

Derecho Privado

AÑO III NÚMERO 10

Educación

Directores: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso



AÑO III - NÚMERO 10

Derecho Privado

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

.....

ISSN 2250-7582

Revista Derecho Privado

Año III - N° 10 - Edición marzo 2015 - Impresión julio 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Privado y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

.....

Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Directores

Cecilia Kandus - María Eugenia Rodríguez Pería

Luis R. J. Sáenz

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Eduardo Barbier
Alberto Bueres
Carlos Clerc
Javier Cosentino
Pablo Heredia
Carlos Hernández
Marisa Herrera
Claudio Iglesias Darriba
Héctor Iribarne
Aída Kemelmajer de Carlucci
Jorge Kielmanovich
Ángela Ester Ledesma
Luis F. P. Leiva Fernández
Gonzalo Nazar de la Vega
María Paula Pontoriero
Julio César Rivera
Claudia Sbdar
Rubén Stiglitz
Eduardo Zannoni

Editorial

La evolución del derecho argentino en los últimos años determinó que muchos de los números de esta publicación estuvieran directamente dedicados a temas relativos a los contenidos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación o a las nuevas disposiciones destinadas a posibilitar la adecuada defensa de los derechos de los consumidores, cuestiones sobre las que volveremos nuestra atención periódicamente. Pero, entre la evaluación de cuestiones novedosas, consideramos relevante volver la mirada a los grandes temas de la problemática del Derecho Privado en una sociedad plural, compleja y democrática como es la argentina.

En esta oportunidad, el tema abordado es la educación, derecho fundamental con directa incidencia en las posibilidades de desarrollo y de inserción social de las personas, que pone de manifiesto la compleja relación que, en nuestro sistema normativo, existe entre los ámbitos del derecho público y privado.

El derecho a la educación es básico para la construcción de una sociedad democrática, pues es un derecho que brinda posibilidades futuras; es sustancialmente igualador. Por ello, su regulación y la interpretación de sus contenidos debe asegurar el adecuado acceso a quienes tienen dificultades socioeconómicas; a los niños que atraviesan alguna etapa especial en su desarrollo madurativo; a quienes sufren alguna restricción en su capacidad; a quienes se encuentran privados de su libertad ambulatoria y anhelan prepararse para contar con mejores posibilidades de trabajo al concluir su encierro, etc. Es, pues, un derecho en el que resulta imprescindible tanto la construcción de vínculos justos como la organización y planificación por los órganos del Estado, aun cuando las prestaciones concretas sean provistas por entes privados.

Por otra parte, dentro del ámbito educativo se producen fenómenos propios de las tensiones y relaciones que atraviesan los chicos, principal sector de la población involucrada en los procesos educativos básicos; y también

EDITORIAL

se producen daños, por lo que nuestro derecho ha exigido a los prestadores de servicios educativos la contratación de seguros obligatorios.

Tales son, en ajustado panorama general, los temas que ustedes, lectores, podrán recorrer en las próximas páginas, elaborados por distinguidos autores a quienes agradecemos su esfuerzo.

Como es lógico, atento a la próxima entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la revista habrá de volver su mirada hacia los temas que hacen a la evaluación y análisis de sus contenidos normativos; labor para la que esperamos seguir contando con el concurso de excelentes autores e inteligentes lectores.

Los directores

Índice

Doctrina p. I

La “propietización” de la información y el derecho a recibir conocimiento
por FERNANDO J. BARRIO.....p. 3

La educación en el régimen democrático
por ALEJANDRO CACACE.....p. 21

Análisis del acoso escolar desde el punto de vista
de la Convención sobre los Derechos del Niño y su prevención
por ROMINA PAOLA CAPOMASI.....p. 37

El seguro obligatorio de los establecimientos educativos
por MARÍA FABIANA COMPIANI.....p. 55

Perspectivas contractuales de los servicios educativos privados.
Una mirada desde el Código Civil y Comercial unificado
por CARLOS A. HERNÁNDEZ y JULIETA B. TRIVISONNO.....p. 81

Una “nueva” educación para un nuevo Código
por SANTIAGO PEDRO IRIBARNEp. 111

La responsabilidad de los titulares de un establecimiento
educativo en el nuevo Código Civil y Comercial
por MARCELO J. LÓPEZ MESA.....p. 135

Derecho a la educación inclusiva en la legislación y las políticas educativas.
Algunas reflexiones
por SOFÍA MINIERIp. 191

Sistema de responsabilidad por daños causados o sufridos por niños o adolescentes
por CARLOS A. PARELLADA.....p. 205

ÍNDICE

El derecho a la educación inclusiva. Análisis de la jurisprudencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas
por JUAN IGNACIO PÉREZ BELLO..... p. 227

Educados en la comodidad
por JOSÉ MARÍA SALGADO p. 253

La educación en contexto de encierro.
Algunas consideraciones a la luz de los derechos humanos
por DANIELA SODINI p. 261

Responsabilidad parental y derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes.
Enfrentando el reto de prepararlos para una vida independiente en sociedad
por CAROLINA VIDETTA..... p. 275

Fuentes citadas **p. 293**

Índice temático **p. 307**

Doctrina

La “propietización” de la información y el derecho a recibir conocimiento⁽¹⁾

por **FERNANDO J. BARRIO**⁽²⁾

I | Introducción

La educación puede ser definida como un proceso multimodal, multicapa y multidireccional mediante el cual se transmiten y construyen conocimientos, costumbres, valores y normas de conducta, a la vez que se construyen relaciones entre los conocimientos de generaciones anteriores y los creados durante el proceso educativo.⁽³⁾ La educación así entendida está intrínsecamente ligada al conocimiento, a su creación y a su transmisión. Es, por lo tanto, de importancia fundamental establecer una relación adecuada entre el derecho a la educación y la regulación a la producción y distribución de conocimiento. En esta concepción, en derecho a la educación no es visto como garantizar la escolarización de los niños sino como un derecho fundamental que acompaña al individuo a lo largo de toda su vida.

.....

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Doctor en Cooperación Internacional por la Universidad de Nagoya, Japón. Profesor y director de la carrera de abogacía, Universidad Nacional de Río Negro.

(3) Esta definición está en línea con lo establecido por TEDH, *Campbell y Cosans c. Reino Unido* (n° 7511/76; 7743/76), 25/02/1982, §33.

Mediante un proceso cuyo inicio se puede encontrar en las postrimerías del siglo XIX, pero con una aceleración creciente desde la década de los 60, la función social del conocimiento y de la información ha ido dejando lugar a su “propietización” mediante cada vez más rigurosas regulaciones de propiedad intelectual. En este sentido, es necesario analizar desde el punto de vista de las normas internacionales, regionales y domésticas, y la realidad fáctica, la pertinencia de la retórica que da al derecho de la educación la preeminencia que el desarrollo de una sociedad igualitaria e inclusiva requiere. Tal propietización es aquí definida como la mercantilización y apropiación por parte de personas físicas y o jurídicas de las creaciones del intelecto humano y el conocimiento común de la sociedad a través del desarrollo y expansión de estructuras normativas que lo permiten y alientan. Este proceso puede ser observado tanto en la evolución de los tratados internacionales que regulan la propiedad intelectual como en su inclusión en los acuerdos globales de comercio y tratados regionales de libre comercio, logrando una nueva y aumentada perentoriedad.

La cuestión se plantea como doblemente problemática en un contexto en el que el conocimiento es a la vez el componente fundamental y resultado de la sociedad de la información, y la pertenencia de pleno derecho, el uso y el goce de esta información por la totalidad de la población requiere aún más de una garantía plena del derecho a la educación en las formas y de los modos que el desarrollo tecnológico-social lo requiere.

Las tecnologías de la información y las comunicaciones, TICs, tienen el potencial de proveer las herramientas necesarias para el goce efectivo del derecho a la educación por parte de la mayoría de la los miembros de la sociedad, pero, a su vez, permiten una mayor restricción al acceso al conocimiento propietizado.

Algunas de la características de las tecnologías digitales permiten el acceso de vastos sectores de la población a información y conocimiento que antes estaba reservado a unos pocos. De la misma manera, permiten la distribución de material educativo en gran escala, violando muchas veces las protecciones dadas por la ley a los titulares de los derechos de autor sobre ese mismo material. Como contrapartida, las medidas de protección tecnológicas que algunos productores de contenidos imponen sobre los materiales bajo su dominio, muchas veces exceden las restricciones al uso que la ley otorga e infringen los derechos que los usuarios-consumidores-educandos tienen sobre ese material.

2 | El derecho a la educación en el derecho internacional

La educación es un derecho humano reconocido por diversos instrumentos del derecho internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho a la educación" (art. 26), y que todas las personas tienen "derecho a la libertad de opinión y expresión" y que "incluye el de (...) investigar y recibir informaciones y opiniones" (art. 19). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice que "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación" (art. 13), y la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de acuerdo a las reformas introducidas por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, aclara que los Estados miembros convienen ampliar "para todos, las oportunidades en el campo de la educación" (art. 31, inc. h), y que los "Estados Miembros darán importancia primordial (...) al estímulo de la educación, la ciencia y la cultura" (art. 45).

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 contiene una visión integral del derecho a la educación, la reconoce como un derecho y hace consideraciones de gran importancia, como la de la obligación de promover la cooperación internacional para "eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y (...) facilitar el acceso a los conocimientos técnicos" especialmente en los países en vías de desarrollo (art. 28, inc. 1). Refiere además que la educación deberá "desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades", lo cual implicaría acceso a todas formas de conocimiento actualizado (art. 29, inc. 1).

En el ámbito regional, el Protocolo I agregado al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, hace referencia a que a nadie se le puede negar el derecho a la educación (art. 2º, inc. d), interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como atinente a todos los niveles de instrucción,⁽⁴⁾ desde el primario hasta el universitario, en la medida que se trata de un derecho civil dentro del significado de la

(4) TEDH, *Leyla Sahin c. Turquía*, n° 44774/98, 29/06/2004, §§ 136/137.

Convención (art. 6°).⁽⁵⁾ Siguiendo con la interpretación expansiva propuesta en este trabajo, el derecho a la educación entendido como derecho a recibir conocimiento, se encuentra enunciado en la citada Convención que, al instituir el derecho a la libertad de expresión, incluye la libertad de recibir y transmitir información o ideas (art. 10).

