p. 65) y agregan “La institución escolar es el dispositivo que la modernidad construye para encerrar a la niñez” (p. 63).

Cuando se menciona a las infancias en el presente debe entenderse que incluye a los niños, niñas y adolescentes.

Evolución de la concepción de la infancia

La mirada de los adultos sobre las infancias ha cambiado a lo largo de la historia. Estas variaciones fueron lentas e imperceptibles y, en general, no fueron notadas. No obstante, la modernidad y el movimiento rápido de la vida en general hace que los cambios contemporáneos sean advertidos con mayor facilidad (Ariès, 1986).

La infancia dependiente del adulto

A continuación se realizará una síntesis de la evolución histórica de la concepción de la infancia.

A lo largo de los siglos II y III, surge un nuevo paradigma en la concepción de la familia y la crianza de los hijos, en el que el matrimonio adquiere una dimensión psicológica y moral que se extiende hasta el fin de la vida y que considera a los hijos como el fruto sagrado de la conexión íntima de las personas (Ariès, 1986). A lo largo de varios siglos, en Europa Occidental primó aquello que se ha llamado conciencia naturalista de la vida

y también del tiempo. En esa concepción de la vida, la reproducción humana era vital porque mantenía el ciclo de la vida y el linaje de las familias (Gélis, 1990).

La familia era el núcleo primario, donde unos apoyaban a otros y la fecundidad tenía un rol superlativo al igual que la mujer, ya que era quien llevaba en su vientre el futuro del linaje (Gélis, 1990). La exaltación de la fecundidad estaba asociada a la fortaleza de una familia en el sentido de su numerosidad, ya que esta garantizaba seguridad y mano de obra, concepción arraigada en un contexto de incertidumbre y de baja densidad poblacional (Ariès, 1986). En esta conciencia naturalista de la vida la concepción del cuerpo era ambivalente ya que cada ser tenía su propio cuerpo pero dependía de su linaje, así el cuerpo era sentido como propio pero también de los integrantes de la familia viva y de la muerta; el único deber del individuo en el marco de la familia era el de dar vida (Gélis, 1990).

En esta época, los vínculos familiares, ya sean legítimos o ilegítimos, revestían un valor excepcional, impulsando la necesidad de tener numerosos hijos que sirvan como una reserva ante los frecuentes incidentes y la mortalidad, lo que conlleva a una valoración indirecta de la niñez (Ariès, 1986). El niño era considerado como un brote dentro del árbol familiar y parte del linaje intergeneracional, en esta mirada se lo consideraba como un niño “público” y desde su nacimiento la condición del niño dependía tanto de lo privado –sus progenitores- como lo público –asistencia de los parientes desde el mismo momento del nacimiento- (Gélis, 1990). El rol del hijo tenía una relevancia fundamental al convertirse en un elemento indispensable de manera única e insustituible (Ariès, 1986). La primera infancia era el momento del aprendizaje de los lugares (su casa, pueblo, etc.), del juego, del aprendizaje de normas de convivencia en su comunidad, hacer del niño un ser humano apto para superar los avatares de la existencia y lograr continuar el linaje; hay que tener en cuenta que desde los siete u ocho años, los niños debían acompañar al campo a su padre y las niñas aprendían con su madre su futuro rol de mujer (Gélis, 1990).

La sensibilidad hacia la infancia, gestada de manera gradual desde la segunda mitad de la Edad Media, especialmente a partir del siglo XII-XIII y consolidada en el siglo XIV, estuvo intrínsecamente ligada a la transformación de las dinámicas familiares hacia una mayor intimidad y al progreso en el ámbito educativo (Ariès, 1986). A finales del siglo XIV, en segmentos más privilegiados de la sociedad, emergen signos de una transformación en la percepción de la infancia, evidenciada por un decidido esfuerzo por preservar la vida de los niños, en contraste con épocas anteriores donde la aceptación de la muerte infantil era más común; en este contexto, los progenitores, lejos de resignarse a la pérdida de un hijo, se veían compelidos a concebir otro para mantener el linaje, revelando así una nueva conciencia de la vida y del tiempo, donde la resistencia a la muerte y a las enfermedades infantiles se erige como un aspecto esencial de esta evolución (Gélis, 1990). Ariès (1986) refiere que la muerte de un infante, que durante mucho tiempo fue provocada, y más tarde aceptada, experimentó una evolución hasta llegar a una época en la que se ha vuelto absolutamente intolerable, siendo complejo determinar hasta qué punto es reciente esta actitud.

Durante mucho tiempo, no hubo indumentaria específica para niños en ningún estrato social; sin embargo, a partir del siglo XVI, especialmente en las clases acomodadas, los niños, principalmente varones, comenzaron a adoptar vestimenta distintiva, mientras que las niñas aún conservaban ornamentos similares a los de las mujeres adultas (Ariès, 1986). Este cambio, revistió suma importancia, ya que marcó una nueva significación

de la infancia. El infante adquirió una posición crucial en las preocupaciones parentales al convertirse en un niño apreciado por su propia existencia, un cambio de enfoque que persistió indefinidamente, sin una cronología precisa, considerándose que la noción de la "familia moderna", conformada por la pareja y sus hijos, surgió en el siglo XV en Florencia, Italia, extendiéndose a Inglaterra, Flandes y Francia en el siglo XVI (Gélis, 1990).

La evolución del sentimiento de la infancia no resulta de una forma lineal. En los siglos XVI y XVII se describió al nuevo niño como un ser más despierto y con mayor grado de madurez. Los progenitores entendían que llevar a su hijo a la escuela era “sustraerle a la naturaleza” ya que ellos no eran capaces de darle una formación diferente de la que en épocas anteriores el infante recibía de su comunidad, por ello, hacia el año 1550 la afirmación del sentimiento de la infancia estuvo acompañada por normativas que constituyen la primera expresión de una política de protección a la primera infancia, se trató de una novedosa intervención estatal en cuestiones demográficas (Gélis, 1990). La antigua mirada sobre la infancia era la de un adulto pequeño. Entre los siglos XV y XVII se comenzó a desarrollar el sentimiento del amor maternal el cual en el ámbito educativo es proyectado hacia la maestra y resulta uno de los más importantes indicadores de la alianza escuela familia moderna; así, el nacimiento de este sentimiento fue uno de los síntomas de la profunda transformación cultural occidental (Narodowski, 1994).

A lo largo del siglo XVII, se generó una dicotomía resultante de la necesidad de conciliar la responsabilidad de perpetuar el linaje con el anhelo personal de llevar una vida plena mediante decisiones autónomas, lo cual dió lugar a un cambio en los comportamientos familiares que prioriza al individuo y dió origen a una reconfiguración de la percepción del cuerpo (Gélis, 1990). A partir de mediados del siglo XVII, surgió en Francia una nueva sensibilidad hacia la infancia, marcada por un sentimiento dual de solicitud y ternura, junto con una forma moderna de mimar, reflejando una dosificación cambiante de ternura y severidad en la historia de la infancia desde el siglo XVIII hasta nuestra época (Ariès, 1986).

En el siglo XVIII, bajo la influencia de Rousseau y del “optimismo” del siglo de las luces, prevaleció una gran rigidez pero tras la aparición de ternura, al menos en Francia (Ariès, 1986). Gélis (1990) sostiene que en el Siglo XVIII, el sentimiento de la infancia era entendido como un síntoma de una honda metamorfosis de las creencias y de las estructuras mentales, como un cambio radical de la conciencia de la vida y del cuerpo en Occidente. Por su parte, Ariès (1986) refiere que entre los siglos XVIII y XIX el hombre occidental exteriorizó una revolución en la afectividad, que no lo hace mejor o peor, sino diferente y donde los sentimientos se concentran más en el hijo. Desde fines del siglo XIX, en Occidente, los Estados convencidos de que la infancia debía transformarse en una cuestión central del Estado, desarrollaron políticas para la administración masiva y centralizada en el cuerpo infantil, de esta forma se concretó políticamente la teoría sobre el cuerpo infantil (Narodowski, 2013).

La teoría del cuerpo infantil se refiere a la forma en que el cuerpo de los niños es moldeado, controlado y normalizado por diversas instituciones y discursos de poder en la sociedad. Yutzis (2009) desde una visión histórica, destaca cómo en el siglo XVIII el Estado adquirió un rol fundamental en la promoción del bienestar ciudadano, integrando el cuidado del cuerpo infantil en su estrategia política; esta atención se manifestó en el seguimiento y control de factores que influyen en el desarrollo y la vitalidad de los

niños, demostrando un compromiso con la salud y la productividad futura de la sociedad. Agrega la autora, siguiendo a Foucault, que el Estado adoptó prácticas disciplinarias sobre los cuerpos individuales para producir sujetos obedientes y productivos, organizando el espacio y regulando conductas en instituciones como la escuela, el ejército, el hospital y la familia, con el fin de establecer normas de "normalidad" y "anormalidad" en función de los intereses del poder. Por su parte, Sotelo (2010) con una perspectiva más contemporánea, señala cómo la medicina y la ciencia influyeron en la percepción y el tratamiento del cuerpo infantil, destacando cómo la mirada médica y el discurso autorizado sobre el cuerpo contribuyen a la normalización y control de los cuerpos desde una edad temprana, con el objetivo de moldearlos de acuerdo con ciertos estándares de salud y comportamiento. En este sentido, Yutzis (2009) expone que los hijos, antes al servicio de los padres, se convierten en el centro de las obligaciones parentales, distribuyendo así la estructura familiar alrededor del cuidado del cuerpo infantil.

Sotelo (2010) y Yutzis (2009) proporcionan una mirada sobre la teoría del cuerpo infantil como un concepto que abarca la forma en que el Estado, las instituciones sociales y los discursos de poder influyen en la forma en que se concibe, se trata y se regula el cuerpo de los niños en la sociedad. La teoría del cuerpo infantil invita a reflexionar sobre las complejas dinámicas de poder que operan en torno al cuerpo de los niños a lo largo del tiempo y en diferentes contextos culturales.

La infancia de la modernidad trae aparejado el alejamiento de los niños y niñas de las actividades propias de la vida adulta, este punto es determinante ya que marca a la infancia como un nuevo cuerpo y en simultáneo se desarrolla la necesidad de generar instituciones que formen esos nuevos cuerpos. El sometimiento de la infancia hacia los adultos y la institucionalización de la niñez marcan una barrera que separa al niño del adulto (Nadordowski, 1994).

La mirada de la infancia a partir del Siglo XX

A lo largo del siglo XX, se ha experimentado un cambio radical en la percepción de la infancia que impacta profundamente en el tejido social. Históricamente, los niños han desafiado la comprensión y capacidad de anticipación del adulto; aunque el abordaje de la novedad en la infancia no es nuevo, en años recientes se advierte un cambio en cómo la conceptualizamos, con una novedad cada vez más radical que desborda las categorías convencionales, superando la capacidad de las instituciones para gestionarla efectivamente, generando no sólo desconcierto en lugar de sorpresa, sino también una sensación de extrañamiento en vez de un reconocimiento claro ante "lo nuevo" (Diker, 2009). Narodowski (2016), sostiene que en la actualidad, los nuevos paradigmas sociales revalorizan la infancia y la juventud, desafiando la concepción tradicional del niño dependiente y obediente construida durante siglos, y consideran la inexperiencia de los niños y adolescentes como atributos positivos, tanto en ellos como en los adultos que buscan adoptar preferencias estéticas y una apariencia exterior equiparables a las de las generaciones más jóvenes. En este sentido, Diker (2009) señala que en la actualidad se observa una hiper valorización de la juventud, tanto en términos estéticos, como de experiencias de vida, reflejando una resistencia a crecer en una sociedad que considera el paso de los años como algo negativo.

Actualmente nuestra cultura, en los términos de Margaret Mead (1971), es prefigurativa, la autora sostiene las distinciones que se establecen entre tres tipos de cultura —la

postfigurativa, donde los niños aprenden principalmente de los adultos; la cofigurativa, donde tanto niños como adultos aprenden de sus pares; y la prefigurativa, donde los adultos también aprenden de los niños. Al respecto, Narodowski (2016) sostiene que gracias a Margaret Mead sabemos que a mediados del siglo XX, la infancia como discapacidad natural y adscripta al mandato del pasado ha dado un nuevo giro, nos encontramos dentro de la cultura prefigurativa, en la que existe una dilución de la asimetría niño, niña y adolescente- adulto donde los siguientes términos expresan la realidad: negociación, equivalencia, intercambiabilidad, si esto es así es porque se presentan recíprocamente como iguales; en consecuencia cada vez existen menos fronteras sociales entre estos.

Se observa un conformismo y resignación por parte de los adultos como efecto de las concesiones otorgadas a los niños, niñas y adolescentes, no por convicción sino para evitar un mayor conflicto. En caso de una escalada de conflictividad en una situación que involucre algún componente intergeneracional, a diferencia de aquello que ocurría en la cultura posfigurativa, en nuestra cultura prefigurativa los niños, niñas y adolescentes llevan las de ganar (Narodowski, 2016). En cambio, Diker (2009) sostiene que las relaciones entre adultos y niños no tienen una fórmula exacta; a veces favorecen al adulto, otras al niño, algunas son como de "igual a igual" y en otras, simplemente, hay una onda de indiferencia. Se retomará esta cuestión en el siguiente capítulo.

La lógica actual de la satisfacción inmediata a través del consumo de novedades impulsa un incremento en la autonomía infantil, distanciando a los niños de la imagen tradicional de la infancia necesitada de protección y de una guía por parte del adulto; además, las nuevas generaciones a menudo asumen roles de conocimiento antes reservados a los adultos, cuestionando así la dirección de la transmisión y la función de ingreso a la cultura que solían ser exclusivas de la familia y la escuela (Diker, 2009). Narodowski (2016) argumenta que la infancia ya no puede ser vista como dependiente y subordinada a la decisión del adulto, diluyéndose en un contexto de equivalencia, desjerarquización y simetría, explica el autor que la crisis en la conceptualización moderna de la infancia no la lleva a su clausura, sino que la divide en dos polos: la infancia hiperrealizada, y la infancia desrealizada.

En la primera, los niños y niñas son maestros de sus progenitores y no necesitan protección; viven en la inmediatez y son maestros de los adultos, no generan necesidad de protección de parte de los adultos, antes en la modernidad posfigurativa la infancia era la espera hacia la adultez, en la actual configuración la infancia y la adolescencia constituyen valores prominentes (Narodowski, 2016). La presencia de las pantallas en la vida de los niños desafía las formas convencionales de acceso al conocimiento de las instituciones modernas y cuestiona el papel que la modernidad había asignado a los adultos: proteger, orientar, educar, entre otros (Diker, 2009). Hoy el peor de los castigos sería desconectarlos de la tecnología, sin embargo aunque quisiéramos no podríamos, siempre tendrán a su alcance algún dispositivo que les permitirá conectarse, a pesar de la indicación de la autoridad del adulto (Narodowski, 2016).

Paralelamente a la infancia hiperrealizada, se encuentra la infancia desrealizada es la que desde temprana edad trabaja, vive en la calle, que no está al resguardo del cuidado del adulto y en consecuencia ha desarrollado herramientas, y al no contar con el respaldo institucional, estos niños y niñas generan una situación que desorienta a los adultos, quienes experimentan una disminución en su capacidad disciplinaria y una pérdida de su autoridad legítima (Narodowski, 2016). Al respecto, Diker (2009), en el actual contexto de fragmentación socioeconómica, es esencial tener precaución al

generalizar explicaciones sobre la infancia, dado que los efectos de las distintas influencias en cada niño son imprevisibles, y no se puede afirmar que dichos efectos definan su comportamiento en todas las circunstancias.

Por último, con relación al niño en su rol de estudiante, Sanchez (2006) sostiene que la imagen de niños y adolescentes entusiastas por aprender y sin problemas de conducta constituye un ideal que la realidad contradice. Al respecto, Parellada (2017) expresa que en el siglo XXI, el alumno se destaca por su insatisfacción con el proceso educativo y la resistencia a la autoridad escolar; sin embargo, en respuesta a este panorama, el derecho establece límites que proporcionan estabilidad al reconocer derechos y protección a los niños, niñas y adolescentes.

El enfoque del deber de cuidado, la responsabilidad civil ultra objetiva de los titulares de los establecimientos y el nuevo posicionamiento de los niños, niñas y adolescentes ante el adulto frente a los adultos colocan a la escuela en una situación compleja, Lopez Mesa (2015) lo expone con prístina claridad:

Exigir a la escuela y sus propietarios un inmenso deber de previsión implica, correlativamente, descargar todo deber formativo de las espaldas de los padres de los menores y liberar a estos de cualquier responsabilidad por haber criado mentecatos o irresponsables, con el cómodo procedimiento de agravar la eventual previsibilidad de conductas que sólo se justifican en vándalos, antisociales o inadaptados, mas no en menores hijos de familias de desenvolvimiento normal, donde alguno de los padres, madres o abuelos ejercen una autoridad plausible de modo razonable, pero no débil.

El inconveniente es que también se han recortado las facultades de la escuela para mantener el orden, al cercenarse en la práctica casi toda aplicación de sanciones...

Ello ha producido la paradoja de que los menores alumnos estén cada año más exaltados, asuman cada vez mayores osadías y peligros y, a la par, sufran daños crecientes y más frecuentemente (p. 173).

Infancias trans¹³⁶

Para abordar este título como punto de partida se definirá que se entiende por sexo, por género, por identidad de género y por estereotipo de género.

Siguiendo las definiciones brindadas por Crawford, Chaffin and Fitton (1995) se entiende por sexo a las diferencias biológicas en la composición genética y en la anatomía y funciones reproductivas, se nace masculino o femenina; mientras que por género se entiende aquello que la cultura hace con el material crudo del sexo biológico, se refiere a las categorías culturales, esto implica las características de los hombres y mujeres deberían tener, no por razones biológicas sino que resultan de las creencias sociales y culturales. Ser hombre, mujer, mujer transgénero, hombre transgénero, etc. El género es un fenómeno cultural que se va construyendo en relación con las vivencias y las transformaciones socioculturales (Butler, 2007).

¹³⁶ Se denomina de esta manera al grupo de identidades de las personas transgénero, travestis y transexuales.

Hay varias definiciones de identidad de género.

El preámbulo de los Principios de Yogyakarta (2007), define a la identidad de género como:

vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

La identidad de género es la auto percepción de la persona sobre su propio género, la cual puede correlacionarse con el sexo o el género asignado al nacer o diferir de él (Calero, 2021).

El documento de Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2013) expresa que existen variantes de la identidad de género:

El transgenerismo (personas trans) es un término utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos.

En Argentina, desde el año 2012 está vigente la Ley N° 26.743 de Identidad de Género que establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona y a ser tratada de acuerdo con esta y a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de los nombres de pila, imagen y sexo con los que allí se registre¹³⁷. Los menores de edad pueden concretar el cambio en el registro y el acceso a tratamientos médicos a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a¹³⁸. Además, se prevé que deberá respetarse la identidad del género adoptado por niños, niñas y adolescentes que utilicen un nombre de pila distinto al consignado originalmente en su documento nacional de identidad, incluso establece que a su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio ya sea en ámbitos públicos como privados¹³⁹.

Esta legislación tiene aplicaciones concretas en los establecimientos educativos. Al respecto, Stewart, Narodowski, Campetella (2021) consideran que la normativa vigente en esta materia le impone a las escuelas enfrentarse a la crisis que atraviesan en dos de los núcleos que sostienen a la escolaridad moderna desde sus inicios: el de infancia y el de género.

Elizalde (2014) destaca la dualidad de funciones que históricamente la escuela ha desempeñado en la formación de individuos, subrayando su papel tradicional en el

¹³⁷ Artículo 1, ley N° 26.743.

¹³⁸ Artículo 5, ley N° 26.743.

¹³⁹ Artículo 12, ley N° 26.743.

disciplinamiento de los cuerpos y la transmisión de conocimientos, especialmente en lo relacionado con la sexualidad. No obstante, al reconocer la evolución en la dinámica educativa con el tiempo, se observa una transformación en la percepción y el enfoque de la escuela. Desde la perspectiva de Stewart, Narodowski, Campetella (2021), la escuela lejos de ser simplemente un espacio normativo, experimenta un cambio hacia una mayor apertura a saberes disruptivos provenientes del discurso estudiantil, reflejando una creciente aceptación de la diversidad de perspectivas y la autonomía de los estudiantes en asuntos cruciales; esta transformación, sin embargo, no exime a la escuela de tensiones inherentes, especialmente en lo que respecta a la posición de poder del docente, cuya legitimidad se cuestiona ante la capacidad de los estudiantes para tomar decisiones autónomas y desafiar las normas establecidas.

En cuanto a las prescripciones de género y sexualidad en la escuela, Elizalde (2014) sostiene que la escuela ofrece espacios para la rearticulación del significado y el aflojamiento del control sobre regulaciones rigurosas, permitiendo diferentes niveles de agenciamiento por parte de los estudiantes. No obstante, Stewart, Narodowski, Campetella (2021) señalan que la presencia de estudiantes trans genera una disrupción para la escuela al entrar en contradicción con el dispositivo pedagógico de infancia bajo el cual se concibió la tecnología escolar, desafiando las nociones previas de una infancia heterónoma y dependiente de una adultez autónoma. Sostienen que esta disrupción, aunque constituye un desafío para el sistema establecido, también representa una oportunidad para la reevaluación y adaptación de las prácticas educativas en función de una comprensión más inclusiva y respetuosa de la diversidad.

La participación activa de alumnos trans en decisiones centrales para sus vidas desafía la tradicional estructura de poder en la que la legitimidad del docente se basa en la experiencia adulta y la autoridad derivada de ella. Esta tensión plantea la necesidad de repensar y adaptar los modelos educativos para garantizar un entorno inclusivo y respetuoso para las infancias trans, en el cual se reconozcan y valoren sus identidades y experiencias.

Evolución de la normativa protectora de las infancias

Normativa internacional

El derecho es una excelente herramienta histórica ya que refleja los intereses de una determinada sociedad, mostrando a aquellos que demandan protección jurídica en un momento dado y la manera que en esa época se consideró adecuada de implementar dicha protección (Rivas Lagos, 2015).

Para abordar la evolución de la normativa internacional sobre las infancias, previamente se mencionan sucesos que directa o indirectamente propiciaron su gestación, tomando la revolución industrial británica (1760-1840) como punto de partida en el análisis.

En Gran Bretaña durante el proceso de industrialización se produjo una transformación en el sistema de producción basado en fábricas textiles, manufacturas y minas para la obtención de carbón que generó condiciones específicas de trabajo que causaron daños y perjuicios a los niños y adolescentes, los que dada su condición física y la ausencia de una protección legal fueron empleadas en esas fábricas (Rea-Granados, 2016). Los niños pasaron a ser esclavos de las fábricas y las minas, donde llevaban a cabo las tareas más peligrosas y denigrantes (Sánchez-Blanco Celarain, 1996). Se empleaba a niños como fuerza laboral, frecuentemente desempeñaban labores durante los mismos turnos

de doce horas que los adultos, recibiendo escasos ingresos por exponerse a riesgos al trabajar debajo de peligrosas maquinarias (Cartwright, 2023).

La necesidad de abordar las condiciones laborales precarias en las fábricas textiles y de carbón durante la Revolución Industrial llevó a la promulgación de leyes regulatorias, conocidas como Factory Acts, que datan de principios del siglo XIX e inicialmente se centraron en la limitación de las horas de trabajo para los niños, aunque no abordaron aspectos cruciales como el trabajo forzoso y los peligros asociados (Rea-Granados, 2016). Inglaterra, pionera en la industrialización, fue también precursora en la implementación de leyes laborales destinadas a proteger a la infancia; de este modo, por ejemplo, en 1819 prohibió el empleo de niños menores de nueve años en la industria textil (Nova Melle, 2008). A partir de 1820, se introdujeron leyes que, además de restringir las horas laborales, buscaban garantizar condiciones de trabajo más seguras para todos los empleados, incluyendo a los niños; sin embargo, a pesar de estos esfuerzos legislativos para mejorar las condiciones laborales, los niños seguían constituyendo aproximadamente un tercio de la fuerza laboral en las fábricas británicas, y hacia finales de la Revolución Industrial, alrededor de 1832, aún enfrentaban condiciones laborales deplorables (Cartwright, 2023).

Por su parte en Francia, surgieron ideas sobre derechos infantiles y durante las primeras décadas del siglo XIX se dictaron leyes contra el trabajo infantil y a favor de la escolaridad, siendo un hito la Ley de 22 de marzo de 1841, que prohibió que trabajasen los niños menores de ocho años en manufacturas, fábricas y talleres con motores mecánicos o de fuerza continua, y en toda fábrica que reuniese a más de doscientos trabajadores en una misma instalación, pero su ámbito de aplicación fue muy limitado porque solamente afectó a una parte de los trabajadores niños, y no a todos (Montagut, 2016). Sin embargo, ni la legislación fabril ni la educacional afectaron las relaciones familiares, y la única ley que protegía al niño en el hogar resultó insuficiente al castigar al padre solo en casos donde la salud del niño se viera seriamente afectada por falta de abrigo y manutención adecuados, siendo difícil distinguir entre descuido e incapacidad debido a la pobreza (Rea-Granados, 2016).