La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de la Gente —la Carta de Banjul—, declara que “cada individuo tendrá el derecho a recibir información” (art. 9°), y que “cada individuo tendrá el derecho a la educación” (art. 17). La Corte de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, —ECOWAS, de acuerdo sus siglas en inglés—, ha dictaminado que el derecho a la educación es un derecho justiciable ante esa corte e, implícitamente, que constituye un derecho individual y colectivo frente al cual no sólo personas que sufran un daño sino también organizaciones civiles cuentan con *locus standi* para accionar contra Estados miembros de ECOWAS.⁽⁶⁾

La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático —ASEAN, de acuerdo a sus siglas en inglés,— conglomerada a diez Estados de esa región⁽⁷⁾ y en noviembre de 2012 adoptó la Declaración de ASEAN de Derechos Humanos, que expresa que “cada persona tiene el derecho a la libertad de opinión y expresión, incluyendo la libertad de (...) buscar, recibir e impartir información, tanto oral, por escrito o a través de cualquier otro medio de elección de la persona” (art. 23). La Declaración asiática estipula que “cada persona tiene derecho a la educación”, lo que se complementa cuando dice que “cada persona tiene el derecho de (...) tomar parte libremente en la vida cultural, disfrutar las artes y los beneficios del progreso científico” (art. 31, inc. 1 y art. 32).

En el ámbito americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida “Pacto de San José de Costa Rica”, manifiesta que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión” (art. 13, inc. 1), y que ese derecho incluye la “libertad de buscar, recibir y difundir

(5) TEDH, *Emine Arac c. Turquía*, n° 9907/02, 23/09/2008.

(6) ECOWAS, *Registered Trustees of the Socio-Economic Rights & Accountability Project (SERAP) v. Federal Republic of Nigeria & Another*, ECW/CCJ/APP/0808, 27/10/2009.

(7) Brunei Darussalam, Camboya, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Singapur, Tailandia y Vietnam.

informaciones" por cualquier medio. Es importante señalar que, en línea con el proceso de propietización de las cosas comunes, como el conocimiento, el Pacto de San José de Costa Rica no tiene un artículo específico al derecho humano a la educación, pero sí tiene uno referido a la propiedad privada, mientras que la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 contenía a ambos en sus arts. XII y XXIII, respectivamente. En el caso del derecho a la educación, solo contenía una referencia al ya citado Protocolo de Buenos Aires, que reforma la Carta de la OEA, hasta que en 1999 entró en vigor el Protocolo de San Salvador,⁽⁸⁾ que dice que "toda persona tiene derecho a la educación" (art. 13 inc. 1). Esto facilitó los mecanismos de protección establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte derivadas de los instrumentos de derechos humanos en la región. Fue esta corte la que en el caso "Aloeboetoe"⁽⁹⁾ estableció un importante vínculo entre el derecho a la igualdad, la no discriminación y el derecho a la educación, y en el caso de las niñas "Yean y Bosico"⁽¹⁰⁾ dictaminó que el Estado debe cumplir con su obligación de garantizar el acceso a la educación.⁽¹¹⁾

En el contexto del sistema internacional de derechos humanos aquí enunciado, las obligaciones que nacen del derecho a la educación han sido explicadas por Katerina Tomasevski, ex Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, bajo un esquema de cuatro **aes**: asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.⁽¹²⁾ La primera

(8) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(9) CORTE IDH, "Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam" (Reparaciones y Costas), 10/09/1993, Serie C N° 15.

(10) CORTE IDH, "Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana", 09/08/2005, Serie C N° 130.

(11) Si bien en ese caso se refería al acceso a la educación primaria, sus principios y lógica se extienden a la educación en general en cuanto a que no deja lugar a duda en catalogar al derecho a la educación como un derecho humano protegido en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos.

(12) TOMASEVSKI, K., "Indicadores del derecho a la educación", en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 40, 2004, pp. 349/351.

de estas **aes** se refiere a la obligación de los gobiernos de disponer de establecimientos educativos que cubran la totalidad de la población y respeten su diversidad. En un contexto actual esto implicaría el acceso a fuentes de información digitales y clases virtuales para zonas remotas con oferta educativa limitada y no diversa. La segunda de las obligaciones se refiere al asegurar educación gratuita, obligatoria e inclusiva en los niveles básicos y medio, además de facilitar el acceso a la educación superior. En un entorno de TICs, tal obligación incluiría el acceso a materiales adecuados en forma gratuita. La tercera obligación de los Estados incluye aquellas cuestiones referidas a la calidad de la educación, esperándose que se adecue a los cambios de la sociedad. En una sociedad hiperconectada, tal calidad también pasa por la conexión a contenidos actualizados y pertinentes. Finalmente, la cuarta **a** es de adaptabilidad, lo cual demanda la adaptación progresiva de la educación para fortalecer y promover los derechos humanos, siendo el acceso a la información uno de ellos.

3 | Pautas generales del derecho a la educación en Argentina

Nuestra Constitución Nacional de Argentina establece el derecho a enseñar y a aprender (art. 14) e incorpora a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros, otorgándoles jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), por lo que es aplicable a la Argentina todo lo descrito en la sección precedente.

La ley 26.206 establece que la “educación es una prioridad nacional y se constituye en una política de Estado para (...) respetar los derechos humanos”, dentro de los cuales se encuentra el del acceso a la información (art. 3º); y agrega explícitamente que “el Estado garantiza el acceso de todos/as los/as ciudadanos/as a la información y al conocimiento” (art. 7º), lo cual complementa al artículo anterior que le impone al Estado la obligación de garantizar “el ejercicio constitucional de enseñar y aprender”, y es seguido del art. 8º según el cual “la educación brindará la oportunidades necesarias para desarrollar y fortalecer le formación integral de las personas a lo largo de toda la vida”. Dentro de la cuantiosa

jurisprudencia que ratifica la primacía del derecho a la educación, sobre todo de los niños, se puede referir al caso del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en el cual se ponderó que tal derecho era incluso superior a otros constitucionalmente establecidos como el derecho a huelga.⁽¹³⁾

Por otra parte, la misma Ley de Educación Nacional Argentina obliga al Estado a garantizar condiciones educativas adecuadas que permitan la igualdad de oportunidades en el acceso y los resultados educativos a través de la provisión de recursos económicos, materiales, culturales, pedagógicos y tecnológicos a estudiantes, familias y escuelas en situación económica desfavorable (art. 80), a lo cual le suma el derecho de los estudiantes a aprender con instalaciones y equipamiento adecuados (art. 126, inc. j). Estando el alumnado y la sociedad inmersos en lo que Castells llama la "galaxia de Internet",⁽¹⁴⁾ tal obligación del Estado incluye el acceso a información y tecnologías digitales.

A los efectos de garantizar que el derecho a la educación sea efectivo en la Argentina, el art. 1° de la ley 25.864 fija un ciclo lectivo anual mínimo de 180 días de clase y su art. 2° establece que las autoridades respectivas "deberán adoptar las medidas necesarias a fin de compensar los días de clases perdidos" en caso de no llegar al número de días fijados. Se plantea el interrogante de si estas medidas incluyen el uso de plataformas virtuales y la provisión de materiales digitales. Es posible argumentar que tal opción constituye una solución válida en los casos en que es posible.

Otra de las cuestiones básicas del derecho a la educación en la Argentina se relaciona con la gratuidad de la educación pública estatal, establecida en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 19) y especificada tanto en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (art. 16) como en la Ley 26.206 de Educación Nacional (art. 11, inc. h). Va de suyo que siguiendo los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, tal gratuidad debe estar garantizada en los casos que la educación sea impartida de forma virtual mediante el uso de TICs.

.....

(13) STJ RIO NEGRO, "Frank, Silvia s/amparo s/competencia", 25/07/2009.

(14) CASTELLS, MANUEL, *The Internet Galaxy*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Una de las cuestiones que el uso de las nuevas tecnologías permite es la llamada personalización masiva, lo cual tiene directa implicancia sobre el derecho a la adaptación de la educación a las necesidades específicas de grupos diversos de estudiantes, fomentando la integración con respecto a las diferencias, tal lo estipulado por la Ley de Educación Nacional (arts. 42/45 y 52/54). No se puede dejar de mencionar, en este breve repaso sobre algunos aspectos que hacen al derecho humano a la educación en la República Argentina, la obligación de dotar a todas las escuelas de los recursos materiales necesarios para garantizar una educación de calidad (art. 85 de la misma ley), y la de incorporar herramientas tecnológicas al proceso de enseñanza y aprendizaje (arts. 94 y 99).

Se ha sostenido que, en la actualidad, las tecnologías de la información y las comunicaciones constituyen un elemento idóneo para garantizar los derechos establecidos en la normativa | vigente, y que “pueden contribuir al acceso universal a la educación, la igualdad en la instrucción, el ejercicio de la enseñanza y el aprendizaje de calidad y el desarrollo profesional de los docentes”.⁽¹⁵⁾ Los recursos para lograr un cumplimiento efectivo con las obligaciones previamente expuestas no se limitan al simple acceso a información textual, sino que existen nuevas formas de alfabetización⁽¹⁶⁾ que incluyen música, juegos y videos,⁽¹⁷⁾ instrumentos que están en el frente de las disputas globales por la expansión de los derechos de propiedad intelectual a favor de los productores de contenidos.

4 | De la promoción del saber a la propietización del conocimiento

Los derechos de propiedad intelectual son ficciones legales que protegen las creaciones de la mente y que el legislador ha instituido a efectos de perseguir ciertos objetivos de política pública, los cuales son susceptibles de cambiar aunque tienen un claro límite constitucional. Han evolucionado marcada y rápidamente al compás del desarrollo del sistema capitalista,

(15) Ver [en línea] www.unesco.org/new/es/unesco/themes/icts/

(16) LANKSHEAR, C., & KNOBEL, M., *New Literacies*, Maidenhead, Open University Press, 2003.

(17) GEE, J. P., *What video games have to teach us about learning and literacy*, New York, Palgrave MacMillan, 2003.

y en el actual contexto de hipercapitalismo financiero donde las regulaciones globales y domésticas reconocen abiertamente ser maleables a las necesidades de un pequeño grupo de grandes corporaciones transnacionales,⁽¹⁸⁾ su alcance los coloca en una situación de preeminencia con respecto a otros sistemas de derechos. Han crecido desde simple regulaciones a procesos creativos e inventivos para pasar, en una sociedad de la información, a dominar las agendas de reuniones comerciales entre los Estados y dentro de organismos internacionales, imponiendo severas restricciones a la soberanía de los países menos poderosos.⁽¹⁹⁾

Debido a la relación más estrecha entre los derechos de autor y la difusión del conocimiento en la sociedad de la información, en este trabajo la atención está centrada en este tipo de derechos sin olvidar que el derecho de patentes y la protección de los secretos industriales puede tener también un gran impacto en el acceso al conocimiento de ciertos pueblos y, por ende, en la garantía del derecho humano a la educación.