En Inglaterra, en 1870, se instaura la educación obligatoria y gratuita para los pobres, con lo que los niños en edad escolar no podían trabajar en las fábricas; (Sánchez-Blanco Celarain, 1996). El 28 de marzo de 1882 se aprobó en Francia la ley que declara la enseñanza laica y obligatoria, llamada Ley Ferry por quien fuera su promotor, el entonces Ministro de Instrucción Pública. La gratuidad, la obligatoriedad y la laicidad constituyeron las piedras angulares de la reforma de la enseñanza que emprendió Ferry¹⁴⁰, quien sabiendo de la necesidad y trascendencia de esta reforma, siguió una estrategia: no someterlas a discusión en una ley de conjunto para evitar enfrentamientos y dudas en las Cámaras, sino hacerlo por partes; aprovechó la coherencia de sus propuestas, para sacar adelante primero la Ley de junio de 1881 que establece la gratuidad de la enseñanza primaria, luego la Ley de obligatoriedad y laicidad del programa escolar en marzo de 1882 y en octubre de 1886, ordenar la secularización del personal docente (Fernández Soria, 2005). Posteriormente, en 1889, se regula la patria potestad en Francia, introduciendo el concepto abstracto de interés del menor, inicialmente aplicado solo a infantes maltratados o moralmente abandonados por sus progenitores¹⁴¹, y a pesar de los preceptos específicos para niños en el Código Civil

¹⁴⁰ Estas leyes fueron un antecedente de la Ley N° 1420.

¹⁴¹ Ley de 24 de julio de 1889, artículo 17: “Cuando los administradores de la asistencia pública, las asociaciones de beneficencia regularmente autorizadas a este efecto, los particulares en goce de sus

Napoleónico¹⁴², la relación de los infantes sigue bajo competencia del derecho privado, manteniendo una connotación patriarcal y restringiendo sus derechos en cuestiones como educación, elección religiosa y cambio de domicilio sin autorización paterna. (Rea-Granados, 2016).

Desde finales del siglo XIX hasta el primer tercio del siglo XX, emerge y se consolida un fenómeno que implica un creciente interés, tanto por parte de reformadores sociales, médicos, pedagogos, educadores y pediatras, como de asociaciones dedicadas a la protección infantil y, en general, de los gobiernos, en internacionalizar las políticas de protección infantil, lo cual se concreta a través de la realización de congresos (Balsera y Garmendia, 2006). En 1883, se llevó a cabo en París el primer Congreso Internacional de Protección a la Infancia, impulsado por Estados europeos con problemáticas compartidas, adoptando una perspectiva históricamente centrada en la realidad europea en lugar de abordar la situación de la infancia de manera universal; este congreso, enfocado principalmente desde una perspectiva médica y científica, se centró en mejorar las condiciones de salud e higiene de los menores en lugar de reconocer sus derechos desde una visión jurídica, evidenciando la falta de claridad conceptual en la materia y la necesidad de esclarecer las ideas que fundamentaron teóricamente los derechos de la niñez, destacando que en esta etapa, la infancia recibía prestaciones pero no se reconocían como titulares de derechos (Rea-Granados, 2016).

Esta situación llevó a la necesidad de internacionalizar políticas públicas a favor de la niñez, impulsando congresos internacionales centrados en definiciones de niño, formas de protección y la intervención estatal; estos eventos contribuyeron al surgimiento de organismos internacionales y fueron el origen de instrumentos de protección infantil, destacando los congresos "gotas de leche" de 1905, 1907 y 1911, que abordaron desafíos como la desnutrición y enfermedades infantiles, inspirando la creación de

derechos civiles, han aceptado la carga de menores de dieciséis años que los padres, las madres o los tutores autorizados por el consejo de la familia les hayan confiado, el tribunal del domicilio de los padres, madres o tutores podrá, a requerimiento de las partes interesadas actuando conjuntamente, y en interés del niño, delegar a la asistencia pública los derechos de la patria potestad no ejercidos por los padres y conceder el ejercicio de dichos derechos en los establecimientos o al particular que ejerza como guardián del niño”.

¹⁴² “Título IX De la patria potestad. 371. El hijo en cualquier edad que se encuentre debe honrar y respetar a su padre y a su madre. 372. Permanece bajo su autoridad hasta llegar a la mayor edad u obtener la emancipación. 373. El padre solo ejerce esta autoridad durante el matrimonio. 374. El hijo no puede dejar la casa paterna sin el permiso de su padre a no ser sentando plaza voluntariamente después de 18 años cumplidos. 375. El padre que tenga motivos muy graves de disgusto por la conducta de un hijo, podrá usar de los medios de corrección que siguen. 376. Si el hijo no ha entrado en los 16 años hasta la mayor edad o hasta la emancipación, podrá el padre pedir el arresto de su hijo por espacio de 6 meses a lo más; para lo cual acudirá al presidente de dicho tribunal; quien después de haber conferenciado con el procurador imperial, dará la orden de arresto o la negará, pudiendo en el primer caso acordar el tiempo del arresto que pidiese el padre. 384. El padre durante el matrimonio y disuelto este el que sobreviva del padre o de la madre, tendrán el usufructo de los bienes de sus hijos hasta la edad de 18 años cumplidos o hasta la emancipación que pueda admitirse antes de los 18 años. 385. Las cargas de este usufructo serán: 1° Las comunes a todo usufructuario. 2° El alimento, crianza y educación de los hijos según sus facultades. 3° El pago de las cargas o el interés de los capitales y 4° los gastos del funeral y los de última enfermedad. 386. Este usufructo de los bienes no se concederá a aquel padre o madre contra quien se haya dado sentencia de divorcio, y cesará con respecto a la madre en caso de pasar a segundas bodas. 387. No se extenderá a los bienes que los hijos puedan adquirir por su trabajo o industria particular, ni a los que les dieren o legaren bajo la condición expresa de que no los disfruten los padres.

Título X. De la menor edad, de la tutela, y de la emancipación. Capítulo I. De la menor edad. 388. Es menor la persona de uno y otro sexo que no ha cumplido aun veinte y un años.” (*Código Napoleón, con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de Septiembre de 1807.* (1809). En la imprenta de la hija de Ibarra).

instrumentos internacionales (Rea-Granados, 2016). Así, a lo largo del Siglo XX, denominado el Siglo del Niño, se celebraron tres tratados internacionales de protección infantil, marcando distintos contextos y aspiraciones para abordar los problemas de cada época, la perspectiva predominante fue protectora enfocada en satisfacer las necesidades básicas y defender los derechos de autonomía (Balsera y Garmendia, 2009). Durante este siglo la niñez experimentó un cambio, materializándose instrumentos internacionales que la reconocieron como sujeto de derechos, proceso que evolucionó gradualmente y coincidió con la superación de la barrera entre lo público y lo privado en el ámbito familiar (Rea-Granados, 2016).

En el año 1923 una organización privada, la Unión Internacional de Salvación del Niño tuvo la iniciativa de proyectar la Declaración Sistémica de los Derechos del Niño, dada la importancia y trascendencia de esta iniciativa fue adoptada por la Liga de Naciones que la proclamó en una resolución con naturaleza jurídica de declaración (Rea-Granados, 2016). Así fue que la Declaración de los Derechos del Niño, de Ginebra, fue adoptada por la Sociedad de Naciones en el año 1924 y abordó la necesidad del desarrollo de políticas de ayuda y atención infantil (Balsera y Garmendia, 2009). Esta Declaración es considerada la piedra angular del derecho de la infancia porque permite el desarrollo posterior de la Convención sobre los Derechos de los Niños y marcó el inicio de la protección jurídica específica para los niños; aunque, a pesar de sus avances, no estableció derechos expresos para los menores, siendo objeto de críticas por perpetuar la concepción del niño como objeto de protección más que como sujeto de derechos (Rivas Lagos, 2015). En este mismo sentido, Rea-Granados (2016) expresa que a pesar de los avances jurídicos que esta declaración implicó, recibió diversas críticas ya que no establecía en forma expresa derechos a favor de los menores de edad, contenía obligaciones a cargo de los adultos responsables de los infantes, el niño continuaba siendo un objeto de protección y no sujeto de derechos.

Las dos guerras mundiales generaron el inicio del reconocimiento de derechos humanos y su elevación a la categoría de normas internacionales, obteniendo así una cierta protección para esos derechos (Balsera y Garmendia, 2009). Así luego de la Segunda Guerra Mundial, en 1945 se creó la Organización de Naciones Unidas (ONU) que tuvo por objetivo mantener la paz y seguridad internacional en temáticas económicas, sociales, culturales y humanitarias y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, dictando en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuyo texto se reconocen algunos derechos de la niñez (Rea-Granados, 2016). Esta declaración implicó un avance para los derechos de las infancias al establecer derechos que emanan de la dignidad humana, pero también significó establecer un nuevo estándar a nivel de protección de derechos, además, generó inquietudes acerca de la falta de un cuerpo de la misma envergadura que resguarde los derechos de los menores de edad (Rivas Lagos, 2015).

En 1959, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) elaboró un Decálogo de los Derechos del Niño que fue aprobado y proclamado por la Asamblea General como la Declaración de los Derechos del Niño, la que regula una serie de derechos y libertades a favor de la niñez (Rea-Granados, 2016). Si bien se incluyen derechos pero bajo una concepción proteccionista (Balsera y Garmendia, 2009). La internacionalización de estos derechos ha acarreado beneficios para la infancia, destacándose entre ellos que al ser garantizados a través de instrumentos internacionales, se dificulta su transgresión o derogación (Rea-Granados, 2016). Rivas Lagos (2015) sostiene que esta declaración marca un hito al intentar regular los derechos del niño con un mayor grado de autonomía en relación con los Derechos

Humanos, al introducir por primera vez el concepto esencial del interés superior del niño; no obstante, resulta insuficiente al no definir de manera clara el término "niño" ni al establecer una regulación integral que abarque derechos fundamentales, políticos, sociales y culturales y concede una autonomía limitada al niño, reflejando la perspectiva de la época que lo consideraba más como objeto de protección que como sujeto de derecho con capacidad para participar en su propio desarrollo. Agrega el autor que en contraste, la presión internacional para salvaguardar los derechos de los niños llevó a que en 1979 las Naciones Unidas proclamaran el Año Internacional del Niño, con el propósito de otorgar visibilidad y protagonismo a los niños en todas las discusiones, sin embargo, la búsqueda de consenso sobre los derechos a incluir persistió a lo largo de una década.

En el año 1989 se aprueba la Convención de los Derechos de los Niños, en la cual se consagran derechos de la niñez y la adolescencia a lo largo de todo el tratado (Balsera y Garmendia, 2009). Para algunos autores, este nuevo paradigma jurídico significó contar con una nueva rama del derecho que brinda una mayor protección reforzada (Rea-Granados, 2016).

Este instrumento incorpora derechos civiles y políticos a favor de las personas menores de edad e introduce por primera vez derechos y principios específicos a favor de la infancia, como el interés superior de la niñez como un principio trascendental, junto con la autonomía progresiva de los niños y, el reconocimiento de estos como sujetos titulares de derechos humanos lo cual rompió uno de los más lesivos lastres que afectaba a este grupo, también reconoce un catálogo de derechos específicos que ya habían sido reconocidos por otros instrumentos internacionales de carácter general, pero que al incorporarlos en la Convención refuerzan la mirada de que también son aplicables a la infancia, como el derecho a recibir asilo, el derecho a la vida y el derecho a la educación, entre otros (Rea-Granados, 2016). La Convención, como primer tratado universal y obligatorio en la materia y en miras a reforzar esta obligatoriedad, prevé un sistema de inspección a través de la creación del Comité de los Derechos del Niño, órgano que tiene la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes¹⁴³ y además sus miembros se comprometen a presentar al Comité informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos pactados (Rivas Lagos, 2015).

Es importante destacar el artículo primero de la mencionada Convención define a niño como: "... todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad" (Unicef, 2006). El Estado argentino efectuó reserva de dicho artículo con el objeto precisar el concepto de niño, la misma establece:

... Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. (Ley que aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, 1990).

Por último, se enumeran a continuación algunos de los instrumentos internacionales relacionados con los derechos de la niñez: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la

¹⁴³ Convención sobre los derechos del Niño, artículo 43.

Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, el Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación y el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

Normativa nacional

La percepción de la infancia experimentó cambios significativos a lo largo del tiempo, destacándose especialmente con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) (Reca, Plaza, Galán, 2021). En Argentina, un nuevo movimiento de derechos humanos surgió durante el periodo de gobierno dictatorial, dando lugar a una causa a favor de la infancia liderada por actores sociales externos al Estado y extranjeros a las instituciones jurídico-burocráticas de protección infantil, quienes abogaron por la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y la adecuación de las leyes locales (Grinberg, 2013).

La retórica en torno a los derechos de los niños experimentó un notable impulso con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), ratificada mediante Ley N° 23.849¹⁴⁴, marcando un hito significativo que estableció una dicotomía entre las prácticas institucionales existentes hasta ese momento y las que debían implementarse en adelante; la interpretación fundacional de la CDN desarrollada entre 1990 y 1999, se centró en la crítica a las facultades ilimitadas de los jueces de menores y la judicialización de la pobreza, estableciendo así los límites conceptuales para la adecuación (Villalta, Llobet, 2015). Desde la fecha de su promulgación de hecho (16 de octubre de 1990), la CDN pasó a formar parte del derecho federal argentino (Beloff, 2008).

Posteriormente, la Constitución Nacional, a través de la reforma del año 1994, le otorga a los tratados internacionales en general una jerarquía superior a las leyes; a los tratados y declaraciones vigentes sobre derechos humanos -entre ellos la CDN- que enumera expresa y taxativamente en el artículo 75 inciso 22¹⁴⁵, les otorga la jerarquía constitucional; los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de los dos tercios de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. En síntesis, el esquema de jerarquía normativa en Argentina es el siguiente:

1. **Jerarquía igual a la Constitución Nacional:** además de la Constitución Nacional, se encuentran en este nivel los tratados y declaraciones vigentes sobre derechos humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22

¹⁴⁴ Sancionada el 27 de septiembre de 1990.

¹⁴⁵ “Artículo 75. Corresponden al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes... la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

de la Constitución Nacional y los tratados y convenciones sobre derechos humanos que, después de ser aprobados por el Congreso, cuenten con el voto de los dos tercios de los miembros de la Cámara de Diputados y del Senado.

2. **Jerarquía inferior a la Constitución pero superior a las leyes:** tratados internacionales en general.
3. **Jerarquía de ley:** leyes nacionales (sancionadas por el Congreso de la Nación).

Beloff (2008) sostiene que la inclusión de la CDN en la Constitución no tuvo por sí misma gran impacto normativo pero generó un considerable efecto político y comunicacional. La ratificación de la Convención por parte del Estado argentino se interpreta como un hito en la historia de la infancia, pero diverge en su significado: algunos la ven como una herramienta para limitar las intervenciones arbitrarias del Estado sobre niños pobres, mientras que otros la perciben como una forma de proteger a los niños de sus propios padres, resaltando la oposición entre los derechos del niño y los derechos de los padres, este ejemplo expone la diversidad de interpretaciones locales del discurso de los derechos del niño (Grinberg, 2013).

La ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en Argentina, promulgada a finales de 2005, fue considerada una conquista por aquellos que abogaron por ella desde la década de 1990; reemplazando la controvertida ley de Patronato de Menores de 1919, establece la creación de un Sistema Integral de Protección de Derechos, limita las atribuciones judiciales, y dispone que la separación de los niños de sus familias debe ser la última opción, no vinculada a la falta de recursos económicos y decidida por organismos administrativos en lugar del ámbito judicial (Villalta, Llobet, 2015). Esta ley representa el cambio de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral y aspira a dejar de concebir a la infancia como objeto de tutela para reconocerla como sujeto de pleno derecho (De la Iglesia, Velázquez, Piekarz, 2008).

Paulatinamente la mayoría de las provincias comenzó un proceso de adecuación legislativa, sancionando leyes subnacionales o generando Protocolos de actuación, este proceso revistió también mucha variabilidad, en tanto algunas jurisdicciones, previamente a la nueva ley nacional, ya habían sancionado normativas que pretendieron receptar el enfoque de derechos de la CDN, mientras que otras aún mantenían las inspiradas en el paradigma tutelar (Villalta, Llobet, 2015). Ahora bien, esta ley debe ser analizada junto con el Código Civil y Comercial y otros tratados de derechos humanos; hay que tener en cuenta que la reforma del Código mencionado¹⁴⁶ implicó abandonar un sistema de incapacidad absoluta y relativa por uno que confiere capacidad jurídica a las personas menores de edad para ejercer actos por sí mismo conforme al principio de autonomía progresiva y, entre otros avances, implicó el reemplazo del sistema de la patria potestad por el de la responsabilidad parental (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF], 2019, p.56).

El instituto jurídico del interés superior del niño

La Convención de los Derechos del Niño en el artículo 3.1. establece

¹⁴⁶ Año 2014

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

La delimitación del principio del interés superior del niño es compleja. Las decisiones judiciales, en los procesos de protección de los niños y los adolescentes, se suelen fundar en este principio, sin llegar a definirlo en algunos casos y, en muchos otros, sin conocer en profundidad el significado y los alcances que debe ostentar el mismo (López-Contreras, 2015). Su conceptualización no resulta pacífica y se encuentra inmersa en múltiples controversias ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado y por ello debe ser interpretado en forma dinámica y flexible (Ravetllat Ballesté, 2012). A continuación se trazarán algunas aproximaciones en cuanto a su significado.

Como sostienen Gil Dominguez, Famá y Herrera en Tagle de Ferreyra (2009) aun cuando se pretendan elaborar criterios para circunscribir el alcance de este principio, cierta indeterminación resulta inevitable e incluso bienvenida. Autores como Aguilar, en López-Contreras (2015) sostienen que lo que se prevé con el interés del menor de edad es que el juez o funcionario interviniente pueda establecer aquello que es lo mejor para el niño en el caso concreto, es decir, la aplicación insoslayable de cada uno de sus derechos humanos. Por su parte, López-Contreras (2015) expone que el principio del interés superior del niño implica que las decisiones relacionadas con ellos deben priorizar su bienestar por encima de cualquier otra consideración, considerando sus deseos y sentimientos según su edad y madurez, así como sus necesidades físicas, emocionales y educativas; para lograrlo, se debe evaluar el posible impacto de las decisiones en su entorno personal, físico, moral, familiar, afectivo y educativo, con el objetivo de proteger y garantizar sus derechos fundamentales y promover el libre desarrollo de su personalidad basado en los valores de la dignidad infantil. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCJPBA, 2016, N° 120.054) ha delineado este principio, estableciendo que en toda controversia donde se presentan menores de edad, se debe ponderar el interés superior del niño, entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un niño dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada.

Por último, Llovera, en Tagle de Ferreyra (2009) indica que el interés superior del niño debe fundar las decisiones sobre su vida y debe consultar su concreto interés como protagonista del conflicto de que se trate y que cuenta con consagración constitucional en la Convención de los Derechos del Niño, que enuncia que este interés está primero en orden de jerarquía, antes que el de los progenitores, de los hermanos, es decir, antes que todo otro interés; es el prisma sobre el cual se debe comprender la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Su reconocimiento también está consagrado en el artículo 706 inciso c¹⁴⁷ del Código Civil y Comercial que indica que en los procesos en que estén involucrados niños, niñas

¹⁴⁷ “El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente... c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.”

o adolescentes, la decisión que se dicte debe tener en cuenta el interés superior de esas personas. Asimismo, ha sido receptado en la principal normativa protectora de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, poniéndose el acento en su realidad como sujetos dignos de protección, atención y promoción y debiéndose de aplicar este criterio en aquellas situaciones en las cuales estén involucrados derechos de los menores de edad (Ravetllat Ballesté, 2012). Así, la ley Nacional N° 26.061 en su primer artículo define que los derechos que en ella se reconocen “están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño”, seguidamente se le da mayor especificidad a ese principio refiriendo que se entiende por este a “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. No obstante, en las recomendaciones emitidas por Unicef al Estado Argentino en 2019 respecto al estado de la adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño, se destaca la imperante necesidad de revisar el concepto del interés superior del niño para lograr una extensión efectiva de su alcance a todas las decisiones, tanto públicas como privadas, que impactan en los niños, niñas y adolescentes (UNICEF, 2019, p.69).

El derecho de admisión de los establecimientos educativos de gestión privada

A continuación, se realizará una breve alusión al derecho de admisión en los establecimientos de gestión privada, con la conclusión de que el interés superior del niño no debe invocarse como justificación para menoscabar el ejercicio del derecho de admisión.

El ejercicio del derecho de admisión de los establecimientos de gestión privada ha sido reconocido a lo largo de los años por la jurisprudencia y por la doctrina jurídica nacional y también legislativamente en algunas jurisdicciones del país.

El servicio educativo se brinda durante un año, renovable por otro, salvo que el establecimiento decida ejercitar la facultad de no inscribir a un aspirante o de no reinscribir a un alumno, de lo contrario se violarían los derechos constitucionales de propiedad, de trabajar y ejercer toda industria lícita. El derecho de admisión de los establecimientos educativos de gestión privada implica la facultad de no admitir y no inscribir en un curso siguiente a aspirantes y/o a alumnos que hubieren cursado uno anterior en el mismo establecimiento.

La Constitución Nacional¹⁴⁸ establece que los derechos no son absolutos, incluido el derecho de admisión. Por su parte, el artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que el ejercicio regular de un derecho propio no puede constituir como ilícito ningún acto, configurándose un ejercicio abusivo cuando el mismo contraría los fines del ordenamiento jurídico o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Para ello, el ejercicio del derecho de admisión debe ejercerse en el momento oportuno, notificarse fehacientemente y fundarse debidamente.

¹⁴⁸ Artículo 28 “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

El ejercicio puede motivarse en causas atribuibles al aspirante o alumno; o en sus representantes legales. Respecto del primer grupo, entre las más frecuentes son las que se basan en la no superación por parte del aspirante de las instancias previstas en el Procedimiento de Admisión de Aspirantes, el escaso rendimiento académico del alumno, el incumplimiento sistemático de las previsiones disciplinarias, el convencimiento profesional de la institución de no ser la adecuada para las necesidades del alumno en cuestión, entre otras. La particularidad de este grupo es que la no admisión del alumno no impide la continuidad en la escuela de los otros hijos de la familia. Mientras que las razones atribuibles a los representantes legales, pueden ser administrativas vinculadas a la falta de pago de los aranceles educativos, y también pueden deberse a diferencias irreconciliables (criterios de enseñanza, ideario, objetivos institucionales), cuestionamientos permanentes a las decisiones o desconocimiento de la autoridad educativa. En estos casos, se ven afectados todos los hijos de la familia que sean alumnos del establecimiento educativo.

El derecho de admisión por motivos atribuibles al alumno es más ampliamente conocido socialmente que aquel basado en causas atribuibles a los progenitores. No obstante, este último también goza de un reconocimiento significativo en la jurisprudencia, al respecto se ha sostenido: "No es arbitraria la sentencia de la Cámara que decidió que no existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el proceder del Colegio que se negó a inscribir a un alumno a raíz de la situación conflictiva existente con los padres del mismo." (CS, Febrero 16-1989, Travaglio, Leandro J. y otra c/Instituto Cultural Marianista s/amparo).

El derecho de admisión es de regulación local. Ha sido consagrado en la legislación de la Provincia de Buenos Aires, mediante la ley N° 14.498, y en la de la Ciudad de Buenos Aires, ley N° 2681.

Ley Provincial N° 14.498 que regula la forma en que debe ejercerse el derecho de admisión en las escuelas de la provincia. Conforme lo allí previsto los establecimientos educativos de gestión privada están obligados en los casos que les fuera solicitado a expresar fundamentos por escrito de las causas que llevaron a la decisión adoptada. La norma citada autoriza a la institución educadora a no reinscribir al alumno, a pesar de que hubiera concurrido a la escuela con anterioridad, lo que constituye una facultad acordada por la ley, máxime cuando existen fundadas razones para hacerlo.

El Reglamento General de las Instituciones Educativas de la Provincia de Buenos Aires¹⁴⁹ establece que: "La inscripción y asignación de vacantes de los alumnos en los establecimientos de gestión privada se ajustará a la legislación general vigente, los derechos y obligaciones estipulados en el contrato de enseñanza, los reglamentos internos y del proyecto institucional"¹⁵⁰ y "...los establecimientos educativos de gestión privada podrán estipular en sus reglamentos la anualidad de la matriculación, así como las causales que permitan no renovar la misma..."¹⁵¹ .

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el ejercicio del derecho de admisión en los establecimientos educativos de gestión privada ha sido reconocido por la Ley N° 2681 y sus decretos reglamentarios N° 107/11 y N° 171/11. Esta norma establece que no

¹⁴⁹ Decreto Provincial N° 2299/11.

¹⁵⁰ Artículo 129.

¹⁵¹ Artículo 134.

podrán negar sin causa, la matriculación o rematriculación para el próximo ciclo lectivo, establece el plazo y la forma en la que este derecho debe ser ejercido.

Es cada vez más frecuente que se genere cierta tensión entre los titulares de las escuelas de gestión privada y los responsables de los alumnos, en los casos de ejercicio del derecho de admisión. En ocasiones estos alegan que esa decisión implica una afectación del derecho a la educación de sus hijos y se demanda la especial consideración del principio en análisis.

El instituto del interés superior del niño no puede conducir a interpretaciones que desborden su específica finalidad -garantizar el pleno ejercicio de los derechos del menor-, ni a desnaturalizar la razonable previsibilidad que las normas crean (CSJN, 12/08/2021, expediente. CIV 63965/2005/1/RH1).

En suma, el instituto jurídico de interés superior del niño debe armonizarse con los demás derechos en pugna, incluidos los derechos de los alumnos y el de organizar la empresa educativa.

Conclusiones del título

El Siglo XX ha sido testigo del reconocimiento internacional de los derechos humanos, incluyendo los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los cuales han alcanzado consagración en nuestro país, siguiendo la tendencia global, y disfrutan de la máxima jerarquía normativa, la constitucional.

El principio del interés superior del niño emerge como el enfoque esencial para abordar cada situación específica que involucra a un menor de edad, proporcionando la base para fundamentar las decisiones que impactan en la vida de dicho niño, niña o adolescente. El desafío radica en mantener un equilibrio complejo, evitando desnaturalizar la previsibilidad generada por la normativa vigente, un camino que sólo se revela a medida que se recorre.

De acuerdo con Narodowski (2016), en la actualidad, la percepción de ser niño, adolescente y adulto ya no se ve como una contraposición a la adultez, sino que prevalece la igualdad, la reducción de jerarquías y la simetría en las relaciones entre generaciones. Los adultos tienden a mostrarse conformes y resignados para evitar conflictos mayores, y en casos de conflicto entre menores y adultos, los primeros suelen tener la ventaja.

Los niños, niñas y adolescentes de la actualidad se caracterizan por la necesidad de satisfacción inmediata, un exceso de información a disposición y desapego a la autoridad. Mientras que sus responsables, negocian con ellos, en parte por el remordimiento que les genera la falta de tiempo con estos y en parte por su realidad diaria, están exhaustos por sus obligaciones laborales y carecen de fuerzas para impartir autoridad (Parellada, 2017).

Frente a esta situación, la escuela se presenta como el límite de la autoridad, un territorio poco explorado por los niños, niñas y adolescentes, que a menudo lo interpretan como un exceso, un acto discriminatorio o incluso un abuso de poder.

Sumado a ello, las infancias trans se presentan como una disrupción que colisiona con el dispositivo pedagógico de infancia bajo el cual se concibió la tecnología escolar (Stewart, Narodowski, Campetella, 2021).

La escuela se enfrenta a una encrucijada compleja. Aunque se espera que los alumnos desarrollen competencias valiosas para la vida, como la curiosidad, independencia, pensamiento crítico y responsabilidad, la creciente presión sobre los establecimientos educativos para ejercer el deber de cuidado ha ganado fuerza, desplazando la atención del deber de educar. Recuérdese que la responsabilidad civil es objetiva agravada ya que el único eximente de responsabilidad es el caso fortuito ajeno a la actividad educativa (conforme artículo 1767 Código Civil y Comercial). Esto crea una dificultad para alcanzar los objetivos impuestos por las familias y la sociedad a la escuela.

Como se ha mencionado, López Mesa (2015) destaca la importancia de no considerar a la escuela y a los titulares del servicio educativo como variables de ajuste para una sociedad que ha experimentado una pérdida de control sobre los niños, niñas y adolescentes. Esta pérdida de control se manifiesta en la disolución del control parental y la concesión de una autonomía personal excesiva, la cual no siempre es compatible con su propia seguridad.

El objetivo fundamental sigue siendo cumplir con las metas que la sociedad y la familia esperan para los niños, niñas y adolescentes. Para lograrlo es necesario dotar a las escuelas de las herramientas necesarias para lograrlo. Es fundamental adoptar un enfoque colaborativo entre la familia y la escuela y el restablecimiento de la confianza en el establecimiento educativo, en su profesionalismo y recordar su objetivo central: formar integralmente ciudadanos del futuro

Alianza familia-escuela

Introducción

Este título abordará la alianza entre la familia y la escuela en el contexto del deber de cuidado en los establecimientos educativos, considerando que puede explicar la mirada respecto del enfoque centrado en el cuidado de los estudiantes. Se definirán los conceptos clave y se analizará la evolución normativa nacional en relación con la obligatoriedad escolar atento que a través de la misma se gestó la referida alianza.

También, se explorará la hipótesis sobre la inversión de la alianza familia-escuela, examinando sus fundamentos y se analizará el principio "in loco parentis" y el estado actual de su aplicación.

Definiciones

Institución

En los tiempos modernos, el concepto de "institución" ha sido objeto de estudio por parte del jurista francés Maurice Hauriou (en Bustamante, 1985), quien ofrece la siguiente definición:

una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea se organiza un poder que le procura órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, tienen lugar manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos del poder y reguladas por un procedimiento (p. 204).

Para Hauriou, una institución es sencillamente una idea que, para poder realizarse, necesita perdurar en el tiempo. La institución surge para resolver el problema de la muerte de sus miembros. Es, en el fondo, “todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados” (*ídem*) (p. 206). Así las escuelas, las academias, etc. conforman una institución.

Familia

La definición de familia pareciera una tarea sencilla, sin embargo, resulta compleja debido a la diversidad de estructuras familiares, a los cambios sociales y culturales, a factores legales y a la subjetividad propia de las experiencias individuales.

La Real Academia Española define a la familia como: “1. f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. f. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3. f. Hijos o descendencia. *Está casado, pero no tiene familia.*”

Desde una perspectiva muy general, familia es un grupo de personas vinculadas por lazos de consanguinidad, afectos, cuidado, vivencias compartidas, que se constituye como eje generatriz de la sociedad, con el rol de transmitir valores educativos y culturales (Cano González, Casado González, 2015).

Kemelmajer de Carlucci (2014) sostiene que si el concepto de familia es cultural no habrá un modelo universal e invariable, existiendo muchos tipos de familias. Agrega que el Código Civil y Comercial respeta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de considerar a la vida familiar más allá del matrimonio, abarcando otros lazos que se generan por fuera del mismo (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

El Código Civil y Comercial recoge realidades que existen en la sociedad actual y las reconoce como familia, a saber, familia monoparental, familia ensamblada, familia no matrimonial (uniones de hecho) y uniones de personas del mismo sexo.

Se mencionan a continuación las previsiones sobre la familia contenidas en dos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra derechos a los miembros de la familia humana:

16.1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

16.2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

La Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵² establece la siguiente protección a la familia:

17.1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

17.2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

17.3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno conocimiento de los contrayentes.

17.4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

17.5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Escuela

La ley de Educación Nacional¹⁵³(2006) lo define como:

La institución educativa es la unidad pedagógica del sistema responsable de los procesos de enseñanza-aprendizaje destinados al logro de los objetivos establecidos por esta ley. Para ello, favorece y articula la participación de los distintos actores que constituyen la comunidad educativa: directivos, docentes, padres, madres y/o tutores/as, alumnos/as, ex alumnos/as, personal administrativo y auxiliar de la docencia, profesionales de los equipos de apoyo que garantizan el carácter integral de la educación, cooperadoras escolares y otras organizaciones vinculadas a la institución.

Se clasificará a la escuela, siguiendo a Suárez Fondevila (2022), en tres ejes: el primero según su propietario, su tipo de gestión y sus relaciones con el estado.

De acuerdo al propietario

Suárez Fondevila (2022) sostiene que según la índole jurídica del titular del establecimiento pueden clasificarse en:

a. Públicos: propiedad de una persona jurídica pública:

- Estatales: propiedad de una persona jurídica pública estatal (art. 146, inc. a, CCCN): el Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las entidades autárquicas, los Municipios (arts. 5, 75 inc. 30, 123 y disposición transitoria decimosexta de la Constitución Nacional).

- No estatales: propiedad de una persona jurídica pública no estatal: un Estado extranjero (art. 146, inc. b, CCCN). La Iglesia católica (art. 146, inc. c, CCCN), por medio de sus curias y parroquias (art. 30, inc. b, dec. 371/1964).

¹⁵² También llamada “Pacto de San José de Costa Rica”:

¹⁵³ Artículo 122

b. Privados: propiedad de:

- Personas físicas que acrediten antecedentes vinculados con la educación (art. 30, inc. a, Decreto Nacional N° 371/1964). Podrían ser una persona o más de una; en este último caso, la autorización estatal se encontraría en condominio (o cotitularidad) de todos los propietarios.

- Personas jurídicas privadas:

- Civiles: asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones (art. 148, incs. b, c y d, CCCN)

- Comerciales (art. 30, inc. b, dec. 371/1964); el CCCN las llama simplemente “sociedades” (art. 148). A todas estas la Ley de Educación Nacional las denomina, bastante impropia, empresas con personería jurídica (art. 63). En todos estos casos también se requiere que los fines sean la promoción de actividades culturales, educativas o científicas y que sus integrantes sean docentes o personas vinculadas con la educación (art. 30, inc. b, Decreto Nacional N° 371/1964).

- Cooperativas: propiedad de cooperativas (art. 148, inc. g, CCCN; ver Suárez Fondevila, 2019), inscriptas en el Instituto Nacional de Acción Cooperativa y cuyos fines sean la promoción de actividades culturales, educativas o científicas y cuyos integrantes sean docentes o personas vinculadas con la educación (art. 30, inc. f, dec. 371/1964). Entendemos que en esta misma categoría podrían incluirse las mutuales (art. 148, inc. f, CCCN).

- Confesionales: iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas (art. 148, inc. e, CCCN) inscriptas en el Registro Nacional de Cultos (art. 63, LEN, que, dicho sea de paso, resume todas estas especies en un solo género: confesiones religiosas).

- Sociales: propiedad de lo que la Ley de Educación Nacional llama organizaciones sociales (art. 63) ... debemos tener presente que la sociedad civil, entendida como un espacio –público– intermedio entre el Estado y el Mercado (Tourrián López), normalmente se organiza en alguna de las personas jurídicas ofrecidas por el Derecho del país, por lo que caerán bajo la consideración de entidades privadas-civiles (si son asociaciones civiles, fundaciones, etc.) o privadas-cooperativas.

... Si bien los establecimientos pueden clasificarse en públicos y privados (entre muchos otros...), la educación que en ellos se brinda será pública siempre que el centro se halle incorporado al sistema (p. 174-177).

De acuerdo al tipo de gestión

La Real Academia Española define a gestionar como:

“1. tr. Llevar adelante una iniciativa o un proyecto.

2. tr. Ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo.”

La ley de Educación Nacional (2006) reconoce la existencia de cuatro tipos de establecimientos: 1) de gestión estatal¹⁵⁴, 2) de gestión privadas¹⁵⁵ (entre ellos confesionales y no confesionales), 3) de gestión cooperativa y 4) de gestión social.

¹⁵⁴ Artículo 12

¹⁵⁵ Artículo 13

De acuerdo al tipo de relaciones con el Estado

En forma preliminar, se aclara que son los titulares del servicio educativo, es decir, los representantes de la entidad propietaria, los que se relacionan con el Estado.

Suárez Fondevila (2022) expresa:

En la Argentina es frecuente una práctica nefasta que parece importada de la Unión Soviética: me refiero al manejo de los colegios privados como si fuesen un mero “brazo” de los funcionarios estatales... Delante de los ministerios hacen cola los representantes legales de los colegios privados, todos los meses, incluso todas las semanas, con sus carpetas llenas de formularios, mientras pierden un sagrado tiempo –que deberían emplear en mejorar los servicios brindados a la comunidad– tratando de que avancen todos esos trámites que tardan años, víctimas eternas de una ineficiente burocracia que espantaría al mismo Kafka. Esta última reflexión nos lleva a una tercera caracterización de los establecimientos educativos ... Narodowski no duda en calificar las escuelas estatales de “terminales burocráticas del ministerio”, fruto de una administración monopólica, homogeneizante, centralizada y rígida (2018, p. 22). Creo que ... puede extenderse, en la Argentina, a los establecimientos no estatales. Es muy fina la línea que marca la diferencia entre un sano ejercicio del poder de policía, por un lado, y una regulación opresiva por otro. La exigencia de solicitar autorización al Estado para aumentar los aranceles (consecuencia de una insólita disposición: haber ubicado a los establecimientos privados bajo la órbita de la Secretaría de Comercio) o para aprobar el reglamento interno... Ninguno de estos modos de concebir los establecimientos educativos en sus relaciones con el Estado son aceptables dentro del marco de la legislación argentina vigente. Son, podría decirse, extrajurídicas (p. 180-181).

Dispositivo

Se utilizará el vocablo dispositivo en el sentido que es entendido por Foucault (1985) conjunto decididamente heterogéneo, que comprende discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas; en resumen: los elementos del dispositivo pertenecen tanto a lo dicho como a lo no dicho. El dispositivo es la red que puede establecerse entre estos elementos (p.128).

En este sentido, Baquero y Narodowski (1994) sostienen que las culturas han construido dispositivos específicos que producen ciertos tipos de desarrollo en los sujetos que se posicionan en su seno. La escuela moderna aparece como una de las concreciones de tales dispositivos. En su interior, un sujeto se apropia de la cultura con las modalidades que tales dispositivos regulan, pero, fundamentalmente, la cultura se apropia del sujeto, sujetándolo a un sistema de expectativas, incluyéndolo en un régimen de trabajo, significando estratégicamente sus comportamientos, imprimiendo dirección a su desarrollo (p.64).

La evolución de la obligatoriedad escolar en la Argentina

La obligatoriedad escolar impuesta por los estados ha sido un factor determinante en la gestación de la alianza entre la familia y la escuela.

A continuación se hará un recorrido por la evolución de la obligatoriedad escolar en Argentina, tomando como punto de partida en su exploración el año 1800.

En el año 1816 se declaró la independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata y se consensuó la voluntad de constituirse como una nación libre e independiente de España y de toda otra dominación extranjera. Las provincias continuaban siendo independientes entre sí. Este punto de partida resulta vital para la posterior comprensión de las implicancias que ello acarreará. Además, de esta época se registran antecedentes que son vitales para lo que sucedería más adelante en el tiempo en materia educativa.

Puiggrós (2018) indica que principios de 1800 Artigas aspiraba a elevar la condición moral y material de sus paisanos (gauchos e indios) y se preocupó por la educación de estos abrazando el método pedagógico de Lancaster, uno de los más avanzados en Europa en esa época. Si bien lo intentó implementar en una escolita de Concepción del Uruguay, no hay certezas si llegó a lograrlo. Manuel Belgrano por su parte, como Secretario del Consulado entre los años 1794 y 1810 velaba por el desarrollo económico del Virreinato, elaboró un diagnóstico de la precaria situación de la educación en el Virreinato, además le preocupaba la escasa oferta educativa de las mujeres (Arata, Mariño, 2013). Belgrano fue premiado por el gobierno con 40.000 pesos en reconocimiento a su triunfo en la batalla de Salta en 1813, con esta suma, realizó una generosa donación para la construcción de cuatro escuelas en las provincias del norte (Eujanian, 2020).

El 1 de mayo de 1853 los diputados de las provincias, a excepción de la de Buenos Aires, reunidos en la provincia de Santa Fe, sancionaron la Constitución Nacional como una respuesta a la Revolución de Mayo de 1810. En virtud de los principios federales consagrados en esa carta constitucional, correspondía a las provincias, que eran autónomas, la potestad de sancionar sus propias leyes en materia educativa, lo cual implicaba también su sostenimiento. En consecuencia, las provincias incluyeron a la cuestión educativa en sus respectivas constituciones y dictaron leyes de educación elemental (nivel primario) (Pineau, 2007).

A partir de la década de 1860, con la unificación de Buenos Aires y la confederación se afianzará el Estado Nacional, asentándose la conformación y la unificación nacional de las instituciones (Vazquez, 2017).

Zaidenweg (2009) sostiene que entre 1880 y 1930 se consolidó la identidad nacional argentina mediante la integración del pueblo y su educación, con la llegada de una gran población extranjera que aportó ideas de progreso, mientras que la escuela se convirtió en un pilar del progreso y de la República, con líderes como Sarmiento, Avellaneda, Roca y Estrada que coincidían en la importancia de la difusión de la escolarización. En la década de 1860 se gestó la escuela secundaria mediante la puesta en funcionamiento de escuelas para formar a las élites, reclutando a los varones de los sectores más acomodados los que luego continuarán sus estudios universitarios y se formarán como administradores del Estado (Southwell, 2018).

Especialmente en la década de 1880 el rol los inspectores de enseñanza fue el de medir la evolución de la escolarización en el territorio, a partir de lo cual, estos reflexionaban en la obligatoriedad de la educación considerando que las escuelas por sí mismas no

atraerían a la población por su precariedad y la debilidad de la educación (Southwell, 2015). En 1884 se sancionó la ley N° 1420, como respuesta a la necesidad de homogeneizar al pueblo, aplicando a todo niño y niña de seis a catorce años de edad que habitara la Capital Federal, los territorios y las colonias nacionales, no regía para las provincias, las cuales eran autónomas de sancionar sus propias leyes de educación (Petitti, 2022).

La ley N° 1420 (1884) establecía:

Artículo 1. La escuela primaria tiene por único objeto favorecer y dirigir simultáneamente el desarrollo moral, intelectual y físico de todo niño de seis a catorce años de edad.

Art. 2. La instrucción debe ser obligatoria, gratuita, gradual y dada conforme a los preceptos de la higiene.

Art. 3. La obligación escolar comprende a todos los padres, tutores o encargados de los niños, dentro de la edad escolar establecida en el artículo primero.

Art. 4. La obligación escolar puede cumplirse en las escuelas públicas, en las escuelas particulares o en el hogar de los niños; puede comprobarse por medio de certificados y exámenes, y exigir su observación por medio de amonestaciones y multas progresivas, sin perjuicio de emplear, en caso extremo, la fuerza pública para conducir los niños a la escuela.

El decreto reglamentario de la ley N° 1420 precisó que la obligatoriedad comprendía el ciclo primario completo. Adviértase que en la mayoría de las provincias no estaba explicitado qué grados implicaba la obligatoriedad, rigiendo un menor tiempo de escolarización, especialmente en las zonas rurales (Petitti, 2022).

La aplicación de la ley N° 1420 se vió obstaculizada, entre otras cuestiones por la carencia de edificios escolares y la escasez de maestros y de libros, un puñado de niños fue instruido en sus hogares y otros en talleres o fábricas en los que trabajaban, además hay que considerar que el estado de vulnerabilidad social de las clases populares generaba que los padres prefirieran que sus hijos trabajasen y así contribuyeran al sostenimiento familiar (Zapiola, 2009). Luego de la sanción de esa ley y, habiendo dictado la mayoría de las provincias normativa que establecía la obligatoriedad escolar, se debía apelar en gran medida al reclutamiento personal de niños (Southwell, 2015).

La ley N° 1420 resultó insuficiente para cubrir las demandas educativas, por ello, Láinez se propuso volverla más eficiente, en el año 1905 se aprobó la ley N° 4874 permitía al Estado Nacional crear escuelas primarias en todas las provincias que lo solicitaran y cuya ubicación estaba determinada por el porcentaje de analfabetos. Las escuelas creadas por el Consejo Nacional de Educación (CNE) en las provincias, llamadas escuelas Láinez, ubicadas centralmente en las zonas rurales y si bien ofrecían como máximo hasta cuarto grado, muchos de sus alumnos desertaban en segundo grado (Petitti, 2022).

Como un refuerzo y una complementación de la obligatoriedad escolar, en el año 1907 se sancionó la ley N° 5291 reglamentaria del trabajo de mujeres y niños cuya aspiración era limitar el trabajo de los niños.

Tedesco (1980) sostiene que mientras que en 1914 el 49 % de los niños y niñas entre seis y catorce años estaban matriculados en una escuela, cifra que se reducía al 3 % para

el nivel medio no obligatorio, para 1932 el Ministerio de Educación estimaba que el porcentaje de matriculados en el nivel primario había aumentado al 69 %, destacando que el mayor incremento en la cobertura educativa ocurrió durante la década de gobierno peronista, donde para 1930 la mitad de los alumnos matriculados en escuelas primarias provinciales correspondían a instituciones del gobierno nacional.

A partir de 1945 el estado nacional decidió expandir la cobertura educacional (Tedesco, 1980). Así, durante el primer período del gobierno peronismo¹⁵⁶Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba ampliaron la obligatoriedad hasta sexto grado, mientras que Entre Ríos la extendió hasta cuarto (Petitti, 2022).

Entre 1945 y 1955, el mejoramiento sustancial de la calidad de vida de la clase obrera permitirá su permanencia en el sistema educativo por mayor cantidad de años y esa incorporación sería canalizada a través de las orientaciones educativas técnicas; en consecuencia es posible sostener que un rasgo característico de la política educativa de ese período es la articulación de una vía de ascenso educativo para los sectores populares diferente a la tradicional (Tedesco, 1980). Durante la década del 50 y los años 60, se produjeron cambios a nivel nacional que generaron nuevos requerimientos para el sistema educativo, donde la sociedad que se sumaba al sector económico activo, empezó a ver en la educación una oportunidad para participar en el debate político y en la toma de decisiones, evolucionando así la percepción de la educación de ser considerada un gasto a ser vista como una inversión (Braslavsky, 1980).

En la Conferencia de Punta del Este, Uruguay, llevada a cabo en agosto de 1961, diecinueve países latinoamericanos acordaron implementar programas de reforma social y económica basados en el principio de ayuda mutua, establecimiento de planes nacionales de desarrollo, reforma fiscal y agraria, con objetivos específicos como el acceso universal a la educación aceptable para todos los niños latinoamericanos para 1970 (Horario, 1963). En dicho espacio, Argentina aceptó el objetivo de establecer como política educativa eliminar el analfabetismo en la población adulta y para antes del año 1970 garantizar un mínimo de seis años de educación primaria para los niños en edad escolar; en consecuencia en el año 1965 el gobierno de Arturo Frondizi asumió el compromiso de llegar al cien por ciento de escolarización para el año 1965 (Braslavsky, 1980).

Como dato de contexto se indica que a partir del año 1968 se inició el proceso de transferencia de las escuelas primarias -Ley Láinez- a las provincias.

Durante el periodo de 1955 a 1976, se registró un marcado aumento en la matrícula de la sala de cinco años (nivel inicial), incrementándose más de seis veces, lo cual es atribuido al mayor involucramiento de las mujeres en las actividades económicas, y en 1978, las Escuelas Normales atrajeron la mayor cantidad de estudiantes de nivel medio (Braslavsky, 1980). Puntualmente, durante la década del '70 surgieron políticas sociales de orientación neoliberal (Paoletta, 2017).

En 1993 la Ley Federal de Educación N° 24.195 amplió la obligatoriedad educativa desde el último año de la Educación Inicial hasta la conclusión de los nueve años de Educación General Básica y estableció el nivel de Educación Polimodal de tres años, que, aunque no era obligatorio, definió claramente los derechos y obligaciones de los responsables de los alumnos respecto a la educación de sus hijos, destacándose entre

¹⁵⁶ Años 1946-1952

estas obligaciones la de garantizar el cumplimiento por parte de sus hijos de la Educación General Básica y Obligatoria (Paoletta, 2017).

En el año 2006, en una época de ampliación de los derechos sociales, se sancionó la Ley de Educación Nacional N° 26.206 que establece trece años de escolaridad obligatoria, desde los cinco años de edad hasta la finalización del nivel de la Educación Secundaria. En el año 2014 se sanciona la Ley N° 27.045 que establece que la educación inicial resulta obligatoria desde los cuatro años, a partir de entonces son catorce los años de educación obligatoria, a fin de lograr ese objetivo, dicha norma establece que el Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben universalizar los servicios educativos para los niños de tres años, priorizando la atención educativa de los sectores menos favorecidos de la población.

La evolución histórica de la obligatoriedad escolar refleja una posición constante por parte del Estado desde finales del siglo XIX, enfocada en la conveniencia de extender los periodos de obligatoriedad educativa. Este proceso se encuentra en curso y aún no ha alcanzado su conclusión, siendo evidente una confianza generalizada en los beneficios de la escolarización y en su capacidad para generar transformaciones positivas en la sociedad y en los individuos (Southwell, 2018).

Alianza familia-escuela

Definición

El funcionamiento adecuado de la institución escolar se estableció a partir del mecanismo de alianza entre la escuela y los progenitores de los alumnos (Narodowski, 1994). Este dispositivo de alianza familia-escuela, conceptualizado por Narodowski, ha sido uno de los sostenes de los sistemas educativos durante más de cien años. Narodowski utiliza indistintamente los términos "alianza" o "contrato" para referirse a esta relación (Narodowski, 2008). Ahora bien, a fin de evitar confusiones de origen terminológicas, el término contrato se debería reservar para el contrato de enseñanza que vincula jurídicamente a los responsables de los alumnos con el titular del servicio educativo.

La alianza implicaba un acuerdo tácito en el que los progenitores se comprometían a enviar a sus hijos a la escuela para recibir una educación mejor que la que podrían obtener en el hogar. A cambio, aceptaban la autoridad escolar y sus reglas, así en caso de discrepancia el conflicto debía resolverse siempre a favor de la escuela (Narodowski, 2020). Para esta alianza quedaba claro que el niño desempeñaba un doble rol, como hijo y como alumno, donde la familia ejercía su autoridad en el hogar y el maestro en la escuela (Citera, 2006).

Este acuerdo implicaba derechos y obligaciones para ambas partes. Para la familia, el deber era llevar a sus hijos a la escuela y aceptar la autoridad docente y sus reglas, mientras que su derecho consistía en recibir una educación escolar de calidad superior a la brindada en el hogar. Por otro lado, para las escuelas, el deber radicaba en recibir a todos los niños, niñas y adolescentes y educarlos adecuadamente, mientras que su derecho era transmitir conocimientos y valores. Los integrantes de la alianza se repartían la autoridad, basándose en la convicción de la necesidad del disciplinamiento del niño para su desarrollo social (Citera, 2006).

Hoy esta alianza se encuentra en crisis, los progenitores ya no aceptan de manera generalizada la autoridad escolar. En caso de conflicto, la resolución se torna incierta,

generando una incertidumbre sobre cómo se resolverán los desacuerdos entre la familia y la escuela.

Evolución

En su obra *Didáctica Magna* publicada en el año 1632, Juan Amos Comenio –representante de una orden protestante- sostuvo que la tarea de educar a los niños y adolescentes correspondía naturalmente a sus progenitores, argumentando que al ser estos los autores de la vida natural, debían también serlo, entre otras cosas, de la vida racional; sin embargo, reconoció que los padres raramente disponían del tiempo y las condiciones adecuadas para educar a los jóvenes, por lo que consideraba necesario que hubiera personas dedicadas por completo a esa labor, sirviendo así a toda la comunidad (Comenio, 1998). Carriego y Narodowski (2006) afirman que esta idea sentó las bases para la alianza familia escuela, y que la especialización que alcanzó la profesión educadora justificó la transferencia de la tarea de educar que estaba a cargo de los progenitores hacia la escuela. En igual sentido, la pedagogía lasallana afirma la existencia de la alianza familia-escuela pues entiende que los encargados de la educación de los niños deben ser idóneos y que el dispositivo de alianza familia-escuela debe instalarse en un contrato entre maestros y padres, siendo el acto de inscribir al alumno en la escuela el primer paso en la generación de esa alianza (Narodowski, 1994).