Los orígenes del derecho de autor se remontan a Europa del siglo XVII cuando, debido a la expansión en el uso de la imprenta de tipos móviles, se empezaron a publicar libros que la iglesia consideraba indecentes o los reyes veían como sediciosos. Para controlar tales publicaciones se dictaron normas como la Ley de Licenciamiento de Imprentas, de 1662 de Inglaterra, la cual requería una licencia para imprimir cualquier tipo de libros. De hecho, esa ley generó un monopolio de impresión en favor de la Compañía de Libreros, un grupo de imprentas afines al rey, quienes censuraban cualquier publicación que pudiera ofenderlo. La situación en pos de permitir la publicación de ideas distintas hizo ebullición a principios del siglo XVIII, y la misma Compañía de los Libreros creó la figura del "pobre autor" que dependía de su creatividad para vivir, a la vez que instituyó la posibilidad de que licenciara sus trabajos a las casas de imprenta. El resultado fue el Estatuto de la Reina Ana, de 1710,

(18) Solo como ejemplo, pequeño pero llamativo por lo burdo, vale citar la modificación de la ley brasileña que prohibía el expendio de alcohol en los estadios de fútbol, luego de que FIFA explícitamente lo exigiera puesto que Budwesier era uno de sus principales sponsors. Textualmente, el Secretario General de la FIFA dijo que "las bebidas alcohólicas son parte de la Copa del Mundo FIFA, y vamos a tenerlas. Discúlpeme si sueno un poco arrogante pero eso es algo que no vamos a negociar". Ver [en línea] www.bbc.com/news/world-latin-america-18348012

(19) CORREA, C. M., *Derechos de la propiedad intelectual, competencia y protección del interés público*, Bs. As., Euros Editores, 2009.

que constituye la primera ley de derecho de autor conocida. Su título completo es "Una Ley para el Estímulo del Aprendizaje, Otorgando los Derechos sobre Copias de Libros Impresos a los Autores o los Compradores de esas Copias durante un Tiempo aquí mencionado". Se observa aquí que, por un lado, comienza la retórica de incentivo al aprendizaje y, por el otro, la costumbre de transmitir esos derechos a otros, en los hechos un resguardo para los editores más que a los autores.⁽²⁰⁾ El Estatuto de la Reina Ana establecía que las obras publicadas recibirían un plazo de protección de 14 años, que podía ser extendido una vez en caso de que el autor viviera, y le daba un plazo único de protección de 21 años a las obras publicadas antes de la sanción de la ley. Luego de esos plazos, el derecho exclusivo a autorizar copias se extinguía, y las obras pasaban al dominio público. Es importante destacar que, de hecho, el dominio público no se constituyó legalmente hasta que la Cámara de los Lores trató el caso *Donalson v. Beckett*, en 1744, y decidió en contra de los derechos de autor eternos. Sin embargo, se puede argumentar que lo más importante de tal decisión es la afirmación de que el derecho de autor es una pura creación legal y no un derecho natural, lo que tiene implicancias en las discusiones actuales. En EEUU de América, la cláusula 8, sección 8 del art. 1º de la Constitución de ese país le da al Congreso la facultad para "fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos, notándose que el objetivo es el fomento de la ciencia y las artes útiles y no la protección *per se*."⁽²¹⁾

En Europa continental, el derecho de autor siguió un camino diferente, en cuanto a que, además de los derechos patrimoniales transferibles a terceros, el autor de una obra estaba imbuido de derechos morales, eternos e intransferibles. Esta visión francesa tuvo un gran impacto en el desarrollo del derecho de autor a nivel global, donde conviven las visiones utilitarias patrimonialistas del derecho anglosajón y las cuestiones de derecho natural francesas. Pero este desarrollo global es un fenómeno relativamente reciente.

(20) SÁDABA, I., *Propiedad intelectual. ¿Bienes públicos o mercancías privadas?*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2008.

(21) LESSIG, L., *Free Culture*, Nueva York, The Penguin Press, 2004.

Hasta el fin del siglo XIX, la protección de los derechos de propiedad intelectual, en general, era una cuestión doméstica. Cada país tenía leyes de protección propias que no se extendían más allá de sus fronteras, lo cual generaba industrias muy rentables en países con poca producción literaria como los Estados Unidos, en donde era común imprimir legalmente copias no autorizadas de autores ingleses y venderlas localmente a precios muy inferiores a los de los libros originales producidos en Inglaterra.⁽²²⁾ Sin embargo, ya en los inicios del siglo XIX, la expansión del comercio internacional había puesto en tensión este arreglo puramente doméstico y un número de países europeos habían negociado una red de acuerdos bilaterales para el reconocimiento de derechos autorales recíprocos. La incipiente "piratería" de países como EEUU generó una creciente demanda por la codificación de los distintos principios de derecho de autor en un tratado internacional.⁽²³⁾ Lo mismo ocurría en el campo de las invenciones y la necesidad de armonizar ciertas cuestiones del derecho de patentes.

La respuesta al *collage* de legislaciones nacionales fue la adopción, en 1883, de la Convención para la Protección de la Propiedad Industrial de París que cubría patentes, marcas y diseños industriales, y la Convención de Berna para la Protección de Trabajos Literarios y Artísticos, de 1886. Los principios que guiaban a estos tratados internacionales eran los de no discriminación, tratamiento nacional y el derecho de prioridad. El principio de "no discriminación" establece que no debe haber barreras para la entrada de un autor o inventor extranjero en el mercado nacional de un Estado miembro. "Tratamiento nacional" implica que una vez que un autor o inventor ha entrado a un mercado de un Estado miembro ese autor o inventor no debe ser tratado diferente que los nacionales de este Estado. El régimen de "prioridad" le otorga protección a los derechohabientes frente a copias o usos no autorizados, por un plazo determinado, cuando la creación o invención ha sido registrada en otro país miembro de la Convención.

En suma, bajo este sistema, cada país podía aprobar su propia legislación libremente, pero debía ofrecer la misma protección a autores extranjeros de algún Estado miembro de las convenciones. Las convenciones no creaban leyes de fondo ni imponían nuevas leyes o principios a sus miembros.

(22) VAIDHYANATHAN, S., *Copyrights and Copywrongs*, Nueva York, New York University Press, 2001.

(23) SELL, S. K., *Private Power, Public Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

La situación cambió radicalmente cuando, a instancias de un grupo de industriales estadounidenses, el gobierno de los EEUU hizo de la protección de la propiedad intelectual su prioridad número uno en las negociaciones comerciales internacionales. A través de la formación de diversos grupos, con Europa, Australia, Canadá y Japón, con la inclusión de cuestiones de propiedad intelectual en los procedimientos de la Sección 301 de la Ley de Comercio de los Estados Unidos,⁽²⁴⁾ un grupo de países desarrollados comenzó a incluir las cuestiones de propiedad intelectual en las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT. La lógica de la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual es quebrada cuando la llamada Super 301, autoriza al gobierno de los Estados Unidos de América a tomar represalias comerciales contra los países que no cumplen, dentro de su propio territorio, con la legislación de propiedad intelectual de los Estados Unidos.

Mediante un proceso de incentivos, presiones y amenazas perfectamente documentado por Peter Drahos,⁽²⁵⁾ los países desarrollados lograron que, al final de aquella Ronda, se formara la Organización Mundial del Comercio, la cual bajo la bandera de un comercio global más libre, incluyó en el tratado sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con Comercio, ADPIC, aspectos que, irónicamente, constituyen restricciones al comercio libre.

El enfoque global impuesto por los ADPIC representa un régimen de propiedad intelectual en general, y de derechos de autor en particular, mucho menos flexible que el régimen de Berna. Antes de la firma del ADPIC, los Estados podían adaptar sus niveles de protección a sus necesidades de desarrollo, lo que de hecho hicieron todos las potencias hasta alcanzar los niveles de crecimiento actuales,⁽²⁶⁾ pero el nuevo régimen promueve la universalidad en la protección de derechos de propiedad intelectual, tornando

(24) La Sección 301 —denominada “super 301”— autoriza al gobierno de los EEUU a tomar represalias comerciales contra países que no cumplen, dentro de su propio territorio, con la legislación de propiedad intelectual de los EEUU, preceptiva que quiebra la lógica de la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual.

(25) DRAHOS, P., y BRAITHWAITE, J., *Information Feudalism*, Londres, Earthscan, 2002.

(26) EEUU no adhirió a la Convención de Berna hasta 1989, y, hasta el año 1986, la Sección 601 de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos requería que los libros fueran impresos dentro de su territorio para reconocerles la protección de los derechos de autor.

en ilegal comportamientos que eran legales en muchos países. Dentro del nuevo régimen global, los Estados debieron extender la protección del derecho de patentes a "todos los campos de la tecnología"—lo que implicó, para muchos países, la imposibilidad de desarrollar una industria farmacéutica propia—, uniformar la duración de las patentes en 20 años, y asegurar el derecho exclusivo del titular de una patente en importar bienes relevantes a la patente (art. 27 ADPIC).

En cuanto a derechos de autor se refiere, los Estados miembros están obligados a cumplir con las partes substanciales de la Convención de Berna, pero no con al reconocimiento de derechos morales. También deben extender la protección del derecho de autor a los programas de computación y compilaciones de datos, crear derechos de alquiler para programas de computación y producciones cinematográficas, e imponer responsabilidad penal a aquellos que violan los derechos privados de propiedad intelectual. Si bien se suele hacer referencia a la elasticidad del tratado, se observa también que hace hincapié en las limitaciones a los instrumentos de flexibilidad más que a su garantía, al enunciar que "los miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos" (art. 13).

En el ámbito de los EEUU, la protección a los titulares del derecho de autor fue expandida aún más con el pasaje de la Ley de Derecho de Autor del Milenio Digital,⁽²⁷⁾ la que, además de extender los plazos de protección a niveles más antieconómicos⁽²⁸⁾ y volver a introducir en el ámbito de su tutela a obras que ya se encontraban en el dominio público,⁽²⁹⁾ instituyó la protección autónoma para las medidas de protección tecnológica. Es decir que, en caso de que una obra se encontrara en el dominio público pero su única copia estuviera protegida por una medida de protección tecnológica, anular de alguna forma tal protección para ofrecerla como contenido público constituye un ilícito que acarrea tanto responsabilidad civil como

(27) *Digital Millennium Copyright Act*.

(28) Para una discusión sobre el plazo óptimo de protección, Marzetti, 2013.

(29) LESSIG, L., *Code 2.0*, Nueva York, Basic Books, 2006.

penal. Este tipo de protección, que podríamos llamar “paralegal”,⁽³⁰⁾ ha sido introducida en las legislaciones europeas —a través de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información—, en la de Australia, en la de Japón, y en la de varios países en vías de desarrollo por imperio de obligaciones impuestas en el marco de tratados de libre comercio entre esos países y EEUU o la Unión Europea.

Resulta de todo este análisis que la combinación de la extensión de plazos, la reducción del dominio público, las medidas tecnológicas de protección, y la criminalización de la violación a los derechos de propiedad intelectual tienen un fuerte impacto en el acceso al conocimiento y, por ende, a la educación en la era de la información. Es necesario señalar que los mismos instrumentos de derechos humanos citados más arriba hacen referencia a la protección de los frutos de la creatividad y la inventiva, lo que resulta en un conflicto entre derechos que puede parecer que tienen el mismo nivel jerárquico en el derecho internacional, conflicto factible de ser minimizado con la extensión de ciertas excepciones a la protección del derecho de autor.⁽³¹⁾

En las jurisdicciones anglosajonas, las excepciones se encuentran englobadas en lo que se llama *fair use*, en EEUU, y *fair dealing*, en Inglaterra.⁽³²⁾ De nacimiento jurisprudencial en Inglaterra, el uso justo encontró en los EEUU su campo más fértil, encaramado en el Título 17, Sección 107 del Código de los Estados Unidos.⁽³³⁾ Algunos de los usos que pueden ser considerados justos incluyen críticas, comentarios, reportes de noticias,

(30) Si bien la protección es legal en cuanto que está creada y reconocida por los sistemas legales de los países que la tienen, la denominación “paralegal” se refiere a que la protección *per se* está en la medida tecnológica y la ley sólo previene su elusión.

(31) GÓMEZ, y GÓMEZ MADRIGAL, L. S., “Limitaciones a los derechos de autor”, en Solorio Pérez, *Derechos de autor para universitarios*, Colima, Universidad de Colima, 2007, pp. 132/143.

(32) WILSON, L., *Fair use, free use and use by permission*, Nueva York, Allworth Press, 2005.

(33) El Código de los Estados Unidos (denominado en inglés Code of Laws of the United States, United States Code, US Code, o USC) es una compilación y codificación de la legislación federal general de los Estados Unidos, cuya edición principal es publicada por la Oficina del Consejo de Revisión de Ley de la Cámara de Representantes, a lo que se suman suplementos anuales.

enseñanza, usos académicos e investigación. A los efectos de considerar si un uso es justo o no, la sección 107 establece cuatro factores: el propósito y carácter del uso, la naturaleza de la obra, la cantidad y porcentaje de la porción usada y el efecto que el uso tiene sobre el mercado potencial o el valor de la obra.

5 | Breve referencia al derecho de autor en Argentina

La Constitución Nacional consagra que "todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley" (art. 17), y varios de los tratados y declaraciones incorporados con rango constitucional también hacen referencia a la protección de las creaciones de la mente como un derecho humano (art. 75, inc. 22). La ley 11.723, mal denominada Ley de Propiedad Intelectual,⁽³⁴⁾ es la ley de derecho de autor de Argentina, y define qué se entiende por obras en un listado enunciativo, resumiéndolo en "toda producción científica, literaria o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción" (art. 1º), aclarando que la protección del derecho de autor abarca la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, pero no la ideas, procedimientos, métodos y conceptos subyacentes a esas expresiones. De esto se deduce que la totalidad de los materiales susceptibles de ser usados en entornos educativos se encuentran alcanzados por la definición de "obra" de la legislación argentina.⁽³⁵⁾

El plazo de duración de los derechos de autor varía de acuerdo a quien ostente la titularidad de la obra y del tipo de obra. Durante la vida de los autores y sus herederos, hasta setenta años luego de la muerte del autor, setenta años de la publicación para los intérpretes y productores y cincuenta años para las obras anónimas pertenecientes a instituciones,

(34) Es reconocido a nivel global que la expresión "propiedad intelectual" engloba tanto a la propiedad intelectual como a los derechos de autor. En Argentina, desde la sanción hace más de cien años de la ley 11.723, se persiste en un uso de un lenguaje que no se corresponde ni con el mismo derecho argentino, ni con los tratados incorporados, ni con la costumbre y doctrina nacionales e internacionales.

(35) Para una discusión más exhaustiva de los derechos de autor en Argentina, FERNÁNDEZ DELPECH, H., *Manual de los Derechos de Autor*, Bs. As., Heliasta, 2011.

corporaciones o personas jurídicas.⁽³⁶⁾ Siguiendo con la idea de obras producidas o a utilizar mediante TICs, por la cercanía temporal de la creación de estas tecnologías, es de esperar que de una forma u otra la inmensa mayoría de las obras en formato digital se encuentren dentro del plazo de protección.

En la legislación argentina existen pocos usos permitidos de obras protegidas, limitándose al doblemente circunscripto derecho de cita (art. 10, ley 11.723),⁽³⁷⁾ a los discursos políticos o literarios, a las noticias de interés general, a la representación, ejecución y recitación de obras literarias en actos públicos de establecimientos de enseñanza y a la ejecución de obras musicales por parte de orquestas estatales cuando la concurrencia sea gratuita. No existe la excepción de la llamada “copia privada”, que es la que autoriza a un usuario a hacer una copia de una obra que ha adquirido legalmente para su uso privado y sin fines de lucro. Tampoco el *format shifting*⁽³⁸⁾ o cambio de formato se encuentra dentro de la excepciones —mejor llamadas defensas por violación—, a los derechos de autor, lo que impone un gran límite para los usos educacionales de las obras protegidas, constituyendo un claro ejemplo de la llamada paradoja del derecho de autor,⁽³⁹⁾ en cuanto fue instituido para fomentar la creatividad pero la instauración de un sistema rígido y excluyente conspira contra las posibilidades de creación de las próximas generaciones.

6 | Pensamientos finales

La cuestión de la relación entre el derecho a la educación, el acceso al conocimiento y la propietización de la información a través de los derechos de autor requiere un análisis que supera este esbozo del problema, y necesita de la exploración de múltiples disciplinas para alcanzar una conclusión acabada. Sin embargo, la información necesariamente acotada y los

(36) VIBES, F. P., *Derechos de propiedad intelectual*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.

(37) Limitado en la cantidad de palabras y en los fines.

(38) HOGGE, B.; HOLLOWAY, M.; BARRIO, F.; GROSSMAN, W.; BLACKER, O.; y HATCHER, J., *Taking forward the Gowers Review of Intellectual Property: proposed changes to copyright exceptions. Response of the Open Rights Group*, Londres, Open Rights Group, 2008.

(39) NETANEL, N. W., *Copyright's Paradox*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

conceptos adelantados permiten vislumbrar un conflicto entre derechos que el legislador doméstico e internacional han considerado de igual nivel jerárquico en una hipotética pirámide normativa, estimación que parece forzada y errónea.

Los derechos de propiedad intelectual son instrumentos de política pública útiles para la consecución de ciertos objetivos de fomento de la creatividad e innovación, pero sus beneficios han sido exagerados en grado supremo por aquellos que, teniendo el poder de influenciar el dictado de normas, se encontraron con que restringir el uso de obras y de ciertas tecnologías era más fácil y redituable que adaptar sus modelos de negocios a las mismas.

Por otra parte, la utilidad y los beneficios provenientes de la educación, definida de la manera que sea, exceden cualquier proyección positiva, y el pleno ejercicio del derecho humano a la educación es un seguro para el cumplimiento y garantía del resto de los derechos.

En ese contexto, la equiparación del derecho a la educación con los derechos a la protección de las creaciones de la mente, propietizadas a través de los derechos de propiedad intelectual, solo puede ser explicada por sistemas jurídicos internacionales y domésticos donde los intereses de unos pocos que se han apropiado del conocimiento priman sobre el interés del conjunto.

De la misma forma que la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina ha significado el reemplazo de un código patrimonialista por uno en el cual los principios constitucionales y de derechos humanos se traducen en normas civiles, es necesaria una reforma profunda de los institutos de propiedad intelectual para que, sin ignorar los derechos patrimoniales de los creadores e inventores, estos cedan su lugar de preeminencia a los derechos colectivos de acceder al conocimiento y a una educación inclusiva.

La educación en el régimen democrático⁽¹⁾

por ALEJANDRO CACACE⁽²⁾

I | Introducción

Es plenamente conocido el estado de crisis en que se encuentra la educación en Argentina. Constantemente se recuerdan los problemas y las deficiencias del sistema educativo. Con frecuencia aparecen datos estadísticos, publicaciones e informes periodísticos que muestran la baja calidad de la educación en el país. Los habitantes diariamente lamentan la ineficiente ejecución de las políticas públicas, y en particular las políticas sociales y educativas.

Es tiempo de solucionar la tragedia educativa y, para ello, hay que pensar cómo revertir la crisis educativa argentina. Sin dudas que los cambios más profundos que pueden acontecer son los que surgen desde la sociedad y provocan nuevas actitudes y perspectivas de referencia. Solo un cambio cultural profundo y una reevaluación de los valores por parte de la sociedad pueden crear un país renovado y en pleno desarrollo. Sin embargo, estos cambios culturales exigen grandes esfuerzos de voluntad por parte de todos los argentinos y son muy difíciles y lentos de realizar. Por lo tanto, sería imprudente esperar que tras una exhortación al cambio, este se realice naturalmente.

.....

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogado. Magister en Derecho y Economía y Doctorando en Derecho Constitucional. Ha realizado estudios de política, derecho, filosofía, y economía en las Universidades de Harvard (Estados Unidos), Córdoba (Argentina), Complutense de Madrid, Autónoma de Madrid y Cádiz (España), Bologna (Italia), Hamburgo (Alemania), Rotterdam (Holanda) y Central Europea en Budapest (Hungria).

En consecuencia, es necesario que el Estado, como tenedor del poder público, se constituya en el motor del cambio. El Estado es la única organización que tiene el poder suficiente para realizar reformas que transformen el estado de la educación en el país. Es por eso que los gobernantes de la Nación deben tomar la iniciativa y ejercer su liderazgo con el propósito de producir una revolución educativa. De esa forma, con un esfuerzo conjunto entre la sociedad y el Estado, es como se logrará revertir la crisis de la educación argentina.

La educación es un tema público de trascendental importancia. No es casual que el índice de desarrollo humano elaborado por las Naciones Unidas para medir el progreso de las naciones se base en cuatro indicadores de los cuales dos son referidos a la educación: la tasa de alfabetización y la tasa de matrícula escolar. La educación es esencial para el desarrollo humano, ya que es una política pública de cuyo éxito depende el éxito de todas las demás.

El objetivo de esta publicación no es rediagnosticar el estado de la educación argentina, lo que ya fue hecho muy eficientemente por una gran cantidad de autores, sino que intenta exponer los principios que se deben garantizar y los desafíos a los que, en democracia, la educación se enfrenta.

2 | Educación y democracia

La educación es esencial para la democracia. Otros regímenes políticos pueden prescindir de ella e incluso beneficiarse de su ausencia, pero la democracia la necesita para su funcionamiento.

Montesquieu, en su obra *Del Espíritu de las Leyes*, destaca que “en el régimen republicano es en el que se necesita de toda la eficacia de la educación”. Considera que el principio de la democracia es la virtud, “que es el amor a la patria y a las leyes”. Continúa diciendo que “es un amor que solo existe en las democracias, donde todo ciudadano tiene parte en la gobernación. Ahora bien, la forma de gobierno es como todas las cosas de este mundo: para conservarla es menester amarla”. Agrega luego: “Así los pueblos deben amar la República; a inspirarles este amor debe la educación encaminarse”.