Desde mediados del siglo XVI hasta el siglo XIX la educación estuvo en manos de las corporaciones de educadores, las principales fueron las órdenes religiosas católicas y protestantes (Narodowski, 1999). En este período las escuelas eran dirigidas y supervisadas por educadores y corporaciones religiosas y la regulación estatal era prácticamente nula (Narodowski, 2013).

El fanatismo religioso marcó la Edad Moderna, siendo la educación una herramienta clave para perpetuar la influencia de las corporaciones religiosas, especialmente en la moralización de los niños (López Fernández, 2014). Desde finales del siglo XVII, la relación entre los Estados y las corporaciones educativas se volvió conflictiva, ya que los gobernantes buscaban evitar que los proyectos educativos fueran contrarios a sus intereses políticos y religiosos; a partir del siglo XIX, los Estados occidentales incrementaron su intervención en la gestión escolar, buscando limitar el poder político de las corporaciones religiosas mediante la estatización de la educación, con el ideal de educar a todos los ciudadanos (Narodowski, 1999). Comenio, en su obra *Didáctica Magna*, sostiene que el ideal pansófico¹⁵⁷ puede lograrse si el método es aplicado correctamente, planteando no sólo la necesidad de educar a todos y sin distinción social ni de género, sino también sosteniendo que es en las escuelas el lugar en el cual esta educación debe llevarse a cabo (Noailles, Narodowski, 2011). Entre los siglos XVII a XX se vivió en Occidente la época del reinado de la escuela.

En el siglo XIX y buena parte del XX, los Estados adoptaron la educación como un medio de integración política y control social (De Puelles Benítez, 1993). Puntualmente, a finales del siglo XIX, en Occidente los Estados asumieron la responsabilidad de educar a sus ciudadanos y con ello se convirtieron en garantes de la alianza familia

¹⁵⁷ El "ideal pansófico" es un concepto que se deriva del trabajo de Comenius y su obra "*Didáctica Magna*", representa la aspiración de lograr una educación universal que abarque todos los aspectos del conocimiento y que esté disponible para todas las personas. Se enfoca en enseñar a todos, sin exclusiones, de manera efectiva y comprensiva, adaptándose a las necesidades y capacidades de cada individuo, con el fin de alcanzar el máximo desarrollo humano y social (Narodowski, 1994).

escuela. Este cometido fue logrado mediante medidas coercitivas, entre ellas la sanción de leyes que establecían la escolaridad obligatoria¹⁵⁸ y recursos financieros que le permitieron al Estado imponerse y convertirse así en mediador entre la familia y escuela (Carriego y Narodowski, 2006). Esta imposición de la escolaridad generó resistencias por parte de las familias que en muchos casos no querían que los hijos fueran a la escuela, entre las razones se encuentran: menos manos para el trabajo, educación inadecuada, la organización escolar les recordaba a los ejércitos y suponían que se trataba de otro reclutamiento compulsivo o porque las enseñanzas eran contrarias a la ideología de las familias (Narodowski y Arias, 2018). A pesar de estas resistencias iniciales, la gradual implementación de la escolaridad¹⁵⁹ obligatoria contribuyó a la gestación y posterior fortalecimiento de la alianza entre la familia y la escuela.

En este período, la obligatoriedad escolar se fundamentó en la idea de que mejorar la educación representaba un avance respecto a las generaciones anteriores, beneficiando el estado de vida familiar y facilitando la inserción en la jerarquía social (Narodowski, 2013). Con el transcurso del tiempo, la escuela consolidó su legitimidad como el principal ámbito de adquisición de conocimientos en la sociedad, así como una oportunidad para mejorar la calidad de vida individual. De este modo, la escuela se erige como la institución clave para garantizar la apropiación del conocimiento y mantendrá su liderazgo siempre que satisfaga esta necesidad de manera más efectiva que cualquier otra institución existente (López Fernández, 2014).

En este contexto, Narodowski (2013) describe una alianza familia-escuela asimétrica, donde la familia se ve obligada a aceptar los conocimientos impartidos en el establecimiento educativo sin poder cuestionar su valor, y cualquier conflicto al respecto se resuelve siempre a favor de la escuela, cumpliendo así su papel civilizatorio; en este sentido, la escuela dispone y la familia acepta. Posteriormente, Narodowski y Arias (2018) señalan que las fronteras entre la familia y la escuela están delimitadas por el discurso pedagógico moderno y reguladas por la alianza familia-escuela, que establece las acciones permitidas tanto para los docentes como para los progenitores en la educación de sus hijos; esta alianza se sustenta en la condición de que la escuela supere la enseñanza del hogar y los padres cedan su autoridad sobre sus hijos como alumnos a la autoridad escolar, lo que legitima el rol de los educadores como especialistas en la educación de la infancia.

Con el paso de los años, la igualdad de oportunidades que prometían los estados con la escolaridad sólo se logró en el discurso y el ideal pansófico no se logró en la práctica social, el Estado perdió la capacidad política y financiera para gestionar la oferta escolar, pero esto no significó que se haya retirado de la esfera educativa sino que reformuló su estrategia (Narodowski, 1999).

La inversión de la alianza familia-escuela. Su fundamento

Por inversión de la alianza familia escuela se entiende que se ha invertido¹⁶⁰ el sentido de ese acuerdo. Originariamente la base del contrato familia escuela era que los familias

¹⁵⁸ Se advierte que en Prusia la escolaridad obligatoria se estableció en el año 1793.

¹⁵⁹ Iniciativa del Siglo XVIII.

¹⁶⁰ La Real Academia Española define “invertir” como: “1. tr. Cambiar, sustituyéndolos por sus contrarios, la posición, el orden o el sentido de las cosas. U. t. en sent. fig. Invertir una tendencia.”

aceptaban a la escuela y su autoridad. Sin embargo, actualmente ello ha dejado de ser la pauta de relacionamiento y son las escuelas las que cada vez más se adaptan a las demandas de las familias.

Autores como Castro Santander (2009) sostienen que la comunicación entre ambas instituciones de socialización de niños, niñas y adolescentes se ha ubicado en una dinámica de criticismo recíproco y hasta de agresividad. Esta tensión se presentaría como una tendencia que no para de crecer. Su explicación podría estar dada por la hipótesis que plantea Narodowski (1999) quien sostiene que ante la imposibilidad del Estado de enseñar todo a todos, el Mercado, como imperio del intercambio, se presenta como una solución generadora de la transformación de la alianza familia colegio. Si la promesa del Estado no logró ser cumplida entonces ¿por qué las familias deberían mantener la suya?

Narodowski y Arias (2018) analizan la problemática de la alianza entre la escuela y la familia en el contexto de las mutaciones de las relaciones sociales de las últimas décadas, que han puesto en crisis las viejas certezas pedagógicas y brindan explicaciones sobre las dificultades en la relación entre la familia y la escuela; una de ellas radica en que no es fácil resistir las condiciones de la alianza, si la misma reinaba en un momento en el que la escuela era la única fuente de saber, hoy el saber está fácilmente disponible e incluso fuera de la escuela es posible acceder a saberes más actualizados que dentro de ella; este aspecto se relaciona directamente con la dilución de la autoridad docente como única fuente del saber, la que está atomizada por relaciones sin jerarquía que generan una profunda crisis de legitimidad. Agregan los autores que la asimetría que resultaba indispensable para la tarea de educar se ha diluido en relaciones de equivalencia y las nuevas tecnologías que permiten el fácil acceso a la información han movido al docente del lugar como adulto que sabe, teniendo un efecto devastador en la construcción de autoridad. Ante una situación de conflicto entre familia y escuela nadie sabe cómo se va a resolver. En esta realidad, Parellada (2017) sostiene que vivimos una realidad donde prima la angustia y la incertidumbre, donde las situaciones de violencia se multiplican en todos los ámbitos y especialmente en la familia y en la escuela; siempre falta tiempo en esta sociedad donde, cada vez se necesita más y es más difícil satisfacer necesidades que hoy se tornan primarias y antes no lo eran; en esta realidad los progenitores están poco tiempo con sus hijos y dejan poco margen para imponerles límites, ello genera que el rol de autoridad, se torne cada más difuso o inexistente.

Actualmente, la construcción de autoridad diaria es el gran desafío escolar. Convivir significa vivir en compañía de otros. A través del cumplimiento de los acuerdos de convivencia los estudiantes aprenden y se desarrollan en la escuela sintiéndose respetados, valorados, seguros en un clima de confianza y libertad. La escuela es, de este modo, un reflejo de la sociedad democrática, un espacio de aprendizaje y crecimiento. Los límites educativos establecen un marco de acción y delimitan el espacio donde convivir con libertad. El respeto a esos límites garantiza el bienestar grupal, los acuerdos y las normas de convivencia dentro del ámbito educativo buscan dar un sostén al crecimiento, un límite preciso y acertado para el desarrollo de cada etapa evolutiva. Las familias deben acompañar ese proceso, a fin de lograr una efectiva construcción de la autoridad. En este sentido, Narodowski y Arias (2018) indican que la única autoridad adulta que cuenta es la capaz de relegitimar la autoridad, aunque la tarea sea gigantesca y deba ser reiniciada en cada momento.

Hay autores que sostienen que en muchas ocasiones el vínculo familia-escuela se caracteriza por el desconocimiento mutuo, la incomunicación y el desencuentro, generando así un círculo de malos entendidos, que se expresa en imágenes de una familia no comprometida y de maestros indiferentes (Cardemil, 1994). Mientras que otros, sostienen que la actual alianza está enmarcada en una especie de relación clientelar atravesada por conflictos, con expectativas, demandas y exigencias cada vez mayores por parte de las familias, algunas de las cuales generan escenarios violentos; además, los cambios en la vida actual, las nuevas formas de crianza se traducen en gran reto profesional para los educadores (Narodowski y Arias, 2018). Algunos docentes experimentan temor hacia los estudiantes y sus responsables, y en respuesta, el Estado ha abordado estas problemáticas en determinadas jurisdicciones mediante la imposición de sanciones específicas. En este contexto de tensiones persistentes y, en ocasiones, de violencia, ¿cómo puede la escuela cumplir con la misión encomendada?

Sin la escolarización infantil, la organización social se vería profundamente alterada, ya que en las sociedades contemporáneas donde ambos progenitores son demandados como fuerza laboral, el control biopolítico del cuerpo del niño se vuelve indispensable. En este contexto, la alianza familia-escuela (incluso en una dinámica invertida) se vuelve crucial, con las escuelas adaptándose cada vez más a las demandas de las familias, que exigen el respeto de sus valores y reclaman un espacio donde sus singularidades sean tenidas en cuenta (Narodowski y Arias, 2018). Según Carro et al. en Carriego (2010), las relaciones entre familias y escuela están experimentando profundas transformaciones, otorgando a las familias un papel estratégico como usuarios o clientes que evalúan la oferta del servicio escolar.

Narodowski y Arias (2018) reflexionan que ni la añoranza de las épocas de brillo de la alianza, centradas en la concentración de autoridad, ni la postura clientelista, que se adapta al cliente, son soluciones efectivas para la época actual, ya que la primera resulta inconsistente e ineficaz, y la segunda implica un alto costo al transformar al educador en un mero mediador entre el saber y el alumno. En la actualidad, muchas escuelas tienden a adoptar gradualmente esta última perspectiva, alineándose con una lógica de mercado que busca satisfacer a los clientes, es decir, a las familias. Este enfoque impulsa a las escuelas a personalizar sus ofertas y adaptarlas a las necesidades de los clientes para evitar conflictos. Sin embargo, esta posición genera incertidumbre y tensión entre los educadores, ya que nadie puede prever con certeza cómo se resolverán los desafíos emergentes.

Ante este panorama es crucial considerar posibles soluciones. Según López y Pérez en Narodowski y Arias (2018), los conflictos no enfrentados tienden a acentuarse y deteriorar aún más la confianza entre ambas partes, por lo tanto, es necesario enfrentar los desentendimientos entre familia y escuela y buscar la forma de superarlos.

Por otro lado, Carriego (2010) sugiere que los niveles de disconformidad presentes en todas las escuelas tienen un límite, el cual radica en las ventajas que la escuela ofrece a las familias. Una alternativa es aprovechar y capitalizar estos beneficios que la escuela proporciona para trabajar en el mejoramiento del vínculo con las familias. Narodowski y Arias (2018) plantean que dotar a los futuros docentes de herramientas para afrontar el conflicto desde una perspectiva actitudinal puede ser una solución viable, al considerar que el conflicto no es una anomalía, sino una característica inherente a los tiempos actuales y al proceso escolar en curso. Narodowski (2001) propone que familia y escuela deben reafirmar su alianza, asumiendo una responsabilidad compartida en la educación de los jóvenes; la familia involucrándose activamente en todos los aspectos

de su formación de sus hijos, al igual que las escuelas deben considerar que no pueden permanecer aisladas como si el mundo del siglo XXI fuera igual al del siglo XIX. Por último, se debe considerar que una relación positiva entre la familia y la escuela puede tener un impacto decisivo en fomentar el apego de los estudiantes a sus escuelas, debiendo tanto la escuela como la familia sanear las diferencias que surgieran en pos del bienestar de los alumnos (Alcalay, L., et al., 2005).

La creciente y sostenida desconfianza en la autoridad escolar afecta directamente el vínculo familia escuela, lo cual incide directamente en las actividades escolares y en la forma en el que los docentes abordan las actividades con sus alumnos. Además, repercute directamente en la mirada sobre la autoridad que tienen los niños, niñas y adolescentes. La escuela como espacio de formación y cuidado de los niños, niñas y adolescentes se mantiene como sostén de las sociedades contemporáneas. Por esta razón, es imperativo preservarla y respetarla.

Los niños y adolescentes deben crecer en un ámbito de confianza entre sus formadores naturales y los sociales, la tensión entre estos no es buena para ellos, ni para nadie. La antigua alianza familia escuela, con su asimetría, no es respuesta pero la desconfianza que reina de la familia hacia la escuela, menos aún. Ello genera la acuciante necesidad de regenerar los vínculos de confianza y respeto recíproco. Se debe generar un nuevo pacto de confianza entre familia y escuela.

In loco parentis

Definición y origen del principio *in loco parentis*

William Blackstone¹⁶¹, en su compilación de leyes inglesas de 1770, aplicó la frase *in loco parentis* a los educadores¹⁶², sosteniendo que a los maestros se les otorgó el derecho de actuar como lo harían los padres al responder a cuestiones disciplinarias de sus hijos (Conte, 2000). Así fue que a finales del Siglo XVII surgió en Inglaterra el instituto jurídico denominado *in loco parentis* según el cual el Estado, o quien se designe en su reemplazo, sustituirá el lugar del padre y demandará de los niños la misma obediencia que deben prestar a sus progenitores (Narodowski, 2016).

Esta doctrina pregona que los maestros tienen el derecho de actuar como los progenitores lo harían en respuesta a cuestiones actitudinales.

En sus orígenes, el concepto de *in loco parentis* requería leyes que establecieran la obligatoriedad escolar, limitando así la soberanía de los padres a lo regulado y promovido por el Estado en beneficio de la infancia (Narodowski, 2016). Se debe

¹⁶¹ Jurista, profesor universitario y político inglés, nacido el 10 de julio de 1723 en Cheapside (Londres) y muerto el 14 de febrero de 1780 en Wallingford, cuya obra denominada "Comentarios a las leyes de Inglaterra" fue texto clásico en los estudios jurídicos universitarios en Inglaterra y los Estados Unidos.

¹⁶² "He may [the father] also delegate part of his parental authority, during his life, to the tutor or schoolmaster of his child; who is then in loco parentis, and has such a portion of the power of the parent committed to his charge, viz. that of restraint and correction, as may be necessary to answer the purposes for which he is employed". Blackstone, Sir William, "Commentaries of the laws of England in four books", Vol. 1, edición digital disponible en <https://oll.libertyfund.org/titles/sharswood-commentaries-on-the-laws-of-england-in-four-books-vol-1>

considerar que la escolarización de los hijos restaba mano de obra para el trabajo productivo, lo que generaba perjuicios económicos para las familias más pobres y, como consecuencia, resistencia por parte de estas a enviar a sus hijos a la escuela (Narodowski, 1999). Sin embargo, la promulgación de leyes de obligatoriedad escolar y de prohibición o restricción del trabajo infantil a finales del siglo XIX e inicios del XX resolvió a favor de la escuela y de la infancia el dilema entre trabajar o estudiar (Narodowski, 2016).

Rumel (2013) sostiene que los tribunales de Estados Unidos han considerado esta doctrina como una concesión de poder a las escuelas y como una limitación de los derechos de los estudiantes a la protección contra los daños que ocurren en el entorno escolar o causados por el personal de la escuela.

Estado de la situación

Autores como Rumel (2013) sostienen que el poder del que ha sido investida la escuela a razón de la doctrina *in loco parentis* está limitado por los derechos consagrados en la Constitución y se mantiene. Prueba de ello es que un Tribunal de Primera Instancia de Connecticut en una decisión judicial del año 2012 citó un sentencia de la Suprema Corte de Connecticut de finales del siglo XIX que refiere: “un maestro se para *in loco parentis* hacia un alumno. Debe mantener la disciplina y, si un alumno desobedece sus órdenes, es su deber utilizar medios razonables para obligar al cumplimiento”¹⁶³ (p.715).

Por su parte, Narodowski (2018) explica que las escuelas enfrentan una crisis constante debido a los cambios sociales y tecnológicos, lo que provoca una pérdida de autoridad docente y una crisis de legitimidad, agravada por la debilitación de los lazos intergeneracionales y la devaluación del papel adulto tanto en el hogar como en el entorno escolar, obstaculizando así la construcción del *in loco parentis*.

Conclusiones del título

Originariamente, la alianza familia escuela ha sido uno de los sostenes de la institución escolar. Esta alianza no se generó en forma espontánea, sino que requirió de legislación que obligue a las familias a escolarizar a sus hijos y de leyes que prohíban el trabajo infantil. En la historia de Argentina, la obligatoriedad escolar ha sido fundamental para la construcción de la identidad de la nación. Desde fines del Siglo XIX, se ha sostenido y ampliado los grados y niveles de obligatoriedad escolar. Ello ha hecho posible que, a lo largo del Siglo XX, las familias de clase trabajadora lograsen su anhelado ascenso social.

En virtud de la alianza, las familias aceptaban enviar a sus hijos a la escuela y respetar la autoridad escolar y la escuela se comprometía a brindar una educación mejor que aquella que pudieran ofrecer las familias en sus hogares.

Estrechamente vinculado a la alianza en análisis está la doctrina *in loco parentis*, que establece que los maestros tienen la facultad de actuar como lo harían los progenitores

¹⁶³ Kyle Straiton v. New Milford Board of Education et al. (2012), N°. DBDCV106003255S, 2012 WL1218160, at°6 (Conn. Super. Ct. Mar. 13, 2012) (citing Sheehan, 2 A. at 841)

de los estudiantes en respuesta a cuestiones actitudinales. A lo largo de los años, la aplicación de esta doctrina ha tenido sus altibajos. Actualmente la crisis vincular entre familia y escuela, y la mirada sobre los niños y adolescentes y, su vínculo sin jerarquías con el adulto, tornan difícil que un docente realmente actúe como lo haría el progenitor.

Con el paso de los años, las familias han ido disminuyendo gradualmente su aceptación de la autoridad escolar, lo que ha llevado a un aumento en el cuestionamiento hacia la escuela y sus decisiones con respecto a los estudiantes. Cada día, las familias demandan más de la escuela, lo que ha generado una tensión sostenida y crónica entre la familia y la institución educativa.

En la actualidad, la discrepancia de opiniones entre familia y escuela tiende a resolverse a favor de la primera, y la alianza entre ambas partes está constantemente cuestionada.

La época en la que la escuela resolvía y la familia acataba ha concluido y nos preguntamos hacia dónde nos dirigimos.

Otro elemento de esta crisis, es la forma de vida actual, de la cual, las familias no pueden escapar. La ausencia de los progenitores, requeridos por sus obligaciones laborales, vuelve a la autoridad borrosa y, en ocasiones, ella desaparece como modo de aminorar la culpa que sienten por no poder dedicarse a sus hijos; en compensación de tal ausencia los progenitores buscan ser amigos de sus hijos y omiten ejercer su rol natural de guías iniciadores en la vida de sus hijos (Parellada, 2017). Frente a ello, los niños, niñas y adolescentes carecen de la experiencia de estar sujetos a la autoridad, lo cual dificulta la convivencia escolar y coloca a la escuela como único espacio de límites. La imposición de límites suele desagradar al estudiante y generar recurrentes tensiones con sus progenitores. Se debe reflexionar en la forma de vida actual y en el trascendente rol que ejerce la escuela como formador de los futuros ciudadanos.

Las relaciones de igualdad entre jóvenes y adultos han erosionado la autoridad escolar, y los maestros deben legitimar su rol de autoridad cada día. La autoridad docente no se ha perdido, sino que ha evolucionado. La alianza como la conocíamos ya no existe, y la asimetría de la relación, anteriormente presente, ha desaparecido. Como sostiene Narodowski (2008), es crucial restaurar la legítima autoridad del maestro, y los docentes deben recuperar la autoridad y la libertad para enseñar, entendiendo la autoridad legítima como la cuota necesaria de respeto que los adultos les deben a los niños y adolescentes.

La autoridad docente no se ha perdido, se ha transformado. La alianza, tal y como la conocíamos ya no existe, la asimetría de otrora ya no es tal. Resulta imperioso restaurar la legítima autoridad del maestro, y con ella, los docentes deben recuperar la autoridad y libertad para llevar a cabo su tarea de enseñar, debiendo entenderse con autoridad legítima aquella cuota necesaria de Ley que los adultos les deben a los niños, niñas y adolescentes (Narodowski, 2008).

Si la escuela es esencial en las sociedades actuales, donde se necesita el control del cuerpo de los niños y adolescentes, entonces la alianza entre la familia y la escuela es indispensable. Esto no significa regresar a la alianza del pasado, pero tampoco es la solución cuestionar constantemente a la escuela. En la actualidad, una nueva forma de

alianza requiere un compromiso y trabajo conjunto en pos de un interés común: la formación integral de los niños y adolescentes (Narodowski, 2008).

CAPÍTULO CUATRO: ANÁLISIS DE SENTENCIAS JUDICIALES

Introducción

Con el paso de los años y las reformas al Código Civil de Vélez Sarsfield se ha establecido para los titulares de los establecimientos educativos un régimen de responsabilidad ultra objetiva, resultando de muy difícil la configuración del caso fortuito.

La decisión del legislador ha sido de endurecer al máximo la atribución de la responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos frente a los daños que causen o sufran los alumnos, eximiéndose sólo si se prueba el caso fortuito.

Se indaga cuál ha sido la tendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en aquellos casos en los que se cuestiona la atribución (o no) de responsabilidad civil a los titulares de los establecimientos educativos. Además, examinarán puntos clave abordados en dichas sentencias, explorando los distintos aspectos que rodean esta cuestión.

El universo está dado por los casos judiciales sobre responsabilidad civil de establecimientos educativos, en la Ciudad de Buenos Aires, entre los años 2003 y 2022, en los cuales se haya cuestionado la atribución de responsabilidad civil a los titulares.

Quedan excluidos los casos cuya sentencia de primera instancia no haya sido apelada, o bien haya sido apelada pero en aspectos no relacionados con la responsabilidad civil (ej: honorarios de abogados y peritos). Por lo tanto, quedan incluidos los casos cuya sentencia haya sido apelada en aspectos relacionados con la responsabilidad civil. Por esa razón, la muestra incluye casos en segunda instancia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil). Se incluyen también aquellas sentencias en las cuales se aplica el artículo 1767 del Código Civil y Comercial a entidades que no son propiamente establecimientos educativos, pero que se les aplica el régimen de responsabilidad civil previsto en este artículo.

La muestra está dada por 41 sentencias de la Cámara, de las cuales 36 condenan y 5 absuelven. De las sentencias condenatorias se analizarán pormenorizadamente cinco; de las absolutorias se analizarán cuatro.

El análisis buscará destacar notas claves de las consideraciones de los magistrados que integran las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de aportar a la comprensión de la temática y generar una hipótesis de hacia dónde va la institución escolar en este contexto.

Sentencias judiciales sobre el deber de cuidado en las escuelas dictadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Nación

Identificación de las sentencias

Se listan a continuación las sentencias que encuadran dentro de los parámetros analíticos, indicando la denominación del expediente judicial, el año del dictado de la sentencia y la Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que intervino:

1. Pereyra, Patricia y otro c. Hermanas Mínimas de Nuestra Señora del Sufragio (Colegio FFAA Di Bruno).
Sentencia año 2022. Intervino Sala K.
2. Martin, Jesica Graciela y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.
Sentencia año 2021. Intervino Sala B.
3. E. M. I.¹⁶⁴ y otro c. A. C. I. M. A. y otro.
Sentencia año 2018. Intervino Sala G.
4. I., M. J. y otros c. H. T. F. DE LA C. y otros.
Sentencia año 2015. Intervino Sala G.
5. Ponsa, Alfredo Edgardo y otros c. Instituto Santa Cruz Asoc. Padres Pasionistas y otros.
Sentencia año 2015. Intervino Sala I.
6. R., P. B. c. Escuela Nro. 3 Juan Ángel Golfarini y otros.
Sentencia año 2013. Intervino Sala H.
7. Ibañez, Margareth c. Arzobispado de Buenos Aires.
Sentencia año 2012. Intervino Sala J.
8. F.G.G. y Otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires - Sec. De Educación.
Sentencia año 2012. Intervino Sala M.
9. G., R. M. c. Inst. Inmaculada Concepción de Nuestra Sra. de Lourdes y otros.
Sentencia año 2012. Intervino Sala L.
10. Delgadillo, Julio y otros c. Gobierno de la CABA y otros s. interrupción de prescripción (art. 3986 del Cód. Civil).
Sentencia año 2011. Intervino Sala H.
11. Mendoza, Carina Andrea y otro c. Arzobispado de Buenos Aires y otros.
Sentencia año 2011. Intervino Sala K.
12. Rodriguez Guzman Leonardo Ezequiel c. Scout de Argentina Asociación Civil s. Daños y perjuicios.
Sentencia año 2011. Intervino Sala C.
13. T., R. I. y otro v. C., H. A.
Sentencia año 2010. Intervino Sala L.
14. Díaz, Adolfo Rafael y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros.
Sentencia año 2010. Intervino Sala C.
15. Giménez, Andrés D. y otro c. Colegio San Fernando y otro.
Sentencia año 2010. Intervino Sala E.
16. Carbajal, Nora Antonia c. Aragón, Olga y otros.
Sentencia año 2010. Intervino Sala B.
17. Córdoba, Daniel Ignacio c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro.
Sentencia año 2009. Intervino Sala H.
18. Giménez Roland, Julián, c. Babar Bilingual School Dominique Seguin.
Sentencia año 2009. Intervino Sala A.
19. S., A. A. y otro v. Sociedad Escolar y Deportiva Alemana -Lanús Oeste- y otros.
Sentencia año 2009. Intervino Sala L.
20. M. C., P. E. c. G., M. y otros.
Sentencia año 2008. Intervino Sala B.