Por el contrario, Montesquieu piensa que “donde existe el régimen despótico la educación es nula” y que “la educación servil es un bien en los Estados despóticos, aun para el mando, ya que nadie es tirano sin ser a

la vez esclavo". A continuación, agrega que "la obediencia ciega supone crasa ignorancia, lo mismo en quien la admite que en el que la impone. El que exige una obediencia extremada no tiene que discurrir ni dudar: le basta con querer".

Uno de los principios fundamentales de la democracia es el poder del pueblo, y este precisa ser instruido para ejercerlo efectivamente. La educación aumenta la calidad democrática, ya que forma al ciudadano para el ejercicio de sus derechos políticos. Así, el sufragio y los mecanismos de una democracia participativa se hacen más eficientes con ella. La educación contribuye también a la formación de la opinión pública y a lograr que esta tenga un carácter crítico. Es también fundamental la formación de los dirigentes, ya que sin gobernantes capaces no puede haber buen gobierno.

La educación y la democracia tienen efectos recíprocos. Así como la educación constituye un elemento esencial para la existencia de la democracia, el régimen democrático a su vez configura la estructura del sistema educativo.

3 | Los principios constitucionales de la educación

¿Cómo es la educación en un régimen democrático? Para responder a esta pregunta es preciso destacar que otro de los principios fundamentales de la democracia contemporánea es el imperio de la ley, el cual se expresa en la supremacía de la Constitución sobre toda otra norma existente. Así, para saber cuáles son los principios del sistema educativo argentino, es necesario analizar las disposiciones de la ley fundamental con respecto a él.

La Constitución de la Nación Argentina contiene varios artículos que se refieren a la cuestión educativa. Adicionalmente, después de la Reforma constitucional de 1994, existen determinados tratados internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. Así, la Constitución y estos tratados componen un orden normativo supremo que establece los principios de la educación a los cuales toda ley sobre la materia debe someterse. A ello se debe la importancia de estudiar las disposiciones constitucionales antes de emprender cualquier reforma en materia educativa.

4 | El derecho a la educación

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948, dispone en el art. 26.1: “Toda persona tiene derecho a la educación...”. En igual sentido se disponen el resto de los tratados internacionales que se refieren a la educación y procuran proveer los medios para garantizar ese derecho que corresponde a todo ser humano por el solo hecho de serlo.

Por su parte, la Constitución de la Nación Argentina (CN) dispone en el art. 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de enseñar y aprender”. Así, la Constitución establecida en el año 1853 declara este derecho para todos los habitantes, sin distinguir si ellos son ciudadanos o no ciudadanos.⁽³⁾

5 | Los objetivos de la educación

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.⁽⁴⁾

Es interesante señalar la lista de objetivos que establece el art. 29.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a. Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.
- b. Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas.

(3) Arts. 20 y 25 CN.

(4) Art. 26.2 DUDH.

- c. Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya.
- d. Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.
- e. Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

La educación en un régimen democrático tiene un doble fin. Por un lado, debe lograr el desarrollo integral de cada individuo a través del desarrollo de sus facultades intelectuales, espirituales, emocionales y físicas. Por el otro, debe formar al individuo como ciudadano y parte de la sociedad a través del desarrollo de sus valores éticos y políticos.

En un régimen democrático, la educación tiene un marcado rasgo pluralista. Sirve como elemento para la consolidación de la unidad del Estado, pero en el respeto por la diversidad. Por eso es preciso inculcar el valor del respeto por el otro, por quien es diferente, por el medio en que se vive, para lograr una convivencia pacífica en la sociedad.

El sistema educativo refleja la diversidad existente en la sociedad y por eso todos los derechos y libertades son proclamados "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".⁽⁵⁾ La democracia procura la integración.

6 | El gobierno del sistema educativo

Dentro de la organización del poder en el Estado argentino, ¿a qué nivel de gobierno (gobierno federal, gobiernos de provincia, gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, gobiernos municipales) corresponde la dirección del sistema educativo? Para responder a esta pregunta, primero es preciso analizar determinadas disposiciones constitucionales.

En primer lugar, el art. 75, inc. 18 de la Constitución (conocido como "cláusula del progreso" por su inspiración en Alberdi) dispone: "Corresponde al

.....

(5) Art. 2.1. DUDH.

Congreso: (...) Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria...". El inciso siguiente, introducido por la Reforma de 1994 y de trascendental importancia para la configuración del sistema educativo, reafirma la competencia del Gobierno federal al establecer que "Corresponde al Congreso: Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales..."⁽⁶⁾

En segundo lugar, el art. 5° CN dispone: "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure (...) la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones". El art. 125, en su segundo párrafo, agrega: "Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden (...) promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura".

En síntesis, la educación es un tema que compete a todos los niveles de gobierno y, por ende, todos deben ocuparse de ella. Sin embargo, es el Gobierno federal el que organiza el sistema educativo, fija la política educativa, y reglamenta el ejercicio del derecho de enseñar y aprender (como se ha observado en el art. 14 ya analizado). Esta asignación de competencias es realizada con el fin de consolidar la unión nacional y establecer un sistema educativo integrado. La educación es un elemento unificador del Estado.

7 | La participación social en la enseñanza

Aristóteles, en su obra *La Política*, considera que la educación es una responsabilidad exclusiva del Estado; "puesto que el fin de toda ciudad es único, es evidente que necesariamente será una y la misma la educación de todos, y que el cuidado por ella ha de ser común y no privado, a la manera como ahora cuida cada uno por su cuenta de la de sus propios hijos y

.....

(6) Art. 75, inc. 19, párr. 3 CN.

les da la instrucción particular que le parece bien". Como se ve, el filósofo no admitía la participación de los particulares en el proceso educativo.

Actualmente, la concepción al respecto es diferente. La Constitución exige leyes de educación "que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad...".⁽⁷⁾ El Estado sigue siendo ahora el promotor central de la educación y el organizador y director del sistema, pero debe también incluir a la sociedad y a los individuos en el proceso educativo.

Es común que existan enfrentamientos ideológicos respecto a la enseñanza. Los partidos políticos con una ideología progresista o de centro-izquierda generalmente ponen énfasis en el rol de la escuela, que representa la autoridad del Estado; los partidos políticos con una ideología conservadora o de centro-derecha consideran que la base de la educación es la familia, la cual representa el centro de transmisión de los valores fundamentales y la autonomía de la persona. En realidad, no se debe concebir al Estado y a las familias como fuerzas opuestas en el proceso educativo; por el contrario, es necesario que todos trabajen en conjunto para la formación del individuo. Lógicamente, es en la familia donde comienza la educación del niño o niña durante sus primeros años de vida y donde también se complementa luego la educación escolar. Por el otro lado, solo el Estado a través de la escuela tiene la capacidad para garantizar a toda persona el derecho a la educación.

¿De qué otra forma participan las familias en el proceso educativo? "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos" (art. 26.3 DUDH). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) complementa esta norma en el art. 13.3:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de sus padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos

(7) *Ibid.*

reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

De esta manera, se afirma la libertad de los individuos y de las organizaciones para establecer instituciones de enseñanza, las cuales están sujetas a la reglamentación del Estado y a la política educativa que este fije.

8 | La igualdad de oportunidades

Uno de los pilares de la democracia contemporánea es la igualdad de oportunidades, es decir, el hecho de que toda persona tenga las mismas posibilidades de desarrollo que otra sin discriminación de ningún tipo. En este contexto, la educación se convierte en la principal herramienta igualitaria de la sociedad. La Constitución exige la sanción de leyes de educación "que aseguren (...) la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...".⁽⁸⁾

La igualdad de oportunidades no debe ser confundida con la igualdad de resultados. La igualdad de oportunidades asegura que todas las personas partan desde una posición igualitaria, pero garantiza la libertad de cada uno para lograr los resultados de que sea capaz. La igualdad de resultados impone un mismo destino a quienes tienen habilidades diferentes, sin respetar su individualidad. La democracia debe tender hacia el primer objetivo, no hacia el segundo: lo importante es que todos tengan las mismas posibilidades de vida y comiencen desde el mismo lugar, no que necesariamente lleguen al mismo lugar. Esta igualdad de resultados se podría dar naturalmente, pero de ningún modo debe ser impuesta.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), en el art. XII, tercer párrafo, consagra el derecho ya expresado de toda persona a la educación y lo complementa del siguiente modo: "El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado". Así, se observa que una de las ideas fundamentales respecto

(8) *Ibid.*

a la educación es que el Estado invierta todos los recursos disponibles para lograr el desarrollo máximo de la capacidad de cada individuo. Así, el criterio rector para la distribución de recursos es hacer posible que toda persona desarrolle íntegramente su potencial de habilidades, sin excesos ni insuficiencias.

9 | Las medidas de acción positiva

Dado que en la realidad existen profundas diferencias socioeconómicas entre las personas, las cuales frecuentemente impiden que todos tengan las mismas posibilidades de vida, los gobiernos deben garantizar que la igualdad de oportunidades sea real y no una mera declaración formal. Para ello, la Constitución faculta al Congreso a “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.⁽⁹⁾

Este tipo de medidas ha tenido escasa aplicación en Argentina, salvo en lo que respecta a cuestiones político-electorales, como las leyes que garantizan el acceso igualitario de hombres y mujeres a cargos electivos y partidarios. Por el contrario, es en los Estados Unidos de América donde han alcanzado gran difusión, y donde también han sido objeto de inagotables críticas. Allí, los programas conocidos como *Affirmative action* han tenido gran impacto en el campo educativo. Su propósito ha sido establecer una especie de discriminación positiva que logre revertir la discriminación y asegurar la igualdad real de oportunidades a través del tratamiento preferencial a los grupos sociales históricamente desfavorecidos o marginados.

Un ejemplo claro de la aplicación de estas medidas al área educacional ha sido que, ante la igualdad de calificaciones entre dos postulantes cualquiera para el ingreso a la universidad, se privilegie a aquel que proviene de un grupo étnico minoritario. El fundamento generalmente otorgado es que dado que las dos personas no han tenido las mismas posibilidades de desarrollo, el que ha partido de condiciones desfavorables ha realizado

.....
(9) Art. 75, inc. 23, párr. 1 CN.

más esfuerzo y su logro es en consecuencia más importante que el del otro, por lo que merece un tratamiento favorable. Eventualmente, esas acciones gubernamentales debieran cesar, para que la “discriminación positiva” no se transforme en verdadera discriminación y provoque un tratamiento desigual entre las personas. La naturaleza de estas medidas es temporaria, y es su permanencia indefinida la que ha generado resentimiento en sectores de la sociedad.

10 | La coeducación

La cuestión del género también es de fundamental importancia para la igualdad de oportunidades. Una expresión de la desigualdad existente en la educación es aquella que se produce por la distinción según el sexo de la persona. Ha habido una profunda y constante discriminación hacia el sexo femenino, la cual se sigue observando especialmente en el acceso a las posiciones directivas en la sociedad (por eso es que las medidas de acción positiva en Argentina han tenido mayor alcance respecto a la elección de dirigentes políticos).

¿Qué principio existe respecto al género en la educación? La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEFD) establece en el art. 10 una serie de condiciones y medidas que los Estados deben proveer para asegurar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el campo de la educación. Especialmente, dispone “La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta...”⁽¹⁰⁾

De este modo, se considera a la coeducación de hombres y mujeres como un medio de garantía de la igualdad entre los sexos y la eliminación de la discriminación. Solo la educación mixta representa la realidad de la sociedad, donde las personas de ambos sexos conviven en forma integrada. Como se expresó anteriormente, la educación en un régimen democrático, refleja la diversidad y por ello debe procurar la integración de todas las personas sin hacer distinción de sexo, religión, grupo étnico o social al que pertenezcan.

.....
(10) Art. 10, inc. c) CEFD.

II | El principio de gratuidad de la enseñanza

Los tratados internacionales citados consagran el principio de gratuidad de la enseñanza para los distintos niveles del sistema educativo. Sin embargo, es la propia Constitución la que lo expresa con mayor claridad en el ya reiteradamente citado art. 75, inc. 19. Nuevamente, la Constitución exige la sanción de leyes de educación “que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal...”.⁽¹¹⁾

Como se observa, existe un profundo vínculo entre la gratuidad y la equidad de la enseñanza. Solo a través de la educación gratuita se logra tener un sistema educativo accesible a todos en condiciones de igualdad. El principio de gratuidad de la enseñanza es una garantía fundamental para la aplicación de la igualdad de oportunidades.

Desde luego que el principio de gratuidad de la enseñanza se refiere solo a la educación pública estatal y no a la enseñanza de gestión privada (como lo especifica la Constitución), ya que estas instituciones sí pueden cobrar por sus servicios para poder financiar sus actividades. Lo que el principio garantiza es que toda persona que quiera ejercer su derecho a la educación pueda hacerlo gratuitamente en una institución de enseñanza del Estado.

Otra precisión al principio de gratuidad de la enseñanza es que este se aplica a quien aprende y no a quien enseña. Es decir, todo el que aprende lo hace gratuitamente, pero eso no significa que quien enseña lo haga también así. Los educadores tienen derecho a un salario como remuneración por su trabajo, mientras que el alumno tiene acceso gratuito a la educación. Es responsabilidad del Estado invertir los recursos necesarios para que ese nexo sea posible.

En ocasiones, ni siquiera el principio de gratuidad de la enseñanza es suficiente para garantizar la igualdad de oportunidades. Hay situaciones en que las personas se encuentran en una posición socioeconómica

(11) Art. 75, inc. 19, párr. 3 CN.

tan desfavorable que les impide acceder en condiciones de igualdad a la educación por no poder satisfacer otras necesidades básicas. Por ello, "se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente".⁽¹²⁾

Es también responsabilidad del Estado crear las condiciones socioeconómicas que hagan posible para toda persona recibir educación, que la hagan educable. Con ese propósito, se debe otorgar asistencia financiera al alumno que la necesite para realizar sus estudios.

12 | La educación primaria y secundaria

Como se observa, la educación primaria se basa en los principios de obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza: "la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente".⁽¹³⁾ "Toda persona tiene el deber de adquirir a lo menos la instrucción primaria".⁽¹⁴⁾ Además, se introduce la noción de que la persona no solo tiene derecho a la educación, sino que es también para ella un deber educarse.

La idea central es garantizar el derecho de toda persona a la educación fundamental y el acceso al sistema escolar en condiciones de igualdad mediante la gratuidad de la enseñanza: "la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita".⁽¹⁵⁾ Del mismo modo que respecto a la educación primaria, todos los tratados internacionales con jerarquía constitucional citados disponen en igual manera.

.....
(12) Art. 13.2, e) PIDESC.

(13) Art. 13.2, a) PIDESC.

(14) Art. XXXI DADDH.

(15) Art. 13.2, b) PIDESC.

También se garantiza la educación para adultos que no hayan podido participar enteramente del ciclo escolar y que desean ejercer su derecho a la educación: “debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria”.⁽¹⁶⁾

13 | La educación superior

Según el PIDESC, “la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.⁽¹⁷⁾ Y también “... el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”.⁽¹⁸⁾

La enseñanza superior reposa sobre dos principios fundamentales: el principio de accesibilidad igualitaria y meritosa y el principio de gratuidad de la enseñanza. El primero se refiere a que toda persona que haya cumplido las etapas educativas anteriores y se haya destacado académicamente o demuestre una capacidad suficiente debe tener derecho a ingresar a la educación superior en condiciones de igualdad. El segundo tiende, como ya se ha expresado, a garantizar esas condiciones de igualdad mediante la remoción de todos los obstáculos y restricciones financieras que la persona pueda encontrar para ejercer su derecho a la educación.

En adición a estos dos principios consagrados por la comunidad internacional, la Constitución exige la sanción de leyes de educación “que garanticen (...) la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.⁽¹⁹⁾ Esta norma tiene como objetivo dar a las universidades nacionales el poder de gestionarse a sí mismas y de disponer de sus recursos asignados o crear otros nuevos sin intervención de los órganos gubernamentales. Desde luego que no significa la desvinculación de los fines del Estado ni tampoco la desobediencia a la política educativa y a los planes de instrucción universitaria que el Gobierno federal establezca.

(16) Art. 13.2, d) PIDESC.

(17) Art. 13.2, c) PIDESC.

(18) Art. 26.1 DUDH.

(19) Art. 75, inc. 19, párr. 3 CN.

14 | La educación de los pueblos indígenas argentinos

La Constitución reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Por ello, atribuye al Congreso “garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”.⁽²⁰⁾ Esta norma es de gran importancia, ya que termina con las pretensiones de imponer la homogeneización cultural y estimula el respeto a la diversidad cultural. Esta es una actitud coherente con los valores democráticos y el respeto a la identidad de las minorías. Los pueblos indígenas tienen el derecho a conservar su identidad y su cultura, y el lenguaje es una de las principales herramientas de transmisión de la cultura. Por ello, además de recibir la educación escolar en español, pueden elegir también aprender su lengua nativa y la cultura que forma su contexto.

15 | La Convención sobre los Derechos del Niño

Además de los principios y objetivos ya mencionados, existen otras disposiciones constitucionales o de los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional que son de importancia para la educación. En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene una serie de cláusulas muy avanzadas respecto al proceso educacional. Ellas son:

- el derecho a la información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales.⁽²¹⁾
- el fomento de la asistencia regular a las escuelas y la reducción de las tasas de deserción escolar.⁽²²⁾
- la aplicación de la disciplina escolar de modo compatible con la dignidad humana.⁽²³⁾

.....
(20) Art. 75, inc. 17 CN.

(21) Art. 28.1, c) CDN.

(22) Art. 28.1, d) CDN.

(23) Art. 28.2 CDN.

- la eliminación del analfabetismo y la facilitación del acceso a los métodos modernos de enseñanza.⁽²⁴⁾

16 | Epílogo

Como se expresó inicialmente, el sistema educativo es un sistema en construcción, un sistema con una gran cantidad de problemas para resolver. La educación argentina se encuentra en un estado de crisis profunda y es preciso realizar una reforma integral para corregirla. Por ello, es imperioso que la sociedad y el Estado realicen el esfuerzo necesario y piensen cómo revertir la crisis educativa argentina.

El Estado, como tenedor del poder público, debe constituirse en el motor del cambio en la educación. Es necesario que se articule la política educativa con el resto de las políticas sociales y las políticas públicas en general, de modo que se configuren las condiciones socioeconómicas que posibiliten la educación y garanticen el derecho de todas las personas a acceder a ella.

Respecto a la política educativa en particular, esta debe ser diseñada sobre la base de los principios establecidos por el régimen democrático constitucional de la Nación Argentina y por los tratados celebrados por la comunidad mundial de naciones. Estas normas deben proveer el contexto para la fijación de los objetivos nacionales sobre la educación.

Se debe tener por objeto el desarrollo de la personalidad de cada individuo a través de la formación integral de sus facultades intelectuales, emocionales, espirituales y físicas. También se debe inculcar a la persona el respeto por los derechos humanos, asegurándose de formarla para la vida en sociedad y como un ciudadano con profundos valores éticos y políticos.

Es también fundamental que se promueva el contacto del individuo con la diversidad cultural, de modo que el conocimiento de otras ideas y costumbres lo enriquezca educativamente y lo haga más comprensivo y tolerante. En ese contexto, resulta de gran utilidad el fomento de la enseñanza de lenguas extranjeras y la promoción de los programas de intercambio cultural y educativo.

(24) Art. 28.3 CDN.

Asimismo, se debe asegurar la igualdad de oportunidades para todos en la educación mediante la reafirmación del principio de gratuidad de la enseñanza y el establecimiento de condiciones equitativas para todas las personas en el acceso al sistema educativo. Para ello, el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para convertir en realidad esa igualdad de oportunidades y no solo mantenerla como una declaración formal, por lo que se deben propiciar los programas de becas y ayudas para que todos puedan gozar del derecho a la educación.

Por último, se debe reafirmar la necesidad de financiar plenamente el sistema para que se puedan producir cambios profundos en la educación. Es fundamental corregir las disparidades de financiamiento que se producen entre las diversas regiones del país e invertir para tener un sistema educativo integrado y articulado. Gran parte de la inversión adicional debe estar destinada a jerarquizar la función docente a través del otorgamiento de salarios dignos a los trabajadores de la educación que expresen una valoración por su esencial tarea. Es preciso recordar que los seres humanos son el elemento central de todo sistema educativo.

Análisis del acoso escolar desde el punto de vista de la Convención sobre los Derechos del Niño y su prevención⁽¹⁾

por ROMINA PAOLA CAPOMASI⁽²⁾

Resumen: El *bullying*, o acoso entre pares, es un comportamiento agresivo e intencional que supone un desbalance de poder y que se repite a lo largo del tiempo. Se realiza a través de diferentes formas de hostigamiento: físico, verbal, psicológico o virtual. Las consecuencias que provoca son muchas: la víctima puede tener problemas de integración, sufrir lesiones o consecuencias más graves. Por ello, frente a la creciente agresividad entre los alumnos que lleva a cuestionar la efectividad de las pautas para convivir, surge el planteo y la necesidad de implementar mecanismos alternativos de resolución pacífica de conflictos que promuevan hábitos de convivencia pacífica y contribuyan a prevenir la violencia en las escuelas, creando espacios de diálogo, escucha y respeto mutuo, y que asimismo esta herramienta contribuya a que los actores de la comunidad educativa puedan detectar situaciones de acoso o maltrato.