¹⁶⁴ Se advierte que en aquellos procesos en los cuales, por algún motivo, se reserva la identidad de los litigantes, para la publicación de las sentencias se reemplazan los nombres por iniciales.

21. Buratti, Esteban Ricardo c. Asociación Católica Irlandesa Colegio Sta. Brígida y otro.
Sentencia año 2008. Intervino Sala D.
22. C., J. del C. y otro c. Vázquez, Gonzalo y otros.
Sentencia año 2007. Intervino Sala H.
23. Grasso, Eduardo Miguel y otro c. Colegio Galileo Galilei SAE y otro.
Sentencia año 2007. Intervino Sala C.
24. Rocchetta, Mónica Isabel y otros c. Instituto Nuestra Señora del Carmen y otro.
Sentencia año 2007. Intervino Sala D.
25. Cammarota, Estela y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.
Sentencia año 2006. Intervino Sala B.
26. Ahrens, Cristina E. y otro c. Ciudad de Buenos Aires y otro.
Sentencia año 2006. Intervino Sala E.
27. Benchimol, Gabriela L. y otro c. Colegio Esteban Echeverría SAE y otros.
Sentencia año 2006. Intervino Sala H.
28. Leboso, Julio A. c. Escuela n° 2 José Hernández de Ituzaingo y otros.
Sentencia año 2006. Intervino Sala M.
29. P., G. S. y otro c. Orden de los Frailes Menores Capuchinos y otro.
Sentencia año 2005. Intervino Sala M.
30. Noriega, Rubén A. y otros c. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Sentencia año 2005. Intervino Sala M.
31. Ferreira, Andrea F. y otros c. Ciudad de Buenos Aires y otro.
Sentencia año 2005. Intervino Sala E.
32. Taborda, Carlos H. y otro c. Instituto Presbitero Antonio Saenz y otro.
Sentencia año 2005. Intervino Sala D.
33. Wendling, Arnaldo V. y otro c. Municipalidad de Buenos Aires y otro.
Sentencia año 2005. Intervino Sala D.
34. Corfield, Carlos A. y otro c. Plaul, Adriana G. y otros.
Sentencia año 2004. Intervino Sala K.
35. R., S. B. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros.
Sentencia año 2004. Intervino Sala I.
36. González, Teodoro C. c. Strua, María M.
Sentencia año 2004. Intervino Sala B.
37. Sas, María G. y otros c. Escuela Natan Gesang.
Sentencia año 2004. Intervino Sala I.
38. González, Pedro R. y otro c. Miniphone S.A. y otros.
Sentencia año 2003. Intervino Sala F.
39. Juri, Rosa Delia c. Instituto Un Lugar S.R.L. y otro.
Sentencia año 2003. Intervino Sala A.
40. M. de M. G., N. y otros c. Asociación de Fomento Santiago de Liniers y Biblioteca Popular Democracia y otros.
Sentencia año 2003. Intervino Sala K.
41. Tissera, Eduardo y otros c. Colegio San Andrés y otros.
Sentencia año 2003. Intervino Sala E.

Notas generales

El universo es de cuarenta y una sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Con relación a la atribución de la responsabilidad civil del total de los casos analizados se advierte que la Cámara condena o ratifica la condena contra los titulares

en treinta y seis supuestos, mientras que en cinco sentencias mantiene o decide eximir de responsabilidad civil al titular del establecimiento.

La tendencia mayoritaria de atribución de responsabilidad civil genera dos hipótesis preliminares, la primera radica en una exigencia al extremo de cuidado de los alumnos, donde no resulta tolerado que estos sufran daños, aún cuando estos sean generados -en algunos supuestos- por el propio accionar de los estudiantes; la segunda -pero consecuencia de la primera- la configuración del caso fortuito resulta excepcional en el ámbito educativo. Esto lleva a considerar una exigencia de cuidado desmesurado respecto de los titulares de los establecimientos educativos.

Sentencias que atribuyen responsabilidad civil a los titulares de los establecimientos educativos

Se mencionan a continuación las notas claves de cinco de las treinta y seis sentencias que atribuyen responsabilidad civil o que ratifican la atribución realizada por parte del Juzgador de Primera Instancia.

- 1) “Pereyra, Patricia y otro c. Hnas. Mínimas de Nuestra Sra. del Sufragio (Colegio FFAA Di Bruno) s. Daños y perjuicios”

- a. Hechos:

La señora P. P., en representación de su hijo menor de edad F. J. M., promovió demanda por los daños y perjuicios que sufrió su hijo como consecuencia de los malos tratos y abuso sexual padecidos durante el año 2013, mientras aquel cursaba sexto grado del turno tarde en el “Colegio Francesco Faa Di Bruno”, perteneciente al “Instituto de Vida Consagrada de las Hermanas Mínimas de Nuestra Señora del Sufragio”. Expuso que su compañero K. R. lo maltrataba y abusaba sexualmente de él desde principios de clases. La acción se interpuso contra la propietaria del establecimiento educativo y contra la compañía aseguradora. No fue demandado el menor causante del daño.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda contra el establecimiento educativo. La sentencia de la Cámara de Apelaciones entendió lo contrario y condenó al titular del establecimiento educativo y a la Compañía Aseguradora.

- b. Identificación de aspectos relevantes en la sentencia

La sentencia plantea un enfoque protectorio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Refiere que se trata de personas en situación de vulnerabilidad que merecen una protección especial, conforme lo reconocen la Constitución Nacional y los tratados internacionales de jerarquía constitucional, fundamentalmente la Convención sobre los Derechos del Niño.

Agrega que existe cuantiosa normativa que recalca la protección especial que merecen los niños, niñas y adolescentes, la cual reconoce sus derechos y descalifica las conductas que atentan contra ellos y que son susceptibles de generarles un perjuicio. Concluye que cuando ello sucede, cobra virtualidad el sistema de responsabilidad civil o de derecho de daños que impone a quien provoca un menoscabo a repararlo.

- 2) Martin, Jesica Graciela y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

- a. Hechos

Jésica Graciela Martín y Carlos Javier Solima, en representación de su hija Martina Florencia Solima, accionaron contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aire, pretendiendo el resarcimiento de los daños y perjuicios que sufrió la nombrada niña dentro de las instalaciones de la Escuela N° 3 de 14 “Ing. Álvarez Condarco”.

Según el relato que estos hicieron, el 23 de marzo de 2016, aproximadamente a las 15:30 horas, Martina se encontraba jugando en la nombrada escuela pública, en horario de recreo, bajo la supervisión de sus maestras, cuando al realizar la vertical fue empujada sin intención por otro compañero que corría en el lugar, causando la caída de ambos al suelo. En ocasión de este suceso la niña se fracturó la muñeca derecha del antebrazo.

Los accionantes no demandan al compañero que la empujó.

La sentencia de primera instancia entendió que se había configurado el caso fortuito. La sentencia de la Cámara de Apelaciones entendió lo contrario y condenó al titular del establecimiento educativo y a la Compañía de Seguros citada en garantía.

b. Identificación de aspectos relevantes en la sentencia

i. Protección de los niños, niñas y adolescentes y la prevención del daño

Los establecimientos educativos están obligados a proteger y garantizar los derechos de los/as niños/as y adolescentes que se encuentren bajo su responsabilidad, en concordancia con lo dispuesto en la ley N° 26.061 lo que implica el deber de prevenir que estos sufran daños.

El deber de prevención del daño en las escuelas debe concretarse en el cuidado de la seguridad de las instalaciones y los útiles, de la atención a los riesgos propios de la actividad escolar, el cuidado y vigilancia de los y las estudiantes en clase, y fuera de ella. Agrega la sentencia que existen medidas de prevención que son exigibles a las escuelas, como la asignación de personal capacitado para ordenar que los niños y niñas desarrollen sus actividades recreativas con cuidado y sin exponerse a peligros, que se planifiquen juegos o entretenimientos recreativos supervisados por adultos responsables, que incentive a los y las estudiantes a la importancia del cumplimiento de reglas de convivencia en áreas comunes, etcétera.

Concluye que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todo daño, sea físico, psicológico o moral. La sentencia extrae una ponencia de Zavala de González (1999) que indica que los niños deben ser amparados, inclusive ante las contingencias derivadas de sus propias travesuras, ya que ignoran los peligros y tienen un sentimiento de alegre y desinteresada omnipotencia y desenfreno; no son accidentes, sino infortunios que pueden ser anticipados, y que las personas a cargo de su cuidado son los encargados de fijar límites y de cuidar que no sean traspasados.

ii. Deber tácito de seguridad

La sentencia refiere que el fundamento de la responsabilidad de los establecimientos educativos no radica en el deber de vigilancia del docente o del director -como en el régimen vigente en el anterior Código Civil- sino que se trata de una garantía de indemnidad de origen legal que presupone el poder de control que debe ejercer la

autoridad educativa, no importando si efectivamente pudo o no controlar, sino que debía hacerlo¹⁶⁵.

Emerge en cabeza de instituciones, de modo accesorio a la obligación principal de prestar educación, una tácita obligación de asegurar la indemnidad psicofísica del niño, niña o adolescente que queda a su cargo; obligación de seguridad que es de resultado, con lo cual de nada le valdrá a la institución educativa tratar de certificar la falta de culpa de su personal.

Agrega la sentencia que el fundamento de objetivar la responsabilidad es la obligación tácita de garantía que está implícita en el contrato de enseñanza. Esta responsabilidad objetiva también puede encontrar fundamento en la calificación del vínculo como una relación de consumo. Un último fundamento de la responsabilidad que incorpora la sentencia, es el fundamento de la responsabilidad de los establecimientos educativos radica en una garantía de indemnidad de origen legal que presupone el poder de control que debe ejercer la autoridad educativa, en el que no importa si efectivamente pudo o no controlar, sino que debía hacerlo.

iii. La culpa de la víctima como eximente de responsabilidad civil

La sentencia menciona a la edad de la alumna que sufrió un daño como un elemento utilizado para la determinación de la atribución de responsabilidad civil.

La circunstancia de que el hecho del damnificado o culpa de la víctima no sean causales de exoneración de la responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos no ha sido un olvido voluntario del legislador, la norma pretende tutelar a los y las menores de edad de los daños que eventualmente se puedan ocasionar a sí mismos, ya sea por su imprudencia, negligencia, o por la falta de madurez de sus conductas, mientras estén bajo el control y vigilancia de la autoridad educativa.

3) E. M. I. y otro c. A. C. I. M. A. y otro

a. Hechos

Una alumna, de nueve años, sufrió una caída sentada en forma brusca mientras asistía a clase de patinaje en el colegio de la A. C. I. M. A.

La sentencia dictada en ambas instancias, condenó a la escuela con extensión a la compañía aseguradora.

b. Identificación de aspectos relevantes en la sentencia

¹⁶⁵ Para lo cual, la sentencia cita los fallos: CNCiv, esta Sala, in re “C., A. E. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, del 10/11/2010, TR LALEY 70067965; CNCiv, Sala L, in re “G.R.M. c./Inst. Inmaculada Concepción de Nuestra Sra. de Lourdes y otros” del 02/02/2012, TR LALEY AR/JUR/3757/2012; CNCiv., Sala H, in re “Delgadillo, Julio y otros c./Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ interrupción de prescripción (art. 3986 del Código Civil), del 08/07/2011, TR LALEY AR/JUR/43750/2011; CNCiv., Sala C, in re “Grasso, Eduardo Miguel y otro c./Colegio Galileo Galilei SAE y otros, del 04/09/2007, TR LALEY AR/JUR/5773/2007; CNCiv, Sala G, in re “E. M. I. y otro c. A. C. I. M. A. y otro s/ daños y perjuicios”, del 25/04/2018, TR LALEY AR/JUR/20800/2018; CN Civ., Sala K, 20-12-2004, LL, 205-A-703

La sentencia destaca que aquellos que imparten enseñanza a personas menores de edad asumen a la par un indefectible compromiso legal respecto de su seguridad. Se trata de un tipo de responsabilidad objetiva cuyo fundamento se encuentra en el riesgo que conllevan las actividades que involucran a conjuntos de personas constituido por infantes y adolescentes que por su desarrollo evolutivo resultan naturalmente propensos a la realización de actos potencialmente perjudiciales.

En consecuencia, si un menor sufre un daño durante el desarrollo de actividades realizadas bajo el control de la autoridad educativa, nacerá la obligación del titular del establecimiento de indemnizar los perjuicios sufridos, por incumplimiento del deber de seguridad de rango contractual; no incidirá para nada el hecho de que el daño haya sido causado por un empleado del colegio, un tercero ajeno a él o como consecuencia del hecho de las cosas, ya que será la simple infracción al deber de seguridad la fuente de responsabilidad (Reyna, C. en Bueres, A., Highton, E., 2000).

La responsabilidad objetiva también encuentra fundamento en la calificación del vínculo como una relación de consumo en virtud de lo establecido por los artículos 1°, 5° y 40° de la ley nacional N° 24.240.

Esta sentencia expone, en extremo, hasta qué punto puede llegar el deber de cuidado de las escuelas.

4) Ibañez, Margareth c. Arzobispado de Buenos Aires

a. Hechos

Una menor de edad con el objeto de tomar su primera comunión asistía a clases de catequesis, en forma regular y habitual, en la sede de la Parroquia Luján de los Patriotas, dependiente del Arzobispado de la Ciudad de Buenos Aires, los días martes de 17.15hs. hasta las 18.15 hs. Las clases eran dictadas en una sala, de un primer piso, a la cual los niños accedían por una escalera. Finalizada la clase del día 12 de abril de 2005, la menor se retiró del aula hacia el patio existente en el recinto para tomar el receso y como producto de un resbalón cayó de forma violenta al piso sufriendo un golpe, que le generó una doble fractura de codo.

Por su parte, el Arzobispado argumentó que la niña, mientras jugaba con sus compañeros, sufrió una caída al suelo. Tan pronto como se tuvo conocimiento de la situación, en forma inmediata se procedió a llamar al servicio de emergencias para que la menor recibiera la atención necesaria.

La sentencia de primera instancia rechazó el reclamo. Apelada la decisión, la alzada revirtió la sentencia y condenó al Arzobispado de Buenos Aires.

b. Identificación de aspectos relevantes en la sentencia

Hay dos notas fundamentales que otorgan relevancia a esta sentencia. La primera es la inclusión dentro del régimen del artículo 1.117 (actual 1.767 CCYC) a otras entidades que no son propiamente establecimientos educativos. La segunda, que es consecuencia de la primera, es la ausencia de un contrato de enseñanza entre las partes.

i. Extensión de la aplicación del artículo 1.117 del Código Civil

La sentencia entiende que la expresión establecimientos educativos prevista en el art. 1117 del Código Civil, alcanza a todas las organizaciones establecidas para impartir enseñanza, sin que resulte procedente limitar su alcance a aquellas que estén encuadradas dentro de la Ley Nacional de Educación, y sin perjuicio que tal educación o enseñanza se realice contra el pago de un precio en dinero o sin contraprestación alguna.

Este fallo revela una interpretación amplia del concepto de establecimiento educativo en relación con la atribución de responsabilidad civil.

ii. Ausencia de un contrato de enseñanza

Poco importa si entre las partes hubiera mediado o no un contrato de enseñanza. Toda vez que la parroquia asumió el cuidado de la niña, se obligó no sólo a contribuir a su pleno desarrollo cristiano, sino también a otorgarle una apropiada y conveniente vigilancia y observación de su conducta en el lugar en el que se desarrollaba la actividad de catequesis, con la intención de preservar su integridad física, no habiéndose acreditado que en la emergencia haya mediado culpa de la víctima. Señala que incluso en el caso en que hubiera mediado la interacción de otro discípulo de la niña, ello no sería considerado como caso fortuito y eximir de la responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1117 del Cód. Civil.

5) T., R. I. y otro v. C., H. A.

a. Hechos

El 15 de abril de 1998, siendo aproximadamente las 16.50 hs., una niña de seis años, que se encontraba con su hermano de siete, salió del colegio y había descendido a la calle en mitad de la cuadra ante la mirada pasiva del personal de la Escuela Carlos Sourigues, Escuela número 15, que supuestamente controlaba a los alumnos. Sus responsables no habían llegado a retirarla. El Sr. C. circulaba a bordo de su vehículo marca Renault 19 y embistió a la niña que estaba en la calle.

La sentencia de primera instancia condenó al conductor del vehículo y al titular del establecimiento educativo. Apelada la sentencia, la alzada confirmó la sentencia.

b. Identificación de aspectos relevantes en la sentencia

i. La concausa como eximente de la responsabilidad

La sentencia advirtió la existencia de una concausa. Jalil (2015) expone que la misma se entiende:

...una causa que interfiere o actúa independientemente de la condición puesta por el agente a quien se atribuye el daño. Se trata de una pluralidad de hechos causales.

Es clásico caracterizar como tipos de concausa: 1) Las concausas preexistentes, es decir aquellas que son anteriores al hecho del agente (un sujeto que sufre de osteoporosis es golpeado por otro y sufre una fractura grave que el golpe por sí mismo no debía producir); 2) las concausas concomitantes, es decir la presencia de dos causas que actúan al mismo tiempo (un sujeto que, como en el caso anterior, es golpeado por otro y al caer se dispara el arma que lleva en la cintura, hiriéndolo de gravedad), y 3) las concausas sobrevinientes, es decir, causas

nuevas, posteriores al hecho que desencadena el resultado (un sujeto que, lesionado, es intervenido quirúrgicamente y que por alergia desarrolla durante la operación un shock anafiláctico a un antibiótico y muere).

La sentencia indica que si bien el Sr. C. circulaba a excesiva velocidad y sólo frenó con la manda policial, no puede soslayarse que la menor descendió a la calle en mitad de la cuadra ante la mirada pasiva del personal del colegio. De ello, concluye la resolución judicial que la falta de cuidado del personal de la escuela incidió concausalmente en la producción del hecho dañoso, lo cual configuró un eximente parcial de responsabilidad civil del conductor del auto.

ii. ¿Qué se entiende por ámbito escolar?

La sentencia refleja una concepción amplia de qué entiende por ámbito escolar. Se extiende a todas las actividades organizadas y controladas por la autoridad educativa, también aquellas conexas con la enseñanza. Por este motivo, en diversas oportunidades se ha hecho responsable al colegio por daños sufridos por los estudiantes en salidas, campamentos, visitas a monumentos, etc.

Adicionalmente, la sentencia señala que, aunque el accidente tuvo lugar fuera de las instalaciones escolares y en el momento en que la menor se disponía a retirarse, la escuela mantenía la obligación de velar por su cuidado. Esta responsabilidad persistía al no haber llegado los familiares de la niña, obligando al establecimiento educativo a mantener una supervisión efectiva y a tomar medidas para evitar los cruces de calle en lugares no seguros (a mitad de cuadra). Agrega que cuando el hecho dañoso se produce en las inmediaciones o a la hora de salida, el deber de vigilancia del instituto se mantiene después de egresados los menores del local escolar, ya que suelen salir en grupo y tumultuosamente, siendo deber de la autoridad educativa impartir orden y cuidado, más aún como ocurrió en este caso donde no habían arribado al lugar los familiares de la menor. La sentencia sostiene que la vigilancia por parte del personal de la institución se debe extender al ámbito de egreso, debiendo propiciar una efectiva salida de los menores, sin que se ocurran accidentes.

Sentencias que excluyen de responsabilidad civil a los titulares de los establecimientos educativos

En este título se incluyen las sentencias en las cuales se configuró caso fortuito. De las cinco sentencias que rechazan la demanda se mencionan cuatro de ellas por las notas contenidas en las mismas.

Se advierte que el hecho de que se haya configurado el caso fortuito no dispensa a las escuelas de la obligación de cuidado, la cual se mantiene inexorablemente mientras los estudiantes se encuentren o debieran encontrarse bajo la órbita de cuidado del establecimiento.

- 1) Ponsa, Alfredo Edgardo y otros c. Instituto Santa Cruz Asoc. Padres Pasionistas y otros
 - a. Hechos

Una alumna, de trece años de edad, se encontraba en clase de gimnasia junto con otras compañeras, sentada en las gradas esperando su turno para jugar al hockey. Un caño

cayó del consorcio lindero, cayó al piso, desde una altura de veinte metros, rebotó y luego golpeó contra su cabeza.

Sus padres, en representación de su hija menor de edad, incoaron acción por daños y perjuicios contra el establecimiento educativo al cual asistía su hija, al consorcio de propietarios del edificio lindero al Colegio y al plomero a cargo de los trabajos, a raíz de los daños que sufrió su hija.

El establecimiento educativo y su Compañía Aseguradora, citada en garantía, alegaron como eximente la culpa de un tercero por el que no deben responder y el caso fortuito.

El Juzgador de Primera Instancia atribuyó responsabilidad al establecimiento educativo, y a su compañía aseguradora, por cuanto entendió que resultaba previsible que pudieran caer objetos de la terraza lindera, la que no contaba con protección, además, condenó al Consorcio de Propietarios y al plomero.

La Cámara revirtió en este aspecto la sentencia de grado y consideró acreditado el caso fortuito por el hecho de un tercero, eximió de responsabilidad al establecimiento educativo y de su compañía aseguradora y mantuvo la condena respecto del plomero y del Consorcio de Propietarios.

b. Identificación de aspectos relevantes en la sentencia

i. La culpa de un tercero como eximente de la responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos. Caso fortuito

El artículo 1117 no establece expresamente como causa de exoneración al hecho de un tercero. No obstante, éste constituirá un eximente si se configura un caso de fuerza mayor, siempre y cuando la conducta del tercero es abstractamente imprevisible y absolutamente inevitable; como ocurrió en este caso. La actitud negligente del tercero no pudo ser prevista ni evitada por el establecimiento educativo ya que la carencia de protección en el patio no se consideró una omisión por parte del colegio, dado que no hay norma que imponga tal requisito. Por ello, no se podía exigir al establecimiento educativo contar con protección como un modo de prevenir episodios como el que motivó el caso. De lo contrario, exigir tal grado de prevención y previsión de eventuales hechos dañosos ajenos y extraordinarios, como fue la manipulación defectuosa por un operario especializado de un caño de semejantes dimensiones, no se condice con los estándares para evaluar tanto el carácter extraordinario como la previsibilidad. Estos estándares deben basarse en una pauta razonable, considerando las circunstancias de personas, tiempo y lugar.

El acontecimiento debe ser extraordinario, lo cual se verifica cuando no hay razón para suponer que su ocurrencia y cuando excede el curso normal de los acontecimientos. La inevitabilidad se presenta cuando el deudor no pueda superar el obstáculo de un modo razonable. En el caso analizado, las eventuales prevenciones que el colegio podría haber tomado carecen justamente de ese carácter, ya que no es razonable eliminar los espacios al aire libre o exigir que los establecimientos educativos carezcan de edificios linderos, esto difiere significativamente de la eliminación, dentro del ámbito propio del colegio, de obstáculos u objetos susceptibles de causar daños.

2) R., P. B. c. Escuela Nro. 3 Juan Ángel Golfarini y otros

a. Hechos

La madre de un niño que asistía a una escuela pública porteña inició, en representación de aquél, acción de daños contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contra la directora del establecimiento educativo por los perjuicios sufridos por el menor derivados del maltrato del que habría sido víctima por parte de la Directora. Los hechos habrían consistido en llamarlo “loquito”, tomarlo de los brazos, sujetarlo entre dos personas, arrojarle agua en la cara.

La Defensora de Menores sostuvo que el niño había sido discriminado, al verse excluido de varias actividades y de una reducción horaria en su escolaridad.

El Juez de Primera Instancia rechazó la demanda. La Cámara confirmó el decisorio.

b. Identificación de aspectos relevantes en la sentencia

i. La discriminación

La sentencia analiza si las estrategias de contención planteadas por el establecimiento educativo constituyeron el trato discriminatorio invocado por su madre. Dentro de las acciones de la institución, se cuestionó particularmente la reducción del horario escolar.