I | Introducción

El hostigamiento e intimidación —*bullying*— entre estudiantes es, sin lugar a dudas, un fenómeno antiguo al cual la literatura se ha referido esporádicamente. Sin embargo, en la década de los setenta se comenzó

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogada especializada en derecho de familia (UBA). Presidenta de la Asociación Civil de la Provincia de Buenos Aires "Por una Infancia Digna". Autora de varios artículos referidos al acoso escolar y los derechos de la niñez.

a estudiar sistemáticamente en los países nórdicos y, eventualmente, en otros países.⁽³⁾

El psicólogo noruego Dan Olweus fue quien acuñó el término *bullying*, hace más de dos décadas, luego de la observación de esta conducta en la escuela, y advirtió sobre el perjuicio que provoca en la psiquis de los niños el maltrato entre pares por abuso de poder.

El acoso escolar es una conducta hostil o persecutoria, física o psíquica, realizada por uno o varios niños en perjuicio de otro. Las causas por las cuales un niño resulta elegido como blanco de estos ataques permanentes son múltiples y dependen de cada contexto escolar, pero para configurarse el acoso debe existir más que un ataque; no es un hecho aislado sino una conducta persecutoria hacia un integrante de la clase.⁽⁴⁾

La diferencia entre tradicionales disputas infantiles y el *bullying* es que este último es más peligroso porque no hay equilibrio entre pares, los actos son reiterados y sistemáticos y como resultado el que acosó goza, mientras el ofendido queda intimidado y avergonzado. Para que haya acoso se requiere más de una agresión, son una serie de acciones persecutorias realizadas de manera sistemática que producen consecuencias en la formación de una persona. Las principales características de este hostigamiento son:

- a. reiteración de agresiones;
- b. permanencia en el tiempo
- c. relación de poder asimétrica
- d. intención de producir daño.

El espectro de tipos de *bullying* es muy amplio y diverso. La mayoría de los autores,⁽⁵⁾ lo identifican con acciones intimidatorias que combinan agresiones físicas, verbales y psicológicas. Autores como Besag añaden el “aspecto moral de intención”, de difícil cuantificación, aunque importante en cuanto a la modificación de comportamiento y cambio de actitud. Sin em-

(3) SUAREZ KINDY, JOY LYNN y GONZALES FERNÁNDEZ, MARIBEL, “Bullying: detección e intervención”, en Juan A. Seda Seda (comp.), *La Convención de los Derechos del Niños aplicada al Ámbito Educativo*, Rosario, Homo Sapiens, 2013, p. 67.

(4) BASSI, JULIO JAVIER y CAPOMASI ROMINA, “Acoso escolar”, en Juan A. Seda (comp.), *Responsabilidades y aspectos legales en la convivencia escolar*, Bs. As., Noveduc, 2014.

(5) FERNÁNDEZ, ISABEL, *Escuela sin violencia. Resolución de conflictos*, México D. F., Alfaomega, 2003, p. 51.

bargo, su definición está sujeta a constantes revisiones según avanzan los estudios sobre su naturaleza encontrándose más matices. Smith y Sharp lo consideran “un abuso sistemático de poder” y Randall añade, con acierto, que a menudo es el miedo al que está sujeta la víctima lo que causa el dolor e inhibe sus acciones y se convierte en el abuso en sí, sin tener que llegar a una repetición de acciones. Asimismo, Randall define este tipo de acciones como “un comportamiento agresivo que surge de un intento deliberado de causar daño psicológico y/o físico a otra persona”.⁽⁶⁾

El agresor actúa de manera rápida y en ausencia de adultos. El fenómeno se manifiesta en el momento en que el agresor ejerce la agresión sobre la víctima, provocando un desequilibrio de fuerzas y dificultando la defensa del acosado. Quienes hostigan pueden ser un individuo o un grupo de ellos. Las consecuencias que sufren los menores víctimas de esta problemática son múltiples. Quien es acosado puede no desear concurrir a la escuela, sufrir depresión o nerviosismo, su rendimiento escolar puede decaer, puede tener problemas de integración o puede sufrir lesiones o secuelas más graves.

2 | El papel de la Convención sobre los Derechos del Niño frente a esta problemática

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) en 1989 implicó un cambio de paradigma con respecto a la infancia, por fundamentarse en la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños como sujetos de derecho significando que tienen capacidad, de acuerdo a su desarrollo, para involucrarse en asuntos que les conciernen. Al ser sujeto de derechos se les otorga a los niños el ejercicio paulatino de la ciudadanía. Por otra parte, es importante destacar que la Constitución Nacional, desde su Reforma de 1994, le otorga jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño a través del art. 75, inc. 22.

La CDN refleja una nueva perspectiva en torno al niño. Ya no se los considera propiedad de sus padres —u objetos de derechos— ni tampoco

.....
(6) FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 52.

indefensos al cuidado de una obra de caridad; son, en cambio, seres humanos y destinatarios de sus propios derechos. De este modo, la CDN ofrece un panorama en el que el niño es una persona, miembro de una familia, una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo.

Al reconocer los derechos de los niños, la Convención afirma su mandato hacia la personalidad integral del niño. Por lo tanto, la CDN supuso el cambio del paradigma de los derechos restringidos al de derechos abarcales para los menores.

En cuanto a la problemática que se plantea en el presente artículo, la CDN no contempla de modo específico situaciones de violencia en la escuela, ni de un modo general ni de un modo extremo, como el acoso escolar. Su "Preámbulo" dice:

Los niños deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente las responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. (...) 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...

El complejo tejido de derechos y responsabilidades que une al niño con la familia y el Estado ocupa un lugar importante en la CDN. Por ello, es importante que el Estado, los padres y la sociedad velen por el bienestar general de los niños, ya que son los responsables de garantizarles los derechos consagrados en la Convención. En este sentido, los derechos que están en juego en relación a la problemática del *bullying* son: el derecho a una vida con dignidad, igualdad, libertad, el derecho a ser escuchado, la protección integral, el derecho a la educación, a no soportar actos abusivos, la no discriminación, y el derecho a la salud, entre otros.

Por su parte, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece que los organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles a los niños el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna (art. 15, parte final). Este artículo también responsabiliza al Estado, a la familia y a la sociedad por los derechos recién mencionados.

Entonces, si bien no son los docentes o directivos de un colegio quienes acosan al niño, la ley obliga a las autoridades y establecimientos escolares a buscar los medios para evitar que tales conductas se produzcan.

Ante estas conductas disvaliosas como las de este tipo de hostigamiento, no hay una norma específica que obligue a los establecimientos educativos y docentes a denunciarlos, pero hace a su deber de cuidado de los niños a su cargo el poder detectarlos cuando se están produciendo.

3 | Ley para la Promoción de la Convivencia y Abordaje de la Conflictividad Social

La Ley para la Promoción de la Convivencia y Abordaje de la Conflictividad Social en las Instituciones Educativas —ley 26.892— fue sancionada el 11 de septiembre de 2013 y se propone promover la intervención institucional y desarrollar espacios de investigación sobre el fenómeno en cuestión.

A pesar de que esta ley implicó un avance en cuanto al vacío normativo que existía con respecto al acoso escolar, en el texto no aparece en ningún momento el término *bullying*, ni tampoco las definiciones sobre las conductas que abarca esta categoría. La ley solo hace referencia al hostigamiento, en términos generales, como una de las conductas rechazadas y sobre las que las autoridades escolares deben tomar medidas preventivas, no produce ningún cambio significativo respecto de las leyes ya vigentes, y enumera casi a manera de recordatorio muchos principios ya receptados en nuestro ordenamiento.⁽⁷⁾ Además, es loable mencionar que, hasta la fecha, esta ley no se encuentra reglamentada.

(7) SEDA, JUAN A., *Bullying: Responsabilidades y aspectos legales en la convivencia escolar*, Bs. As., Noveduc, 2014, p. 18.

4 | Responsabilidad del Estado y la sociedad

La responsabilidad en cuanto a la prevención, intervención y resolución del acoso escolar no es solo de padres y maestros, sino también del Estado, que debe desarrollar políticas públicas para prevenir y atender esta problemática social a fin de garantizarle a los niños y niñas sus derechos consagrados.

Asimismo, la sociedad también es responsable en velar por los mismos, de lo que se desprende que no debe ser permisiva no denunciando y no interviniendo frente a una situación de hostigamiento entre pares.

Al respecto, la CDN establece:

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

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”(art. 3º, incs. 2 y 3).

En ese mismo orden de ideas, tal como fue mencionado anteriormente, la ley 26.061 establece que “los organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles a los niños el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna”(art. 15, parte final).

De este modo, a fin de atacar el problema, las políticas del Estado deben dirigirse a la prevención y la atención de las víctimas y de los agresores.

5 | Mediación escolar

5.1 | Importancia de la mediación escolar

La forma tradicional de actuar frente al conflicto es la de la sanción disciplinaria, pero no siempre el castigo supone una modificación de la conducta. Paradójicamente, a veces el castigo puede transformarse en una justificación de la conducta o incluso en un proceso de victimización. En cambio, recurriendo a sistemas de mediación, las partes se sienten satisfechas por el acuerdo convenido y esta situación las predispone de manera favorable para abordar futuros conflictos del mismo modo. Aunque no todos los conflictos pueden resolverse a través de la mediación.

Básicamente, existen cinco estrategias ante situaciones conflictivas:

- a. la retirada, que supone una renuncia a los objetivos y a la relación;
- b. la fuerza, que tiene como fin asegurar el objetivo olvidando de este modo a la relación;
- c. la afabilidad, que intenta priorizar la relación renunciando al objetivo;
- d. el compromiso, que trata de conservar parte de los objetivos para mantener la relación;
- e. y, por último, la negociación integradora, que busca que el acuerdo contemple los objetivos de ambas partes propiciando una buena relación.

Por su parte, la mediación busca la negociación integradora y se basa en el consenso, la colaboración y en la búsqueda de una actitud constructiva. Al ser un modo pacífico de resolución de conflictos, es uno de los grandes desafíos a implementar en la sociedad actual, en general, y en la institución escolar, en particular. Además, la implementación en los centros educativos de programas de resolución de conflictos y mediación educativa resultan un aporte significativo a la cultura del diálogo, el respeto, el consenso y la paz. También significaría reivindicar el valor de la palabra que actualmente se encuentra devaluada.⁽⁸⁾

.....

(8) MARTÍNEZ ZAMPA, DANIEL F., "Acerca de la Violencia en las escuelas (o la pérdida del valor de la palabra)", [en línea] <http://www.mediacioneducativa.com.ar/articulos/delequipo/125-acerca-de-la-violencia-en-las-escuelas>

5.2 | Antecedentes

La mediación en las escuelas surge en Estados Unidos entre los años 1960 y 1970. Activistas religiosos y pacifistas comenzaron a comprender la importancia de enseñarles a los chicos técnicas y habilidades para resolver los conflictos.