La sentencia refiere que el disfrute de los derechos humanos debe ser entendido sobre la base de la igualdad, siendo el principio de no discriminación su consecuencia lógica. En este sentido, para que exista discriminación la diferencia debe ser arbitraria. La sentencia concluye que esta circunstancia no se observa en el trato dispensado por la escuela. Este se basó en las características personales específicas del niño, quien ya presentaba problemáticas antes de ingresar a la escuela, lo que lo colocaba en condiciones diferentes a las de sus compañeros. Esta situación llevó a la implementación de diversas alternativas con el objetivo de brindar contención y educación adaptada a las necesidades del estudiante.

ii. La culpa de la víctima como eximente

Varios autores sostienen que no sólo el caso fortuito resulta eximente de responsabilidad, sino que también lo son el hecho de la víctima o de un tercero por el cual los establecimientos educativos no deban responder (vgr. Kemelmajer de Carlucci, Reyna, Loizaga, Sambrizzi), mientras que otros afirman que tales conductas exoneran de responder siempre que reúnan los caracteres del caso fortuito (cfr. Zavala de González).

En esta última postura, si la culpa de la víctima tiene las características del caso fortuito, actuaría como eximente. En ese caso, la ruptura de la causalidad se produciría por el caso fortuito y no por la culpa de la víctima. Si el hecho de la víctima, cualquiera fuere su edad, reúne los requisitos del caso fortuito, actúa como eximente de responsabilidad. En tal sentido, el caso fortuito requiere para su configuración, la concurrencia de imprevisibilidad e inevitabilidad. Además, se requiere que el hecho sea ajeno al establecimiento, es decir, que sea extraño a la actividad educativa desarrollada en la escuela.

Esta condición se verifica en el caso en análisis, donde los padecimientos del alumno eran anteriores y ajenos a la escuela. Se ha demostrado que las patologías psicofísicas del niño eran preexistentes a su ingreso a la escuela y eran ajenas al riesgo propio de la actividad educativa. Además, se acreditó que las reacciones adoptadas intempestivamente por el niño eran imprevisibles y, por ende, inevitables.

3) Mendoza, Carina Andrea y otro c. Arzobispado de Buenos Aires y otros
a. Hechos

Los padres de una menor, por sí y en representación de ésta, promovieron demanda contra el Arzobispado de Buenos Aires, entidad propietaria del Instituto Inmaculada Concepción al que su hija asistía. El hecho que motivó el reclamo son las lesiones sufridas en una clase de gimnasia, mientras la menor se encontraba practicando *handball* en el establecimiento educativo, cayó sentada al suelo padeciendo de inmediato un fuerte dolor en su rodilla derecha.

La compañía de seguros contratada por el establecimiento educativo, citada en garantía, reconoció la ocurrencia del hecho y expresó que la causa del mismo encuadra como caso fortuito. El Arzobispado adhirió al escrito de contestación de demanda de la compañía aseguradora.

La Primera Instancia rechazó la demanda promovida por la actora, con fundamento en que la caída de la menor, que contaba con catorce (14) años al momento del hecho, no podía atribuirse al incumplimiento del deber tácito de seguridad asumido por la escuela, sino a la conducta de la propia alumna que resultó inevitable para la maestra de gimnasia y entendió que no se habían acreditado deficiencias en la guarda o asistencia que tengan relación causal con el daño padecido por la menor.

La Cámara confirmó la sentencia de Primera Instancia.

b. Identificación de aspectos relevantes en la sentencia

El art. 1117 del Cód. Civil -vigente al momento del hecho- prevé como único eximente de responsabilidad el caso fortuito y no contempla la liberación de responsabilidad por el hecho de la víctima o de un tercero. No obstante, si el hecho de la víctima o del tercero reúne los requisitos del caso fortuito, es decir, resulta imprevisible, inevitable, actual, sobreviniente, extraño e insuperable, entonces también podrían actuar como eximentes de responsabilidad. Esto se fundamenta en la fractura de la causalidad entre el hecho y el daño, eliminando así uno de los presupuestos indispensables para que exista responsabilidad civil.

En el caso no se invoca la intervención en el hecho de otro alumno o persona del establecimiento, sino que le endilga al establecimiento educativo el incumplimiento del deber de seguridad, que importa la realización de todos los actos tendientes a evitar daños a los menores bajo su guarda.

De toda la prueba rendida en el caso se entendió que no existe otra causa posible que no fuera el caso fortuito, pues se trató de un hecho súbito, repentino e imprevisible que impidió una intervención eficaz y tempestiva por parte de la demandada, no pudiéndose atribuir un incumplimiento al deber tácito de seguridad asumido. Tampoco se probó que hubieran deficiencias en la guarda o asistencia, ya que la existencia de más profesores en el lugar de los hechos tampoco hubiera evitado su ocurrencia.

Toda vez que se probó que en el hecho no participó ningún otro alumno o persona del establecimiento, ni se acreditó que el piso presentare vicios o desperfectos, debe considerarse que la caída de la menor, sin que nadie la provocare, constituye un caso fortuito por el hecho de la víctima.

La Sala entendió que la lesión de la menor tuvo su causa exclusivamente en una caída, que fue “producto de la fatalidad” y por ello, no correspondía hacer lugar al reclamo de los padres.

4) M. C., P. E. c. G., M. y otros

a. Hechos

Un menor de edad que cursaba el sexto año de la Escuela Técnica N° 17 (Reg. 5) "Brigadier General Cornelio Saavedra" fue golpeado por un compañero, en un día sábado en el cual ambos habían concurrido al establecimiento a una clase optativa de apoyo y durante un receso fuera del establecimiento. El menor sufrió la ruptura o estallido del bazo.

Se promovió demanda contra el entonces menor victimario, sus padres, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires como titular del establecimiento, su director, el docente a cargo del curso y una compañía aseguradora.

La sentencia de Primera Instancia admitió el reclamo sólo contra la madre del responsable y contra éste. Apelada la sentencia, la alzada la confirmó.

b. Identificación de aspectos relevantes en la sentencia

Los padres del (entonces) menor consideraron que existió un incumplimiento a la obligación de seguridad que la escuela había tomado a su cargo y que el incumplimiento estaría configurado al no haber preservado la integridad física de su hijo.

Un aspecto destacable de esta acción judicial es que los progenitores del alumno damnificado demandaron a los progenitores del alumno agresor. La sentencia de la Cámara no aborda la atribución de la responsabilidad del alumno y de su madre, por no haberse cuestionado en ese ámbito dicha atribución de la responsabilidad. Empero, es valorable como antecedente que se haya decidido demandarlos y que el Juez de Primera Instancia los haya condenado.

Con relación a la responsabilidad del titular del establecimiento educativo, la sentencia destacó que no corresponde aceptar que la obligación de seguridad asumida por la escuela llega al extremo de garantizar la restitución del alumno sano y salvo, sobre todo cuando el incidente ocurrió distante de la sede escolar (a unos ciento cincuenta metros), un día sábado cuando a pedido de los alumnos se dictó una clase de apoyo. Este pasaje de la sentencia resulta una mirada distinta respecto de las sentencias analizadas porque sugiere que el deber de cuidado no es absoluto.

Dicho razonamiento es muy atinado teniendo en cuenta la realidad de las escuelas. No obstante, genera un interrogante crucial: si el deber de cuidado no es absoluto ¿cuáles son sus límites? Al intentar abordar este interrogante, se observa que además del caso fortuito (dentro del mismo, se incluye a la culpa de la víctima, patologías preexistentes de la víctima) son límites del deber de cuidado: el ámbito temporal y espacial y la diligencia del equipo directivo (suficiente cantidad de docentes en actividades peligrosas como recreos o salidas). Se ampliará sobre este análisis en las conclusiones.

La sentencia destaca el esfuerzo de los docentes, quienes fuera del orden regular de la currícula y para colaborar con los alumnos que así lo piden, se avienen a impartir clases de apoyo —lo que a su vez implica contribución extra del establecimiento—.

La irresistibilidad necesaria para que se configure el caso fortuito requiere eventos de magnitud, tanto de causa natural como humana, debe ser ajeno al demandado, y fuera del marco de su posible acción. Las notas de actualidad e insuperabilidad, quedan manifiestas dado que el accidente no ocurrió en la escuela, ni los estudiantes —agresor y agredido—, estaban en el momento del hecho, bajo la supervisión del profesor o de autoridad alguna del establecimiento.

Una cuestión muy interesante que se introduce en este caso es pretender exigir a la escuela un cuidado más exhaustivo de aquel que brindan los propios progenitores. Al respecto, la sentencia refiere que pretender una permanente observación sobre cada uno de los alumnos que por no tratarse de jornada hábil eran libres de quedarse o alejarse, resulta una exigencia desmesurada, ya que ni los propios progenitores, tienen en todo momento del día ese extremado contralor, y que un accidente similar era posible en cualquier momento y lugar.

Extender la obligación de controlar a situaciones que no encuadran en el marco descripto y que por extraordinarias y excepcionales no pueden equipararse a los supuestos de jornadas normales, implicaría exigir del docente un celo de tal magnitud que sería imposible de sobrellevar.

Conclusiones

Síntesis de los hallazgos del análisis de sentencias judiciales de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Enfoque protectorio de los niños, niñas y adolescentes

La normativa vigente establece que es imprescindible tener presente al niño como norte de cualquier decisión que se realice sobre su vida. En consonancia, las sentencias coinciden en señalar que, debido a su corta edad los niños, niñas y adolescentes requieren un cuidado especial cuyo fundamento es la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, propia de su edad.

Resulta innegable que en la actualidad, la sociedad otorga una protección significativa a la infancia y la adolescencia. ¿Podemos afirmar que existe un enfoque protectorio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes? En este sentido, cabe preguntarse si, al igual que ocurre en el derecho laboral y en el derecho consumeril, en caso de duda sobre una situación que involucre a un niño, niña y adolescente ¿se estará a favor de este?

En el ámbito escolar, ¿podríamos equiparar este principio protectorio al deber de cuidado hacia los estudiantes?

Garantía de indemnidad o deber tácito de seguridad

Las sentencias, así como la doctrina legal, destacan la importancia de la "garantía de indemnidad" o del "deber tácito de seguridad" al hacer referencia a obligaciones fundamentales a cargo de los titulares de establecimientos educativos. Ahora bien, al referirse a las mismas se está haciendo referencia, nada más ni nada menos que al deber de cuidado que recae sobre dichos titulares.

Este deber de cuidado se traduce en la seguridad de los estudiantes y en el deber de garantizar su integridad física y psíquica. En otras palabras, la noción de "garantía de indemnidad" y el "deber tácito de seguridad" convergen en el imperativo de salvaguardar el bienestar integral de los educandos.

Por otra parte, la doctrina legal y las sentencias sobre el tema refieren que existe en cabeza de los titulares de los establecimientos educativos una obligación "tácita" de seguridad que está implícita en el contrato de enseñanza. La Real Academia Española define a tácito como "2. adj. Que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone e infiere".

La regulación actual del instituto del deber de seguridad, en el artículo 5 de la ley de defensa del Consumidor¹⁶⁶, establece que los servicios deben ser suministrados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los usuarios. Esta obligación de seguridad es una obligación de resultado. Cabe destacar que dicha normativa es directamente aplicable a la relación establecida entre el titular del establecimiento educativo y los progenitores de los alumnos.

Por su parte, el artículo 1767 del Código Civil y Comercial establece que los titulares de los establecimientos educativos responden por los daños que causen o sufran los alumnos mientras estén o debieran estar bajo la órbita de cuidado de los establecimientos educativos.

Si bien las sentencias no lo expresan, lo cierto es que el artículo 1710 del Código Civil y Comercial establece un deber genérico de prevención, el cual refuerza el deber de cuidado de los establecimientos educativos.

Por lo tanto, la obligación de proporcionar seguridad a los estudiantes se manifiesta de manera explícita, clara y contundente. Esta obligación ha dejado de ser tácita, ya que la responsabilidad de velar por el bienestar de los estudiantes por parte de los titulares de los establecimientos educativos resulta de forma expresa de la normativa consumeril y es respaldado por las pautas del artículo 1767 del Código Civil y Comercial.

Límites a la obligación de seguridad de los alumnos

La escuela está obligada a cuidar, de eso no hay dudas. No obstante, una de las sentencias refiere que el deber de cuidado tiene límites. En el caso, el incidente ocurrió lejos de la sede escolar y durante un día sábado cuando a pedido de los alumnos se dictó en la escuela una clase de apoyo.

El caso fortuito (dentro del mismo, se incluye a la culpa de la víctima, patologías preexistentes de la víctima) actúa como limitante del deber de cuidado.

También, operan como límites las circunstancias de tiempo y lugar (por ejemplo, alumno que durante el trayecto a la escuela sufre un daño antes del horario de ingreso). Otra limitante del deber de cuidado, considerando circunstancias de temporales y espaciales, es la responsabilidad de los progenitores de los alumnos agresores cuando el accionar de sus hijos actúa como evento generador del daño.

¹⁶⁶ Ley N° 24240.

Resulta poco habitual en las sentencias de responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos que se analice esta cuestión, aunque su importancia no debe subestimarse. A la escuela se le demanda un deber de cuidado muy amplio. Sin embargo, surge una pregunta: ¿qué se espera de los progenitores de los alumnos responsables de un daño? Mientras que la escuela es una empresa profesional en la educación, los progenitores son los primeros educadores y responsables de la crianza de sus hijos con todas sus complejidades. En consecuencia, no resulta equilibrado ni razonable que la escuela sea la principal responsable y que los progenitores no carguen con derivaciones jurídicas a partir de la conducta de sus hijos (Barattini, 2023).

Por tanto, ante estas situaciones los progenitores no deben ser entendidos como terceros ajenos. Por ello, sería pertinente comenzar a incluir en las demandas judiciales a los menores que causan el daño para que, a través de estos, sus progenitores respondan civilmente junto con la escuela. Esta práctica ser la regla y no la excepción.

El hecho de la víctima configurativo de caso fortuito

En las sentencias analizadas, en los casos en los que un alumno sufre un daño sin la intervención de un tercero ni el riesgo de las cosas, a los efectos de la atribución o exoneración de la responsabilidad civil, la edad del alumno podría ser un factor que se tiene en cuenta a esos fines. Si bien las sentencias analizadas no se expiden expresamente sobre el elemento etéreo, debe ser considerado como un posible elemento que pudo haber sopesado al momento de sentenciar.

El Código Civil y Comercial entiende que son “involuntarios” los actos lícitos llevados a cabo por los menores de trece años de edad¹⁶⁷ y por ende, entiende que son ejecutados sin discernimiento, intención, ni libertad.

Veremos como en “E. M. I. y otro c. A. C. I. M. A. y otro s/ daños y perjuicios” (Sala G) y en “Mendoza, Carina Andrea y otro c. Arzobispado de Buenos Aires y otros” (Sala K), en ambas causas judiciales, las alumnas sufrieron una caída que les causó lesiones, en las cuales no intervino un tercero, ni el riesgo de las cosas.

En la causa “E. M. I. y otro c. A. C. I. M. A. y otro s/ daños y perjuicios” (Sala G) la víctima tenía nueve años al momento del infortunio y el caso se trató de una caída durante una práctica de patín. Se entendió que aquellos que imparten enseñanza de personas menores de edad asumen a la par un indefectible compromiso legal respecto de su seguridad.

Mientras que en “Mendoza, Carina Andrea y otro c. Arzobispado de Buenos Aires y otros” (Sala K) la víctima tenía catorce años al momento del hecho, durante una clase de gimnasia, mientras se encontraba practicando *handball* en el establecimiento educativo, cayó sentada al suelo. Se entendió que se trató de un hecho súbito, repentino e imprevisible que impidió una intervención eficaz y tempestiva por parte de la escuela.

¹⁶⁷ Artículo 261 Código Civil y Comercial.

En el primer caso, se atribuyó responsabilidad civil a la escuela, mientras que en el segundo se excluyó de responsabilidad civil a la escuela, entendiéndose que se configuró caso fortuito por el hecho de la víctima.

En la primera, la alumna tenía nueve años y se condenó al establecimiento por incumplimiento del deber de seguridad. Mientras que en la segunda, la alumna de catorce años, se eximió de responsabilidad civil al titular del establecimiento educativo.

¿El establecimiento estaba en condiciones de evitar este infortunio? ¿Hasta dónde llega el deber de garantía de los establecimientos educativos? Tratando de encontrar una explicación sobre el por qué de ambos decisorios, las sentencias no brindan elementos que permitan determinar el porqué del diferente criterio. No obstante, podemos aventurarnos a un motivo: la edad de las alumnas involucradas. En el primer caso, el acto llevado a cabo por la niña de nueve años fue involuntario¹⁶⁸, mientras que en el segundo al tener catorce años se configuró un acto voluntario. Sin embargo, tal diferencia resultaba válida en el marco del código civil derogado en el que la eximente era la culpa de la víctima, y recuérdese que para que exista culpa de la víctima es necesario que haya voluntariedad. No obstante, en el Código Civil y Comercial la eximente pasó a configurarse por el solo hecho del damnificado¹⁶⁹ por lo que queda en claro que la eximente trabajó a nivel causal independientemente de la voluntariedad de la conducta.

De manera tal que lo que pudo ser un intento de explicación en el código derogado, en el régimen del código actual no es una explicación que justifique dicho tratamiento diferenciado. De todos modos, debe recordarse que para que el hecho del damnificado exima de responsabilidad debe configurar un caso fortuito, lo cual es de muy difícil configuración.

La segunda solución es la más razonable por cuanto se configuró en el caso una típica asunción de riesgos (artículo 1719¹⁷⁰ del Código Civil y Comercial). De otro modo, a fin de cuidar a los alumnos se propiciaría la no realización de estas actividades deportivas que son tan saludables para el desarrollo integral de los jóvenes.

Sobre la cuestión de la edad, en el marco del Código Civil derogado, se expidió tangencialmente la sentencia de la causa caratulada “T., R. I. y otro v. C., H. A.”¹⁷¹ respecto de la “culpa” de la víctima. Se indicó que era muy discutido en la doctrina legal si tal supuesto existe en el ámbito del instituto en análisis, aún tratándose de niños mayores de diez años. Esto se debe a que no está explícitamente incluido como eximente en la normativa, la cual se refiere únicamente al caso fortuito. Quienes admiten que pueda prosperar esa eximente de la responsabilidad civil, la culpa debe ser

¹⁶⁸ En los términos del artículo 261 del Código Civil y Comercial.

¹⁶⁹ El Código Civil derogado establecía la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad civil, mientras que el Código Civil y Comercial reemplazó el término culpa por hecho del tercero. Para que el hecho de la víctima (artículo 1729 CCyC) excluya totalmente de responsabilidad civil debe configurar caso fortuito. Si el hecho de la víctima no encuadra como caso fortuito o fuerza mayor, entonces concurrirá con el sindicado como responsable del hecho dañoso (Herrera, Caramelo, Picasso y Saénz, 2015).

¹⁷⁰ “La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.”

¹⁷¹ Del año 2005.

apreciada con "suma cautela", teniendo en cuenta la edad, el carácter irreflexivo e impulsivo propio de la misma y la circunstancia de que el infante o adolescente no se encuentra en el pleno ejercicio de sus facultades como para prever en su totalidad las consecuencias de su accionar.

En relación con los daños sufridos por los alumnos, era válido considerar que la culpa de la víctima podrá ser reconocida como una eximente, siempre y cuando configure un caso fortuito. Por tanto, la edad del alumno podría desempeñar un papel significativo al evaluar la atribución o no de responsabilidad civil. En estos casos, se debe considerar en la evaluación de la responsabilidad la complejidad inherente a la interacción entre la edad del estudiante y las circunstancias particulares del suceso ocurrido.

Actualmente, la eximente se analiza exclusivamente a nivel de la relación de causalidad, se ha dejado de tener en cuenta la culpa de la víctima.

Alcance del concepto de establecimientos educativos

Una de las sentencias analizadas¹⁷² brinda una acabada fundamentación sobre la extensión que corresponde a la expresión "establecimientos educativos" y el alcance de la norma.

Se indica que alcanza a todas las organizaciones establecidas para impartir enseñanza sin que sea procedente limitar su alcance a aquellas que estén encuadradas dentro de la ley de educación, es decir, todo establecimiento en el que se cumpla la función educativa (Llambías, 2005).

Para fundamentar lo expuesto, se indica que:

- a. el artículo 1117 del Código Civil (al igual que el artículo 1767 del Código Civil y Comercial) refiere que no aplican a los establecimientos de nivel terciario¹⁷³ o universitario. Como la norma no hace distinciones, aplica a todos los restantes establecimientos educativos sin limitación alguna.
- b. Si media algún objetivo educacional por parte de la prestadora del servicio se podrá entender que está incluida dentro del ámbito de aplicación del artículo 1767 CCyC. Se entiende que los progenitores confían el cuidado de su hijo a una organización que tiene un fin educativo. En el caso, se trató de "Scouts de Argentina Asociación Civil" institución que a la par se hizo cargo del cuidado del menor, obligándose a contribuir en el desarrollo pleno las posibilidades físicas, intelectuales, sociales y espirituales.
- c. Si bien podría no aceptarse que se está frente a un contrato de enseñanza no podría negarse que exista un contrato innominado, en función del cual la organización al hacerse cargo del cuidado del menor asumió no sólo la obligación de cumplir su misión de contribuir al desarrollo pleno del mismo y a una adecuada vigilancia para la preservación de su integridad física, velando por su seguridad con la máxima prudencia.

La jurisprudencia adopta una mirada amplia en los casos en los que se debate esta cuestión, entendiendo incluido en el concepto de establecimiento educativo al prestador

¹⁷² "Rodríguez Guzman Leonardo Ezequiel c/ Scout de Argentina Asociación Civil s/Daños y perjuicios".

¹⁷³ El artículo 1767 refiere "educación superior"

de servicios cuyo objeto sea educativo, sin importar si hay o no una retribución económica.

Consideraciones sobre la importancia de las sentencias en la definición y aplicación del deber de cuidado en las escuelas

Las sentencias, en forma expresa o tácita, advierten que las escuelas al brindar el servicio de enseñanza a niños, niñas y adolescentes, asumen a la par un indefectible compromiso legal respecto de su seguridad. El mensaje es: las escuelas no solo enseñan sino también muy especialmente cuidan.

Esa obligación de seguridad, de una manera u otra, emerge en todas las sentencias analizadas. Generalmente se indica que de modo accesorio a la obligación principal de brindar enseñanza existe una obligación (que es de resultado) de asegurar la indemnidad psicofísica del niño, niña o adolescente que queda a su cargo. Actualmente, esta obligación de seguridad ha dejado de ser accesorio para transformarse en principal y, por el momento, está en el mismo escalón que la obligación de prestar el servicio de enseñanza. Ello, como se ha indicado anteriormente, surge del artículo 1767 del Código Civil y Comercial que impone el deber de cuidado a los titulares de los establecimientos educativos. Además, está previsto en el artículo 5 de la ley de defensa del consumidor que consagra la obligación de seguridad de los proveedores de servicios.

De las sentencias se observa que a los titulares de los establecimientos educativos se les exige un cuidado desmesurado de sus alumnos y en caso que estos sufran daños aún mediando las mejores diligencias de las autoridades escolares se los condena civilmente.

Uno de los casos analizados¹⁷⁴ incorpora una mirada de análisis muy interesante. Indica que la existencia de más profesores en el lugar de los hechos tampoco hubiera evitado la ocurrencia del daño y, sumado a otros elementos, concluye que se configuró el caso fortuito. Las decisiones judiciales a los efectos determinar la atribución de responsabilidad civil a las escuelas podrían recurrir a una regla al momento de analizar la relación de causalidad, algo así como la supresión mental hipotética. En un caso concreto, si hipotéticamente se incrementara la cantidad de docentes ¿se hubiera evitado el daño? Si la respuesta es afirmativa, sumado a los restantes tres presupuestos de la responsabilidad civil, se debería condenar al titular del establecimiento. Mientras que si la respuesta es negativa, se debe considerar el quiebre del nexo de causalidad que es ineludible para configurar la obligación de resarcir.

Por otra parte, se debe analizar que los daños que causan o sufren los alumnos en los ámbitos escolares pueden ser el resultado del modelo de crianza que reciben de sus progenitores. Si los progenitores no imparten autoridad, orden, respeto y buenos modales a sus hijos y luego los encargan al cuidado de la escuela, en caso que ellos sufran daños ¿ninguna consideración se tendrá al respecto? Las defensas de las escuelas no plantean este factor que, en algunos casos, podría ser determinante: la crianza del estudiante que causa o sufre el daño. Hay progenitores que crían hijos díscolos y en caso de daño sufrido o causado por estos, la escuela responde civilmente por las consecuencias. ¿No se debería comenzar a poner énfasis en la responsabilidad que les cabe a esos progenitores?

¹⁷⁴ Mendoza, Carina Andrea y otro c. Arzobispado de Buenos Aires y otros

Si bien el artículo 1755 del Código Civil y Comercial indica que la responsabilidad de los padres “cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente”, esta solución del Código Civil y Comercial no colabora con la tarea que la sociedad encarga a las escuelas, de formar académica y socialmente a los niños y adolescentes.

En la educación de los menores de edad resulta fundamental que éstos aprendan que su conducta personal puede trascender al ámbito de la familia. Hoy la sociedad demanda más responsabilidad de los progenitores y no menos (Parellada, 2017). En los casos de los daños que sufren los alumnos como resultado de sus propias acciones, la característica de una crianza con poco respeto a la autoridad ¿no debería ser tomada en cuenta y operar como concausa de base en la atribución de la responsabilidad civil?

Con relación al eximente de la responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos, el caso fortuito. Tomando el universo de las cuarenta y una sentencias, se observa que su configuración es excepcional y prácticamente imposible de configurar. En aquellos casos en los que se ha alegado su existencia, los resultados judiciales han sido divergentes; incluso, en situaciones similares, se ha dado lugar tanto a fallos exoneratorios como condenatorios. Esta variabilidad en la interpretación legal del caso fortuito destaca la complejidad de su aplicación y la dificultad inherente de establecer de manera uniforme sus condiciones en el ámbito de la responsabilidad civil de los titulares de establecimientos educativos.

CAPÍTULO CINCO: CONCLUSIONES

El cuidado de los niños, niñas y adolescentes

El cuidado, desde una mirada sociológica, ha sido definido por Faur (2017) como un elemento nuclear del bienestar de las personas. Este concepto abarca una amplia gama de relaciones en el que participan diversos actores como la familia, la comunidad, entidades públicas y entidades privadas (CEPAL, s.f.). Tradicionalmente, la literatura académica sobre el cuidado de los niños, niñas y adolescentes se ha reducido principalmente a cuestiones de nivel inicial como un sustituto de la maternidad. Sin embargo, actualmente el cuidado se ha erigido como una cuestión a abordar incluso hasta la universidad.

La regulación del cuidado de los niños, niñas y adolescentes del Código Civil y Comercial, es una consecuencia de la Convención de los Derechos del Niño que generó la necesidad de adecuar la legislación sobre esta cuestión. Respondiendo a esa necesidad en el año 2015, el Código Civil y Comercial reguló el cuidado de los menores de edad. Este plexo normativo establece que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se ejercitan bajo un sistema de protección llamado “de representación” que se desarrolla a través de dos instituciones: la responsabilidad parental (para personas por nacer y niños/as o adolescentes), la tutela (para personas menores de edad que no estén bajo el régimen de la responsabilidad parental o carezcan de adulto responsable).

Además, en la provisión del cuidado existen cuatro pilares centrales: Estado, familia, mercado y organizaciones comunitarias, los que se articulan y en algunos casos se compensan entre sí (Faur, 2017). Entre estos pilares, las escuelas juegan un papel crucial, no solo en la instrucción académica, sino también en el bienestar general de los alumnos. Aunque este rol de la escuela como cuidadora, no suele ser enfatizado en la literatura, esta es una de las mayores proveedoras de cuidado de menores de edad de las sociedades modernas. En la ley de Educación Nacional¹⁷⁵ (2006), se establece que el Estado garantiza el derecho a enseñar y aprender, siendo responsables de las acciones educativas el Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como los municipios, confesiones religiosas reconocidas oficialmente, organizaciones de la sociedad y la familia como agente natural y primario.

El concepto de cuidado está estrechamente vinculado a los establecimientos educativos. Inicialmente, la función primordial de las escuelas era la educación; por ejemplo, en los primeros tiempos del Estado Argentino, la tarea crucial era instruir a la sociedad. Sin embargo, la realidad actual de nuestras sociedades requiere que los niños, niñas y adolescentes reciban cuidado, tan fundamental como la educación, si no más. Hoy las escuelas muy especialmente cuidan.

En la actualidad, las escuelas juegan un papel destacado en la prestación de cuidado. Este enfoque va más allá de la instrucción académica y se centra en satisfacer las necesidades y el bienestar integral de los estudiantes. Podemos afirmar que las escuelas, por la naturaleza de sus actividades, son parte integral del sector del cuidado de menores de edad, velando por el bienestar físico, emocional y social de los niños, niñas y adolescentes, y contribuyendo así a su desarrollo saludable.

¹⁷⁵ Artículo 6.

Responsabilidad civil ultra objetiva de los titulares de los establecimientos educativos

El análisis de la responsabilidad civil de los establecimientos educativos desde sus inicios en el Código Civil de Vélez Sarsfield hasta su última modificación en el Código Civil y Comercial de la Nación revela una evolución significativa en el enfoque legal hacia este tema.

El Código Civil, en su versión original que entró en vigencia en el año 1871, establecía un artículo específico que regulaba la responsabilidad civil que se generaba a consecuencia de los daños que sufrieran los alumnos. Establecía una responsabilidad subjetiva para directores y maestros, basada en la presunción de culpa y el deber de vigilancia sobre los alumnos.

En el año 1997, se produjo un cambio radical al adoptar la responsabilidad objetiva para los propietarios de los establecimientos respecto de los daños que causen o sufran los estudiantes. La única posibilidad de exoneración será la prueba del caso fortuito. Además, se impone a los propietarios la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil. Este nuevo sistema es entendido como una responsabilidad civil agravada por el hecho de que los propietarios sólo pueden eximirse de responsabilidad si se acredita la configuración del caso fortuito, es decir, tienen un único eximente, a diferencia de lo que ocurre con otras actividades.

A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en 2015, el artículo 1767 mantuvo en esencia el sistema de responsabilidad objetiva agravada, generando diversas opiniones entre expertos. Autores como López Mesa (2015) exponen que el sistema de responsabilidad civil se ha endurecido en exceso ya que el titular del establecimiento educativo puede ser responsabilizado de daños de causa ajena, como ser la propia torpeza de la víctima. Otros, como Tale (2013) indican que la exclusión de las eximentes normales del hecho del tercero y de la culpa de la víctima resulta injusta, inconstitucional e incoherente con todo el régimen de la responsabilidad civil. Navarro Floria (2017) considera que el artículo 1767 invita a redoblar la “prevención” de los daños como una de las únicas salidas para los titulares de los establecimientos educativos.

La actual situación plantea un desafío importante en cuanto a la autoridad escolar y la relación con los progenitores y con los estudiantes. En un contexto donde la autoridad se ve cuestionada tanto por estudiantes como por progenitores, las escuelas se encuentran en una posición difícil para impartir disciplina y cuidado. La ausencia de herramientas efectivas de disciplina puede socavar la capacidad de las escuelas para cumplir con su deber de cuidado, mientras que los nuevos modelos de crianza que implican la falta de apoyo de los progenitores puede exacerbar esta situación.

Es necesario considerar medidas que fortalezcan la autoridad escolar y promuevan una colaboración efectiva entre familias y escuelas. Esto podría incluir la revisión del sistema de responsabilidad civil ultra objetiva, una mayor formación para los docentes en el rol de cuidado, y una modificación normativa que contemple otros eximentes de la responsabilidad civil. Además, la legislación podría adoptar enfoques similares a los

implementados en otros países, donde se reconoce y fortalece la autoridad del profesor en el ejercicio de sus funciones. Un ejemplo de ello es la legislación de Castilla y León, (Ley 3/2014, de 16 de abril), que reconoce la autoridad del profesor y el respeto que se le debe dar en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, el profesor al ejercer sus funciones de gobierno, docencia, educativas y disciplinarias, tiene la condición de autoridad pública y goza de la protección que le otorga el ordenamiento jurídico. En el ejercicio de las acciones de corrección y disciplinarias, los hechos constatados por el profesorado se presumen verídicos.

En otro orden de ideas, una cuestión central en el análisis de esta cuestión es a qué establecimientos educativos se les aplica el artículo 1767 del Código Civil y Comercial. La norma no es precisa, lo que ha dado lugar a diversas interpretaciones. La jurisprudencia ha tenido una mirada amplia sobre esta cuestión indicando que en la medida que la finalidad del servicio sea educativa le será de aplicación la norma. En consecuencia, estarían incluidas las colonias de vacaciones, grupos de scouts, entre otros. Estos servicios, con frecuencia, son prestados con alto margen de informalidad, lo que sumado a la falta de precisiones respecto de la aplicación de la norma, genera que no cuenten con la cobertura asegurativa requerida exponiendo a las víctimas a sentencias que no son satisfechas económicamente. El artículo comentado tampoco aclara respecto del régimen aplicables de las escuelas de gestión pública, lo que dió lugar a opiniones encontradas en la doctrina.

Por último, otra cuestión que plantea rispideces en el ámbito educativo son las pólizas de responsabilidad civil. La norma en análisis establece que la autoridad aseguradora fijará los requisitos que deben observar estas pólizas, pero la autoridad aseguradora no se ha expedido al respecto. La cobertura debe asegurar los daños que causen y los que sufran los alumnos. Las pólizas que se ofrecen en el mercado son adaptaciones de pólizas de otras actividades, por ello en muchas ocasiones no cubren riesgos usuales de la actividad educativa, exponiendo a los titulares de los establecimientos al riesgo latente de tener que resarcir los daños sufridos que no cuenten con cobertura asegurativa.

Responsabilidad de los progenitores y de los hijos

El régimen legal vigente respecto de los daños que sufran o causen los alumnos para los titulares de los establecimientos es de responsabilidad ultra objetiva, esta definición es el resultado de la política legislativa nacional que impone a la escuela una responsabilidad desmesurada de cuidado. Ahora bien, ¿qué ocurre con la responsabilidad civil de los progenitores respecto de los hechos de sus hijos? El Código Civil y Comercial, a diferencia de aquello que ocurría durante la vigencia del Código Civil ha restringido la responsabilidad directa de los progenitores de los alumnos. El artículo 1755 del Código Civil y Comercial indica que la responsabilidad de los padres cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. Si el menor se encuentra en el establecimiento con motivo de una concurrencia normal a clases esa circunstancia liberará de responsabilidad a los progenitores.

Se aclara que dicha liberación de la responsabilidad de los progenitores no obsta a que el menor responda directamente por los actos ilícitos que cometa, rigiéndose su

responsabilidad por las reglas de la equidad (si tiene menos de diez años) y por las reglas de la responsabilidad por el hecho propio si es mayor de esa edad.

Es poco habitual que se demande a los menores de edad por los ilícitos cometidos por estos en el ámbito escolar, aún cuando su responsabilidad surja con prístina claridad del hecho dañoso. La práctica habitual es que los titulares de los establecimientos educativos resulten los únicos demandados a resarcir por los actos ilícitos cometidos por los alumnos mientras se encuentran bajo la órbita de cuidado de la escuela.

Los niños, niñas y adolescentes

La forma en la que se mira y se vive la infancia y la adolescencia tiene una implicancia directa con la atribución de la responsabilidad civil de los establecimientos educativos.

Hoy los niños y adolescentes crecen percibiéndose como iguales a los adultos, el vínculo entre ambos está signado por la desjerarquización y la simetría en las relaciones intergeneracionales. Los alumnos están cada año más exaltados, se animan cada vez más a mayores osadías. Esto no resulta una sorpresa para nadie. Basta dialogar con un pre adolescente para percibir esta forma de concebirse y de relacionarse con otros. Asimismo, en los hogares se percibe por parte de los adultos un alto nivel de conformismo y resignación.

Ante esta realidad aparece el límite de la autoridad de la escuela, concepción poco transitada por estos noveles, quienes suelen percibir la aplicación de una sanción disciplinaria como un acto de hostigamiento. Si bien es comprensible que el alumno pueda tener esa percepción, la intervención de los progenitores para solicitar la revisión de una sanción bajo ese argumento debilita la imagen de autoridad de la escuela ante el estudiante, socava el vínculo entre la familia y la escuela, y desvirtúa la función propia del establecimiento educativo.

López Mesa (2015) enseña que la escuela y los titulares del servicio educativo no son variables de ajuste de una sociedad que ha terminado por plasmar un descontrol de los niños, niñas y adolescentes, al diluirse todo control parental sobre estos mismos y al concederles una excesiva autonomía personal, la que no resulta compatible en muchas ocasiones con su propia seguridad.

Existe una paradoja entre las expectativas de la sociedad hacia la escuela: se espera que los estudiantes adquieran diversas competencias para la vida, pero cada vez se les exige más a los establecimientos educativos en términos de deber de cuidado.

Si consideramos que el ejercicio de la autoridad por parte de la escuela hacia sus alumnos menores de edad no es apropiado para su formación, entonces se debería revisar el régimen de atribución de responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos educativos. Si se asume la responsabilidad, también debe ser posible ejercer la autoridad. De lo contrario, se generarán situaciones de tensión que no benefician a ninguna de las partes involucradas.

El rol de los progenitores, la alianza familia escuela

La alianza familia escuela ha sido uno de los sostenes de la institución escolar. Hoy esa alianza está en crisis y en caso de conflicto entre ambas partes nadie sabe cómo resolverá. Hay determinadas causas que justificarían esa crisis.

El actual enfoque centrado en el deber de cuidado de los estudiantes, donde es más importante cuidar que educar, explica la inversión de alianza familia y escuela. Donde en lugar de propender la autoridad de la escuela, se prepondera a la familia.

El enfoque preponderante del cuidado de los menores, se puede explicar a través de las relaciones de equivalencia entre los jóvenes y los adultos. Los menores de edad se perciben como pares del adulto. Esta circunstancia explica que haya diluido la autoridad escolar generando que los maestros deben todos los días legitimarse en su rol de autoridad. Esto no implica que la autoridad docente se haya perdido, sino que se ha transformado. Resulta imperioso restaurar la legítima autoridad del maestro, y con ella, los maestros deben recuperar la autoridad y libertad para llevar a cabo su tarea de enseñar y de cuidar.

Otra cuestión que operaría como causal de la crisis de la alianza sería que los maestros son formados para educar mientras que no son formados en el desarrollo de habilidades para transitar el conflicto. Hoy el conflicto, lamentablemente, forma parte de las vivencias cotidianas de las escuelas, conflicto entre estudiantes, de los estudiantes, etc. La formación docente debería contemplar la nueva realidad escolar y formados para aceptar el conflicto, transitarlo y aportar soluciones en cada situación que se genere.

Si bien la escuela es esencial en las sociedades actuales para ejercer un control importante sobre los niños y adolescentes, la alianza entre la familia y la escuela es fundamental. Sin embargo, esto no implica volver a las antiguas formas de colaboración pero tampoco es fructífero cuestionar constantemente a la escuela. En cambio, ambas instituciones deben encontrar nuevos consensos y trabajar juntas para lograr la paz y un compromiso mutuo en la formación integral de los niños y adolescentes, evitando una delegación absoluta de responsabilidades y culpas en la escuela. Familia y escuela deben refundar la alianza.

Las sentencias analizadas y el deber de cuidado en las escuelas

El análisis jurisprudencial resalta un cambio en el rol de la escuela, que tradicionalmente se centraba en la enseñanza pero que ahora también incluye un enfoque en el cuidado. Las sentencias judiciales indican que las escuelas tienen la responsabilidad legal de garantizar la seguridad de los estudiantes, quienes deben salir ilesos de la institución educativa. Esto refleja que las escuelas no solo educan, sino que también tienen un papel crucial en el cuidado de los alumnos.

Las sentencias muestran que se espera un cuidado excepcional por parte de los titulares de los establecimientos educativos hacia sus alumnos. Incluso si se han tomado todas las precauciones necesarias, las escuelas pueden ser responsabilizadas civilmente si los estudiantes sufren algún daño.

Tomando el universo de las cuarenta y una sentencias, se advierte que la configuración del caso fortuito es extremadamente excepcional y prácticamente imposible de

demostrar. Incluso en los casos en que se ha considerado como tal, en situaciones similares, el fallo judicial ha sido condenatorio. Como conclusión, el dispositivo escolar transita un período en el que debe cuidar desmesuradamente a sus estudiantes, lo cual resulta en muchas ocasiones muy difícil de cumplir incluso adoptando las mejores diligencias.

Se analizará a continuación las cuestiones particulares que se destacan de las sentencias analizadas.

Las sentencias, al igual que la doctrina legal, destacan la garantía de indemnidad o el deber tácito de seguridad como una obligación clave en cabeza de los titulares de los establecimientos educativos. Si el artículo 1767 del Código Civil y Comercial les impone un deber de cuidado in extremo, esa obligación de seguridad lejos de ser tácita es expresa, clara, contundente.

Se hace hincapié en el enfoque protectorio de los niños, niñas y adolescentes, sosteniéndose que este grupo etario por su corta edad demanda un cuidado especial que se basa en la situación de vulnerabilidad que es propia de su edad. Hoy en caso de duda sobre una situación que involucre a un niño, niña y adolescente seguramente se estará a favor de este.

La obligación de cuidado por parte de la escuela es clara y no está sujeta a debate. Sin embargo, una de las sentencias indica que este deber tiene sus límites. Estos límites incluyen el caso fortuito (que abarca el hecho o patologías preexistentes de la víctima), así como las circunstancias de tiempo y lugar (por ejemplo, si un alumno sufre un daño en el camino a la escuela antes del horario de ingreso). Además, se considera una limitante del deber de cuidado la responsabilidad de los progenitores de los alumnos agresores cuando el comportamiento de sus hijos es el causante del daño. Es importante que los menores comprendan que su conducta puede tener repercusiones en el ámbito familiar, promoviendo así una mayor responsabilidad por parte de los progenitores.

Otro aspecto relevante en el análisis de las sentencias judiciales es la definición de "establecimientos educativos". Se ha establecido que este término engloba a todas las organizaciones dedicadas a impartir enseñanza, sin limitarse a aquellas regidas por la Ley Federal de Educación. Esto incluye, por ejemplo, a grupos como los scouts. La jurisprudencia adopta una visión amplia e incorpora en este concepto a cualquier proveedor de servicios con fines educativos, independientemente de si existe o no una compensación económica, como sería el caso de las clases de catequesis en una parroquia.

A modo de cierre

En sus inicios, la función primordial del dispositivo escolar era la enseñanza, siendo el cuidado de los alumnos una derivación necesaria para mantenerlos en el entorno educativo. Con el tiempo, esta perspectiva ha evolucionado, consolidándose el cuidado integral de los estudiantes como un aspecto tan crucial como la educación.

Hoy en día, el dispositivo escolar se sustenta en dos pilares: la enseñanza y el cuidado. Esta nueva función implica un cambio de paradigma, donde el mero acto de educar ya no es suficiente, sino que el cuidado se ha vuelto igualmente esencial.

Esta transformación está vinculada a una nueva percepción de la infancia y a la inversión de la tradicional alianza entre la familia y la escuela. Seguidamente se abordarán ambas perspectivas.

La creciente importancia del cuidado en el ámbito escolar puede explicarse por la demanda de las sociedades modernas de un control biopolítico de los cuerpos de los menores, que se materializa en las escuelas. En un contexto donde ambos progenitores suelen trabajar largas jornadas fuera del hogar, la escuela se ve requerida, más que nunca, a garantizar el cuidado de los hijos en cualquier circunstancia.

El cambio en la percepción y el rol de los niños, niñas y adolescentes en la sociedad actual, donde se les otorga un protagonismo cada vez mayor y se equiparan en muchos aspectos a los adultos puede explicar la creciente conflictividad en el ámbito escolar. Sin embargo, surge la pregunta: ¿Está preparada la formación docente para abordar esta nueva realidad?

Tradicionalmente, los maestros han sido formados para enseñar, no para asumir roles de cuidado. Esto puede resultar en dificultades para manejar situaciones que requieren contención de las conductas de los estudiantes, que cada vez son más desafiantes y arriesgadas. Los docentes no suelen recibir una formación adecuada para manejar conflictos, lo que contribuye al aumento de la conflictividad en la práctica escolar, tanto entre docentes y estudiantes como entre docentes y familias.

Además, ante situaciones conflictivas, los progenitores suelen posicionarse en base a aquello que les manifiestan sus hijos, lo que dificulta que los docentes sostengan su autoridad de manera efectiva. Esta falta de apoyo puede exacerbar aún más las tensiones en el entorno escolar.

Es fundamental que se modifique esta realidad, ya que los docentes, quienes enfrentan una tarea cada vez más demandante, necesitan un adecuado acompañamiento y respaldo para desempeñar su labor de manera efectiva. Esto implica brindarles la posibilidad de ejercer su rol con una adecuada dosis de libertad y autonomía, lo que resulta crucial para el cumplimiento exitoso de sus responsabilidades.

Esta realidad genera que incluso para el docente más avezado le resulte sumamente complejo impartir autoridad. Esta realidad debe modificarse porque la docencia, vocación que hoy no abunda, demanda acompañamiento y sostenimiento de su labor. Los docentes deben tener la posibilidad de ejercer su rol en un marco de razonable libertad, de lo contrario es muy difícil que cumplan asertivamente su labor.

El ejercicio de la autoridad en el ámbito escolar es fundamental para el cuidado de los estudiantes. Sin embargo, en la sociedad actual, el ejercicio de la autoridad tiene connotaciones negativas cada vez más frecuentes. Los niños y adolescentes no están acostumbrados a estar sujetos a la autoridad, y la escuela es uno de los pocos lugares donde se intenta ejercerla. Sin embargo, esta tarea es cada vez más desafiante, ya que los alumnos se resisten y sus progenitores cuestionan este ejercicio. En muchos casos, en situaciones de conflicto, se da prioridad a la perspectiva de los estudiantes en lugar de la de la escuela.

Para que la escuela pueda asumir su responsabilidad, es necesario que tenga la autoridad necesaria sobre los estudiantes. Esto implica establecer normas de convivencia en línea

con el ideario de la institución. Al elegir una escuela, las familias también están optando por un proyecto educativo, y si este no cumple con sus expectativas, deberían considerar cambiar de institución.

Si la escuela no puede ejercer la autoridad necesaria sobre los estudiantes, se debe revisar el concepto de responsabilidad ultra objetiva. Actualmente, esta responsabilidad sólo admite como eximente el caso fortuito, el cual rara vez se configura. Se deberían considerar otros eximentes de la responsabilidad civil, como la culpa de la víctima o el hecho del tercero.

Además, se ha demostrado la hipótesis de la inversión de la alianza entre familia y escuela, basada en una nueva valoración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Originalmente, la alianza familia-escuela era fundamental para el funcionamiento del sistema educativo, con la escuela siendo la autoridad principal. Sin embargo, esta dinámica ha cambiado, con las escuelas adaptándose cada vez más a las demandas de las familias en lugar de que éstas acepten la autoridad escolar.

Esta inversión de la alianza ha generado diversas consecuencias, como cuestionamientos por parte de las familias hacia las acciones de la escuela y una creciente tensión entre ambas partes, lo que no beneficia a nadie, especialmente a los estudiantes. A pesar de esto, la escuela sigue siendo fundamental para la formación y cuidado de los niños, niñas y adolescentes, y ambas partes necesitan colaborar mutuamente.

Es imperativo establecer un nuevo acuerdo genuino entre familia y escuela, basado en la confianza recíproca y el trabajo conjunto en beneficio de los niños, niñas y adolescentes.

La actualidad refleja un cambio significativo en las relaciones intergeneracionales, con una prevalencia de vínculos de equivalencia, negociación y ausencia de jerarquías. Esto ha llevado a la inversión en la alianza familia-escuela, donde la perspectiva de los hijos puede imponerse sobre la de sus padres. Esta realidad exige reflexionar sobre la restauración de la autoridad y el respeto, al menos en el ámbito escolar, ya que la responsabilidad está ligada a la autoridad.

El análisis de las sentencias revela una exigencia desmesurada de cuidado hacia los alumnos por parte de los titulares de los establecimientos educativos, donde los casos de eximición de responsabilidad civil son excepcionales. Si la responsabilidad ultra objetiva se mantiene, es imperativo que exista autoridad. Sin embargo, la tendencia actual muestra resistencia a la imposición de autoridad, lo que plantea la necesidad de reflexionar sobre la modificación de los artículos 1767 y 1755 del Código Civil y Comercial.

En este contexto, surge la pregunta: ¿cuáles son las posibles soluciones? La familia desempeña un papel fundamental como primera formadora de los niños y adolescentes. Es crucial que las familias elijan el proyecto educativo que refleje sus valores y que confíen en las decisiones adoptadas por la escuela en este sentido.

A menudo, el concepto de autoridad en la escuela se percibe de manera negativa. Sin embargo, el ejercicio coherente de la autoridad es esencial para moldear las conductas de los estudiantes. Las familias deben respaldar este ejercicio de autoridad en lugar de

cuestionarlo. Además, la atribución de responsabilidad ultra objetiva a los titulares de los establecimientos educativos está vinculada directamente con la posibilidad de ejercer autoridad.

Es necesario revisar el régimen de responsabilidad civil de las escuelas, especialmente el artículo 1767 del Código Civil y Comercial, ampliando los eximentes admitidos, como el hecho de la víctima y la culpa de un tercero.

Las escuelas deben contar con instrumentos adecuados para regular la convivencia escolar de manera coherente con su Proyecto Institucional. La toma de decisiones sobre la aplicación de sanciones debe ser una prerrogativa institucional, no una imposición normativa.

La escuela necesita de espacios de libertad y confianza para cumplir los objetivos que la sociedad en general y los progenitores en particular, le demandan. Esto requiere un nuevo pacto genuino entre la escuela y la familia, basado en la aceptación mutua y el compromiso de trabajo conjunto. La colaboración y la confianza son fundamentales para el éxito de la educación de los niños, niñas y adolescentes, quienes son los destinatarios finales de los esfuerzos tanto de los progenitores como de la comunidad escolar.

CAPÍTULO SEIS: BIBLIOGRAFÍA

Adams, S. (2017). El Derecho Común: notas sobre una realidad histórico-jurídica. GLOSSAE. *European Journal of Legal History*, 11-26.

Aguilera Rojas, L. y Jofré Ríos, L. (2018). Hacia la determinación de un concepto de derecho a la educación y su efectiva tutela mediante el recurso de protección. Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/151237>

Alcalay, L., Milicic, N., y Torretti, A. (2005). Alianza Efectiva Familia-Escuela: Un Programa Audiovisual Para Padres. *Psyche* (Santiago), 14(2), 149-161.

Alterini, A. A. (1963). El incumplimiento considerado en sí mismo. *Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales*.

Alterini, J. M. (2016). Las funciones de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Estudios de Derecho Privado—Su Visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*.

Amar Amar, J. J. (2015). Desarrollo infantil y prácticas de cuidado. Universidad del Norte.

Anderson, V., Rabello, R., Wass, R., Golding, C., Rangi, A., Eteuati, E., Bristowe, Z., Waller, A. (2019). Good teaching as care in higher education. *Higher Education*.

Andrada, A. D. (2001). Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos y de los docentes. *La Ley 1998-E, 1242 Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV*, 151. Cita: TR LALEY AR/DOC/15510/2001

Aramburu Córdoba, R. D. V. (2020). *Historia y derecho del legado romano*. 1a ed. La Plata: EDULP.

Arata, N. y Mariño, M. (2013). La educación en la Argentina: una historia en 12 lecciones. Buenos Aires: Editorial Novedades Educativas.

Ariès, P. (1986). La infancia. *Revista de Educación*, 281, 5-17. <https://es.scribd.com/doc/187776563/Aries-P-1986-La-infancia-en-Revis-ta-de-Educacion>

Balsera, P. D., & Garmendia Y. L. M. N. (2006). La evolución de los derechos de la infancia: una visión internacional. *Encounters in Theory and History of Education*, 7.

Balsera, P. D., & Garmendia, Y. L. M. N. (2009). ¿Una historia de los derechos del niño o de la protección infantil?. *En Educación y menores en riesgo* (pp. 17-46). Sello editorial.

Bagalá, P. (2013). *El deber de seguridad y su impacto en el derecho privado a partir de la aparición del derecho de consumo*. Errepar.

Baquero, R. y Narodowski, M. (1994). "¿Existe la infancia?", en: *Revista IICE Año III N° 6*, Miño y Dávila, Bs.As. pp. 61-67.

Barattini, E. (2017) El Seguro de responsabilidad civil de los establecimientos educativos. Establecimientos Privados Educativos Asociados (E.P.E.A)

Barattini, E. (2023). La escuela en el banquillo de los acusados. Infobae. <https://www.infobae.com/opinion/2023/09/01/la-escuela-en-el-banquillo-de-los-acusados/>

Barbará, J. A. (2014). *La relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil: derecho y argumentación*. Alveroni Ediciones. <https://elibro.net/es/ereader/utdt/78471?page=9>

Batthyány, K. (2010). El cuidado infantil en Uruguay y sus implicancias de género: análisis a partir del uso del tiempo. En: *Revista de Ciencias Sociales*, v.23, n.27, pp. 20-32.

Batthyány K., Katzkowicz S., Martelotte L., Perrotta V. & Rulli M. (2022) Informe de investigación sobre trabajo de cuidados integrales. Dirección de Cuidados Integrales y Políticas Comunitarias del Ministerio de Desarrollo Social, Argentina & Dirección de Investigación. Clacso.

Beloff, M. (2008). Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina. *Justicia y Derechos del Niño*, 10, 11-44.

Borda, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil- Obligaciones v.2* (Novena Edición). La Ley.

Borderías, C., Torns, T., & Bengoa, C. C. (2018). *El trabajo de cuidados: historia, teoría y políticas*. Los Libros de la Catarata.

Boretto, M. (2015). La responsabilidad civil de los titulares de establecimientos educativos: presente y futuro. *LALEY AR/DOC/367/2015*

Braslavsky, C. (1980). "La educación argentina (1955-1980)" en Primera historia integral. CEAL, pp 281 307.

Bruñol, M. C. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, (Número 125).

Bueres, A. (Dir.). (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación, tomo 2: Análisis doctrinal y jurisprudencial* (1ª ed.).

Bueres A. (Dir.), Tanzi, S. & Papillú, J. (2018). *Código Civil y Comercial de la Nación*, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi.

Bustamante Alsina, J. (1995). *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Novena Edición ampliada y actualizada). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Bustamante, L. R. A. (1985). Teoría de la institución. *Persona y Derecho*, 12, 189.

Butler, J. (2007). El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad. Barcelona: Paidós.

Cagliero, Y. S. (2014). La figura del progenitor afin en el nuevo Código Civil y Comercial. *Cita Online: AR/DOC/4001/2014*.

Calderon, A. F. (2007). Responsabilidad civil y el sistema educativo “En busca de nuevas prácticas articuladoras del marco legal y las situaciones cotidianas” (Trabajo final de graduación). *Repositorio Universidad Siglo XXI* https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12434/Responsabilidad_Civil_de los_Establecimientos_Educativos.pdf?sequence=1

Calero, C. (2021). Bloque 6 - Un curso sobre género y comportamiento humano. *Universidad Torcuato Di Tella*.

Calvo Costa, C. A. (2015). Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial. *TR LALEY AR/DOC/555/2015*.

Cano González, R., & Casado González, M. (2015). Escuela y familia. Dos pilares fundamentales para unas buenas prácticas de orientación educativa a través de las escuelas de padres. *Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 18(2), 15–27.

Carriego, C. & Narodowski, M. (2006). La escuela frente al límite y los límites de la escuela. En Ospina, H. F., Narodowski, M. & Martínez Boom, A. (comps.), *La escuela frente al límite. Actores emergentes y transformaciones estructurales. Contingencias e intereses* (P.P. 11-22). Buenos Aires: Editorial Novedades Educativas, Colección Ensayos y Experiencias.

Carriego, C. B. (2010). La participación de las familias: injerencia en la gestión y apoyo al aprendizaje. REICE. *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 8(3), 50-67.

Cardemil, C. (1994). Familia y escuela: Una alianza necesaria y posible. Seminario "La familia y la escuela: una alianza posible para mejorar los aprendizajes". Santiago: MINEDUC, P-900, PIIE.

Cartwright, M. (2023, abril) Child Labour in the British Industrial Revolution. *World History Encyclopedia*. <https://www.worldhistory.org/article/2216/child-labour-in-the-british-industrial-revolution/>

- Castro Santander, A. (2009). *Un corazón descuidado. Sociedad, familia y violencia en la escuela*. Editorial Bonum.
- Cataldi, M. M. (2015). El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015*, 127. LA LEY 2015-C.
- Crawford, M., Chaffin, R., & Fitton, L. (1995). Cognition in social context. *Learning and Individual Differences*, 7(4), 341–362. doi:10.1016/1041-6080(95)90006-3.
- CEPAL (s.f.). Sobre el cuidado y las políticas de cuidado. <https://www.cepal.org/es/sobre-el-cuidado-y-las-politicas-de-cuidado#>
- CEPAL (2022). *Mapa Federal del Cuidado en la Argentina: construcciones conceptuales y usos*.
- Cerutti, María del Carmen (2015). La obligación de seguridad y su aplicación en el Código Civil y Comercial. *AR/DOC/558/2015*.
- Cifuentes, S., & Sagarna, F. A. (2003). *Código civil: comentado y anotado*. La Ley.
- Citera, M. (2006). Alianza escuela-familia, ¿Alianza escuela-familia?. *Educared. Segmento Infancia en red*.
- Compiani, M. F. (2015) El seguro obligatorio de los establecimientos educativos. *Revista de Derecho Privado*, N° 10. IJ-DCCCLI-493.
- Conte, D. A. E. (2000). In loco parentis: Alive and well. *Education*, 121(1).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1989, Febrero 16). *Travaglio, Leandro J. y otra c/Instituto Cultural Marianista s/amparo*. El Derecho en Disco Laser-Albremática, 1994, Referencia: 473661.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2021, Agosto 12). *Gómez Rocca, Javier Hernán y otros c/ Creatore, Víctor Juan y otros s/ daños y perjuicios*. Expediente CIV 63965/2005/1/RH1.
- Daniel, L. (2016). La guarda a un tercero. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires.
- De La Iglesia, M., Velázquez, M. E., & Piekarz, W. (2008). Devenir de un cambio: del patronato de menores a la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. *Anuario de investigaciones*, 15, 0-0.
- De Puelles Benítez, M. (1993). Estado y educación en las sociedades europeas. *Revista iberoamericana*
- De Yogyakarta, P. (2007). Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

Yogyakarta, Indonesia: Comisión Internacional de Juristas y Servicio Internacional para los Derechos Humanos.

Díaz, F. P. (2017). *Los factores de atribución de la responsabilidad civil en el derecho argentino y breves referencias al derecho ecuatoriano*. Chile: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Diker, G. (2009). ¿Qué hay de nuevo en las nuevas infancias?.

Eisner, I. (1981). Contenidos y límites de la cosa juzgada. *La Ley, Tomo La Ley*, pág. 35 *La Ley S.A.E. e I. Id SAIJ: DACJ880209*.

Elizalde, S. (2014). Aprendiendo a ser mujeres y varones jóvenes: Prácticas de investimento del género y la sexualidad en la institución escolar. *Intersecciones en Comunicación* 8, 31-50.

Eujanian, A. (2020). El héroe modesto de las democracias: La imagen de Belgrano entre sus funerales y su centenario (1820-1920). *Anales De La Educación Común*, 1(1-2), 95–103. Recuperado a partir de <https://cendie.abc.gob.ar/revistas/index.php/revistaanales/article/view/20>

Fairstein, G. A. y Mayol Lassalle, M. (2022). *Educación y cuidado en la primera infancia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Paidós.

Faur, E. (2009). *Organización social del cuidado infantil en la Ciudad de Buenos Aires: el rol de las instituciones públicas y privadas 2005-2008* (Tesis de doctorado). FLACSO. Sede Académica Argentina, Buenos Aires.

Faur, E. (2014). *El cuidado infantil en el siglo XXI. Mujeres malabaristas en una sociedad desigual*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

Fernández Soria, J. M. (2005). La " Carta a los maestros" de Jules Ferry (1883) y el laicismo escolar de la IIIª República francesa.

Flores, R. L., Tena Guerrero, O. (2014). Maternalismo y discursos feministas latinoamericanos sobre el trabajo de cuidados: un tejido en tensión. *Íconos - Revista De Ciencias Sociales*, 18(50), 27–42.

Fondo de Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF] (2019) *La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina. Avances y deudas con la niñez*.

<https://www.unicef.org/lac/informes/la-adequacion-normativa-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino-en-america-latina>

Foucault, M. (1985). El juego de Michel Foucault. En Varela, J. y Álvarez-Uría, F. (Eds.). *Saber y verdad*. pp. 127-162. Madrid: La Piqueta.

Galdós, J. M. (2021). *La responsabilidad civil. Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial: artículos 1708 a 1780 CCCN, Tomo III, página 529-530*. Editorial Rubinzal Culzoni. Edición impresa.

Galdós, J. M. y Valicenti, E. (2018). *La exoneración de la responsabilidad civil objetiva por el riesgo en dos interesantes sentencias (los casos del “toro mecánico” y la “banana acuática”)*. Cita Online: AR/DOC/2221/2018.

Gélis, J. (1990). La individualización del niño. *Historia de la vida privada*, 4, 311-329.

Grinberg, J. (2013). La recepción de “los derechos del niño” en Argentina: Trayectorias de activistas y conformación de una nueva causa en torno a la infancia. *Revista de Antropología y Sociología: Virajes*, 15(1), 299-325.

Goldemberg, I. (2000). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley.

Gómez Tacconi, M. V. (2018). *La responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores en el CCCN*. TR LALEY, AR/DOC/438/2018.

González Freire, J. F. (2020). *Las conductas dañosas legalmente justificadas*. elDial.com - DC2C82.

Halperin, I. y Barbato, N. (2003). Seguros. *Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400*. Editorial Lexis Nexos. Depalma. Tercera edición. Página 23.

Hernández, C. A. y Frustagli, S. A. (2003). *A diez años de la ley de defensa del consumidor. Panorama jurisprudencial. Jurisprudencia argentina- lexis nexis*, 2003-iv-1541 Id SAIJ: DASF070020.

Herrera, M. (dir.) y Caramelo, G. (dir.) and Picasso, S. (dir.) y Benavente, M. I. (2015) *Código civil y comercial de la nación comentado. Tomo I. 1a ed.* Infojus, Buenos Aires. ISBN Tomo 1: 978-987-3720-30-7

Herrera, M. (dir.), Caramelo, G. (dir.), Picasso, S. (dir.) y Baliero de Burundarena, A. (2015). *Código civil y comercial de la nación comentado. Tomo I. 1a ed.* Infojus, Buenos Aires. ISBN. Tomo 1: 978-987-3720-30-7.

Herrera, M. (dir.), Caramelo, G. (dir.), Picasso, S. (dir.) y Pellegrini M. V. (2015). *Código civil y comercial de la nación comentado. Tomo II. Título VII Responsabilidad Parental. 1a ed.* Infojus, Buenos Aires. ISBN: 978-987-3720-31-4.

Herrera, M. (dir.), Caramelo, G. (dir.), Picasso, S. (dir.) y Saénz L. R. J. (2015). *Código civil y comercial de la nación comentado. Tomo IV. 1a ed.* Infojus, Buenos Aires. ISBN: 978-987-3720-33-8.

Herrera, M. (2014). *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Infojus*. Id SAIJ: DACF140723.

Horario, J. Y. (1963) Nota informativa. La administración ante el desarrollo y la alianza para el progreso.

Humanos, C. I. D. D. (2012). *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile Sentencia de 24 de febrero de 2012*. Consultado el, 5.

Iaies, G. (2019, 11 de septiembre). La escuela ante nuevos desafíos. *Diario La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/opinion/columnistas/la-escuela-ante-nuevos-desafios-nid2286541/>

Jalil, J. E. (2015). La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial. *La Ley*, 2015-F, 454.

Jaramillo, L. (2007). Concepción de infancia. *Zona próxima*, (8), 108-123.

Jofré, A. R. & Expósito, C. D. (2020). Implementación de la Ley de Educación Nacional 26206: motivos que impulsaron su sanción.

Kemelmajer de Carlucci, A. (1998). La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997. *LA LEY*, 1998-B, 1047 Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 113 TR. LALEY AR/DOC/17381/2001.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. *Revista Jurídica La Ley*.

Kemelmajer de Carlucci, A. A. (2011). Dignidad y autonomía progresiva de los niños en Derechos del paciente. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2010(3), 131. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

Llambías, J. J. (2005). *Tratado de Derecho Civil, Tº IV-A*, edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 396/397.

Llambías, J.J. (1975). Responsabilidad civil de los directores de colegios, *La Ley*, 1975-B, 1147-1157

Lanestosa Baca, U. (2021). Cuidado infantil: ¿una responsabilidad femenina?. *TRAMAS. Subjetividad Y Procesos Sociales*, 32(56), 17-55.

Ley reglamentando la Educación Común (1884). Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 8 de julio de 1884.

Ley N° 26206 (2006). Ley de Educación Nacional, 28 de diciembre del 2006. D. O. N° 31062.

Ley N° 23.849 (1990). Ley que aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, 27 de septiembre de 1990. D.O. N° 26993.

Ley 3/2014, de 16 de abril, de autoridad del profesorado. Castilla y León. España.

Lloveras, N., Monjo, S. (2013) Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código. *LA LEY*, 2013-E, 1078.

López-Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70.

López Fernández, M. I. (2014). Cambios y continuidades en la relación escuela-familia en una escuela privada de comunidad: un estudio de caso.

López Mesa, M. (1998). La doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Tomo Zeus* (76), 1.

López Mesa, M. J. (2013). *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

López Mesa, M. J. (2015). La responsabilidad de los titulares de un establecimiento educativo en el nuevo Código Civil y Comercial. *Revista Derecho Privado*. Año III, N° 10. Ediciones Infojus, p. 135. Id SAIJ: DACF150441.

Lorenzetti, R. (2016). *Código Civil y Comercial Comentado*, tomo VIII. Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni.

Lorenzetti, R. L. (2006). *Consumidores*. Rubinzal Culzoni.

Mazzinghi, J. A. M. (2015). El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia. *LA LEY 24/04/2015, I. LA LEY 2015-B, 1077*. Cita Online: AR/DOC/1266/2015.

Mead, M. (1971). *Cultura y compromiso*. Granica. Página 35.

Medina, G. (2014). La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación. *DFyP 2014 (noviembre)*. Cita Online: AR/DOC/3797/2014.

MECyT, D. I. N. I. E. C. E. (2004). *Definiciones Básicas para la producción de Estadísticas Educativas*. Buenos Aires, Argentina.

Moeremans, D. (2015). Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos. Su regulación en el Nuevo Código Civil. *elDial.com - DC1E24*.

Montagut, E. (2016). La limitación del trabajo infantil en Francia en 1874. *Nuevatribuna.es*
<https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/limitacion-trabajo-infantil-francia-1874/20160519171244128480.html>

Mosset, J. (1982). *Responsabilidad por Daños*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Müller, E. C. (2022). Función preventiva: nuevas tecnologías y medicina actual. *TR LALEY AR/DOC/2346/2022*.

Naciones Unidas (2013). *Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos humanos*. Disponible en:
<https://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orentaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>

Narodowski, M. (1994). *Infancia y poder. La conformación de la pedagogía moderna*. Buenos Aires: Aique Educación.

Narodowski, M. (1999). Después de clase. Desencantos y desafíos de la escuela actual. Buenos Aires: Ediciones Novedades Educativas.

Narodowski, M. (2008). La inclusión educativa. Reflexiones y propuestas entre las reflexiones, las demandas y los slogans. REICE: Revista Iberoamericana sobre calidad, eficacia y cambio en educación, 6(2), 19-26.

Narodowski, M. (2013). Políticas públicas e infancia. Deseos y límites a la igualdad en la educación Revista Brasileira de Educação, 18(54), 551.

Narodowski, M. (2016). Un mundo sin adultos. Familia, escuela y medios frente a la desaparición de la autoridad de los mayores (2° ed.). Buenos Aires: Debate.

Narodowski, M. (2018). Manifiesto Pansophiano.

Narodowski, M., & Arias, M. E. (2018). Cinco explicações sobre a crise da aliança entre a escola e a família. Reflexão e Ação, 27(1). <https://doi.org/10.17058/rea.v27i1.13449>

Narodowski, M. (21 de octubre de 2020). Alianza entre escuelas y familias para una nueva normalidad. Infobae. <https://www.infobae.com/opinion/2020/10/21/alianza-entre-escuelas-y-familias-para-un-a-nueva-normalidad/>

Narodowski, M. (18 de enero de 2001). Hacia una nueva alianza entre escuela y familia. Diario Clarín. https://www.clarin.com/opinion/nueva-alianza-escuela-familia_0_ByBEZ-KxAYg.html

Navarro Floria, J. G. (2017). Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el nuevo Código Civil y Comercial. El Derecho 272-756.

Noailles, J., & Narodowski, M. (2011). Utopías Pedagógicas. Formulación, conformación y caída.

Nova Melle, P. (2008). Trabajo infantil: los riesgos laborales en situaciones legalmente prohibidas y sus consecuencias para la salud y seguridad. Medicina y seguridad del Trabajo, 54(213), 9-21. <https://doi.org/10.4321/S0465-546X2008000200003>

Notrica, F. P., & Rodríguez Iturburu, M. I. (2015). Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea. Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas, 133.

Oliva, L. (29/11/22). Crisis de angustia en el Lenguítas: la escuela porteña diseña una estrategia de contención ante la hipótesis de un caso de intento de suicidio. *Diario La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/comunidad/crisis-de-angustia-en-el-lenguítas-la-escuela-portena-disena-una-estrategia-de-contencion-ante-la-nid29112022/>

Oliva, L. (16/08/22). Ir a la escuela con hambre: tras la muerte de una niña en CABA, un experto explica por qué los docentes hoy deben enseñar y cuidar. *Diario La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/comunidad/ir-a-la-escuela-con-hambre-tras-la-muerte-de-una-nina-en-caba-un-experto-explica-por-que-los-nid18082022/>

- OIT, U., & PNUD, C. (2018). Las políticas de cuidado en Argentina: avances y desafíos. Buenos Aires, OIT-UNIEF-PNUD-CIPPEC.
- Ordoñez Guzmán, A. E. (2017). Sobre la legitimación en la causa. *Revista Ratio Juris* Vol. 12 N.º 25. UNAULA ISSN 1794-6638.
- Padovan, F. (2015). Desaparición de la obligación de seguridad en el nuevo Código Civil y Comercial. *SAIJ*. Id SAIJ: DACF15053.
- Pagano, L. (2015). Régimen jurídico de la tutela. *Revista Código Civil y Comercial*, 3, 53-64.
- Paoletta, H. (2017). ¿Es obligatoria la educación secundaria para los jóvenes y adultos?: sentidos acerca de la obligatoriedad escolar presente en Centros Educativos de Nivel Secundario.8
- Parellada, C. A. (2017). La responsabilidad de los titulares de establecimientos educativos. *Revista Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*. Editorial Erreius.
- Pérez Manrique, R. (2016). Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes, en "Justicia y Derechos del Niño", 9, UNICEF, 252.
- Petitti, E. M. (2022). Alcances y límites de la obligatoriedad escolar en Argentina (provincia de Entre Ríos, 1886-1958). *Prohistoria. Historia, políticas De La Historia*, (38), 1-30.
- Picasso, S. (2015). Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, *RCyS 2015-IV*, 5.
- Pineau, P. (2007). A cien años de la Ley Láinez. *A cien años*, 9.
- Pizarro, R. D. (2015). ¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?, en *La Ley*, diario del 21 de septiembre de 2015; 2015-E.
- Pizarro, R. D., & Vallespinos, C. G. (2018). *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo III*. Rubinzal Culzoni, 81 y siguientes.
- Posteraro, F. R. (2020). Lineamientos centrales en torno de los presupuestos de la función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. *IJ-CMXXII-909*.
- Puiggrós, A. (2018). Qué pasó en la educación argentina: breve historia desde la conquista hasta el presente. Editorial Galerna.
- Ravetllat Ballesté, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), 89–108. <https://doi.org/10.6018/j/153701>
- Rea-Granados, S. A. (2016). Evolución del derecho internacional sobre la infancia. *International Law*, (29), 147-192.
- Reca, J. P., Plaza, M., & Galán, S. (2021). Childhood and its Circumstances: A path for the Construction of Rights. *Revista de la Facultad de Derecho*, (50).

Reyna, C. en Bueres, A., & Highton, E. (2000). Código Civil (T. 3-B). Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi.

Ribera, C. E. (1997). Responsabilidad de los propietarios de institutos de enseñanza. REVISTA SAIJ. Id SAIJ: DACA970194.

Rivas Lagos, E. (2015). La evolución del interés superior del niño. Hacia una evaluación y determinación objetiva. Recuperado de <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/135615>

Rumel, J. E. (2013). Back to the Future: The in Loco Parentis Doctrine and its Impact on Whether K-12 Schools and Teachers Owe a Fiduciary Duty to Students.

Sagarna, F. A. (1996). La responsabilidad civil de los docentes y de los institutos de enseñanza. Depalma.

Sagarna, F. A. (2015). La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial. RCyS 2015-IV, 255. La Ley. TR LALEY AR/DOC/901/2015.

Sánchez, M. L. (2006). Disciplina, autoridad y malestar en la escuela. Revista Iberoamericana de Educación, 41(1).

Sánchez-Blanco Celarain, M. D. (1996). La evolución de la educación en Inglaterra. Universidad de Murcia.

Shina, F. E. (2022). Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad. Dossier doctrinario. Autores de Chubut, 679.

Solari, N. E. (2011). La capacidad progresiva en la nueva ley de mayoría de edad. La Ley 03/06/2011. Cita Online: AR/DOC/1341/2011.

Sotelo, A. (2010). Medicina biológica, cuerpo infantil y masificación. Polisemia, 6(9), 59-68.

Southwell, M. (2015). La Ley 1420 y la tarea de los inspectores escolares. Historia de la Educación, 16(1), 63-72.

Southwell, M. (2018). Formato, pedagogías y planeamiento para la secundaria en Argentina: notas sobresalientes del siglo XX. História da Educação, 22, 18-37.

Stewart, V., Narodowski, M., & Campetella, M. D. (2021). Infancias trans: otra disrupción en las escuelas de la modernidad. Revista Colombiana de Educación, (82), 263-280.

Stiglitz, G. A. (2014). La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación. Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 137. AR/DOC/3858/2014.

Suárez Fondevila, J. M. (2022) Naturaleza jurídica de los sistemas educativos estatales. (Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza).

Suárez Fondevila, J. M. (2018). La ayuda financiera estatal al sector educativo privado. El derecho.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. (2016). DBKMJ (Causa N° 120.054). Recuperado de <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/1952>.

Tagle de Ferreyra, G. (Dir.), & Lloveras, N. (2009). El interés superior del niño. Buenos Aires: Editorial Nuevo Enfoque Jurídico.

Tale, C. (2013). Observaciones y propuestas de modificaciones en el Capítulo de la responsabilidad civil (Libro II, Título V, Capítulo 1) del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de https://ccyn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/cordoba/pdf/013_CAMILO_TALE.pdf

Tanzi, S. Y., & Papillú, J. M. (2018). Juicio de amparo en salud (2ª ed.). Hammurabi.

Taraborrelli, J. N. (2003). ¿El contrato de enseñanza educativa privada constituye una estipulación a favor de tercero? *Jurisprudencia Argentina*, 2003(I), 33. Id SAIJ: DACA030046

Tedesco, J. C. (1980). La educación argentina entre 1930 y 1955. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

Tronto, J. (2020). ¿Riesgo o cuidado? Buenos Aires: Fundación Medifé.

UNICEF. (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Vazquez, M. N. (2017). Los orígenes del sistema educativo argentino. Debates y posiciones de la historiografía. *XVI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia*. Departamento de Historia. Facultad de Humanidades. Universidad Nacional de Mar del Plata.

Vázquez Ferreyra, R. A. (2015). Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código. *LA LEY*, 14, 10.

Vázquez Ferreyra, R. A. (2016). Los factores de atribución en el Código Civil y Comercial. AR/DOC/1664/2016.

Villalta, C., Llobet, V. (2015). Resignificando la protección. Los sistemas de protección de derechos de niños y niñas en Argentina. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 167-180. <https://doi.org/10.11600/1692715x.1319230914>

Von Carmer et alii (1800). "Code Général pour les états prussiens". Versión digital: <https://lib.ugent.be/europeana/900000146205?pg=PA3>

Yutzis, D. (2009). La administración del cuerpo infantil en el siglo XVIII: una lectura sobre el inicio de la ortopedia infantil (Master's thesis, Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación).

Zavala de González, M. (1999). Daños causados o sufridos por alumnos, *Foro de Córdoba*, año X, N°51, pág. 89.

Zaidenweg, C. (2009). *El sistema educativo argentino. De cómo se construye una nación*.

Zapiola, M. C. (2009). Los límites de la obligatoriedad escolar en Buenos Aires, 1884-1915. *Cadernos de Pesquisa*, 39, 69-91.

Zibecchi, C. (2014). *¿Cómo se cuida en Argentina? Definiciones y experiencias sobre el cuidado de niños y niñas* (Primera edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género - ELA, 2014.