En esa época, las maestras intentaron incorporar estos métodos pacíficos de resolución de conflictos a sus programas de enseñanza, pero sus esfuerzos fueron aislados y desorganizados. Poco tiempo después, en 1980 los educadores para la responsabilidad social organizaron estas actividades independientes en una asociación nacional. Mientras los educadores desarrollaban los métodos de resolución de conflictos dentro de su currícula escolar, en los barrios, los centros de justicia, los llevaban a través de todo Estados Unidos. Estos centros ofrecían servicios de mediación para conflictos interpersonales y disputas comunitarias. Tanto los voluntarios del centro como los profesionales consideraron que era importante enseñar estas técnicas a los más jóvenes.

En 1984, alrededor de cincuenta educadores de Estados Unidos y mediadores comunitarios se encontraron para discutir la iniciación de programas de resolución de conflictos en la escuela, y crearon una organización para aquellos que ya habían iniciado los programas: la Academia Nacional para Mediadores en Educación (NAME, por sus siglas en inglés).

En 1986, Bill Honig, superintendente de Educación Pública escribió:

Enseñar las habilidades de resolución de conflictos en las escuelas provocará el descenso de los problemas disciplinarios y proveerá de cimientos y habilidades para la próxima generación. Es nuestra intención que todos los estudiantes tengan la posibilidad de ser instruidos acerca de la resolución de conflictos y habilidades comunicacionales.

En breve, los programas de mediación comunitaria solicitaron a las escuelas secundarias y primarias para preparar a los alumnos en el estudio de programas de resolución de disputas. La experiencia demostró que enseñar a los chicos a abordar los conflictos constructivamente posibilita un mejor aprendizaje. La mala relación en clase, así como los ciclos de

estrategias antisociales, generan dificultades en el aula que repercuten en el aprendizaje.

Estudios de investigación informan sobre la eficacia del funcionamiento de este método pacífico de resolución de conflictos, la consecuente disminución de los niveles de violencia,⁽⁹⁾ la mejora en la actitud frente a los conflictos y el aumento de la autoestima de los alumnos.⁽¹⁰⁾

Actualmente, los organismos dedicados al tema también se han multiplicado aunque, lamentablemente, no tanto como el incremento de la violencia, la agresión, la intolerancia y la incomunicación.

En Latinoamérica, Costa Rica tomó la iniciativa de sancionar una ley que incorpora de manera obligatoria a las diferentes currículas escolares los contenidos relacionados con la resolución pacífica de controversias. En el resto de los países que integran la región se han practicado y se practican varias experiencias piloto, la mayoría exitosas pero de transitoria duración.

Francia y Canadá, entre otros países, se han destacado por la implementación de una serie de programas de convivencia social tendientes a la formación y entrenamiento tanto de los estudiantes como de los docentes.

Argentina, a pesar de no tener una ley nacional que específicamente trate la mediación escolar, hace vanguardia entre los países de América del Sur, ya que los programas de mediación escolar comenzaron a aplicarse a comienzos de la década del 90. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires creó en esos años un masivo programa para escuelas públicas y múltiples proyectos que se pusieron en marcha en varios colegios tanto públicos como privados y religiosos. En tal sentido, corresponde mencionar también la "Experiencia en La Reja", implementada a partir de 1994 en La Reja, una pequeña comunidad del conurbano bonaerense, por la que se puso en marcha un sistema de convivencia escolar con mediación global y entre pares reconocido como el "primer proyecto latinoamericano en mediación escolar" por diversos organismos internacionales como *The Community Board Program*, de San Francisco, EEUU, y *Peace Education Foundation*, con sede en Miami.

.....

(9) Ver Social Science Research Consortium, 1987.

(10) LUGMAN, SILVIA, *La Mediación Escolar*, 4ª ed., Bs. As. Lugar Editorial, p. 20.

5.3 | Definición

Calcaterra define a la mediación como “un proceso negocial que, con dirección de un tercero neutral que no tiene una autoridad decisonal, busca soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva a partir del control e intercambio de la información favoreciendo el comportamiento colaborativo de las mismas”.⁽¹¹⁾

El mediador, o tercero neutral, será el encargado de crear un clima de colaboración, de reducir la hostilidad y de conducir el proceso a su objetivo.

Los disputantes intervienen negociando según sus necesidades e intereses, y mantienen el control de la controversia: son protagonistas de la resolución del conflicto.

Este procedimiento resalta la responsabilidad de los participantes en la toma de decisiones que influyen en su futuro, por lo tanto, constituye un proceso que confiere autoridad a cada uno de los protagonistas.

El mediador siempre será un asistente o facilitador de la comunicación entre las partes. La mediación resulta especialmente interesante en contextos donde los involucrados en el conflicto mantienen un vínculo continuo, ya que permite restablecer la comunicación entre quienes seguirán relacionados en el futuro.

En cuanto al conflicto, Kenneth Boulding lo definió como “una situación de competencia donde las partes están conscientes de la conflictividad de las futuras posiciones potenciales, cada una de ellas desea ocupar una posición que es incompatible con los deseos de la otra”.

La mediación está dirigida, primordialmente, a los conflictos interpersonales, los que suceden entre individuos o entre grupo de individuos. Pero durante la mediación aparecen conflictos internos de las partes que repercuten en las relaciones.

En la mediación, las partes tendrán oportunidad de reunirse, aparecerá el reconocimiento de las diferentes maneras de percibir el mundo, los valores

(11) CALCATERRA, RUBÉN R., *Suplemento de Resolución de Conflictos*, Bs. As., La Ley, 16/12/1996, p. 11.

de cada uno y las formas en que se han comunicado. En lugar de adversarios, las partes se convertirán en socios para resolver su conflicto.

La mediación puede terminar con el acuerdo o sin él. Lo importante es que se haya tenido la posibilidad de generar un buen proceso y mejorar con el mismo la relación.

La mediación escolar es, entonces, una forma más de mediación, aplicada a conflictos que aparecen en las escuelas, y que pueden suscitarse entre maestros, padres y/o entre alumnos. El abordaje de los mismos se realiza a través de técnicas de mediación que generan una escuela diferente.⁽¹²⁾

5.4 | Características, técnicas, principios, objetivos y recursos procesales

Las características del proceso de mediación son:

- a. Voluntariedad, porque los involucrados en el conflicto deciden libremente participar del proceso, continuar y eventualmente, llegar o no a un acuerdo;
- b. autocomposición, ya que las partes construyen por sí mismas el contenido del acuerdo;
- c. imparcialidad, debido a que los mediadores desarrollan su tarea como terceros imparciales, no toman partido por los disputantes y se mantienen en un punto medio entre ellos, equilibrando las posibilidades de participación;
- d. flexibilidad, dado que el proceso no se rige por reglas formales estrictas. Se adapta a las circunstancias y necesidades;
- e. confidencialidad, porque los mediadores se comprometen a mantener reserva sobre lo expresado durante el proceso.

La mediación, como método de resolución de conflictos, ayuda a los miembros de la comunidad educativa a analizar y resolver sus conflictos desde perspectivas cooperativas y positivas, atentas y respetuosas con los sentimientos e intereses de todos los involucrados.

El mediador utiliza ciertas técnicas para lograr un clima de confianza, obtener información sobre la postura de los participantes, reconocer las

.....
(12) LUGMAN, SILVIA, *op. cit.*

posiciones, detectar sus verdaderos intereses y trabajar para el acuerdo, entre las que se puede destacar las de la concentración y el ataque del problema; la escucha activa frente al lenguaje verbal y al no verbal; preguntar como herramienta para descubrir los intereses y necesidades de las partes; y el reconocimiento de las emociones como fenómenos legítimos de los conflictos. El clima de colaboración debe ser creado por el mediador y demandará tanto reducir la hostilidad como coordinar un proceso de negociación y orientar la discusión de modo tal que un acuerdo satisfactorio sea posible.

En cuanto a los principios básicos de la mediación, podemos mencionar los de comprender y apreciar los problemas presentados por las partes, revelar a las partes que el mediador conoce y entiende los problemas, crear dudas en las partes respecto a la validez de las posiciones asumidas, y sugerir enfoques alternativos.

En el caso de la mediación escolar, sus objetivos son: construir un sentido más fuerte de cooperación y comunidad con la escuela, mejorar el ambiente del aula por medio de la disminución de la tensión y la hostilidad, desarrollar el pensamiento crítico y las habilidades en la solución de problemas, mejorar las relaciones entre el estudiante y el maestro, incrementar la participación de los estudiantes y desarrollar las habilidades del liderazgo, resolver disputas menores entre iguales que interfieren con el proceso de educación, favorecer el incremento de la autoestima dentro de los miembros del grupo y facilitar la comunicación y habilidades en la vida cotidiana.

Los programas de aprendizaje de técnicas de mediación están contruidos conforme a las siguientes etapas: sensibilización y difusión respecto al proyecto, reuniones con los alumnos, entrenamiento para los alumnos, instalación de un centro de mediación escolar, y monitoreo y evaluación de la experiencia.

Por último, los recursos procesales consisten en:

- a. reunión conjunta: es aquella que se realiza con todas las partes presentes;
- b. reunión privada: es la que se realiza solo con alguna parte presente;
- c. acuerdo de confidencialidad: todo lo que sucede en la mediación secreto. No se puede revelar nada de lo planteado en la mediación ni que alguno

que haya participado en la mediación sea citado como testigo. Esto se instrumenta a partir de un escrito firmado por todas las partes intervinientes en la misma.

5.5 | Modelos de mediación escolar

En principio, se puede distinguir entre dos grandes modelos: la mediación externa y la mediación interna. La mediación externa a la escuela ocurre cuando una persona ajena a la misma y entrenada en mediación y resolución de conflictos, ayuda a las partes a trabajar sus diferendos, pudiendo llegar a un acuerdo o no. En cambio, la mediación interna o dentro de la escuela opera cuando los actores de la comunidad educativa (alumnos, profesores, autoridades) entrenadas en mediación y resolución de conflictos, ayudan a que las personas de la institución escolar que voluntariamente lo deseen, puedan trabajar para resolver las diferencias que los alejan.

En cuanto a la mediación interna, hay cuatro programas a destacar:

- a. Mediación en el aula: consiste en educar, desde el mismo salón de clases, en valores pacíficos (la justicia, la tolerancia, la solidaridad, el respeto) y enseñar técnicas de gestión de conflictos. Este programa puede llevarlo a cabo un maestro, un preceptor, etc.
- b. Mediación entre pares: consiste en el entrenamiento de alumnos para actuar como terceras partes neutrales, e intervenir y ayudar a otros estudiantes en la resolución de sus conflictos. El programa de mediación entre pares incluye dos partes:
 1. Habilidades de resolución de conflictos, que puede abarcar a todos los alumnos o a toda la comunidad educativa, incluidos los padres, donde se imparten técnicas y conceptos básicos. Son entre 15 a 20 hs. de instrucción que incluyen temas como resolución de problemas, pensamiento crítico, habilidades comunicacionales y escucha activa.
 2. Entrenamiento en el proceso de mediación. Destinado a alumnos que son elegidos para ser mediadores entre pares, incluye introducción de la mediación, el logro de un acuerdo respecto de las reglas de juego, el pedido a cada parte la descripción del problema, el parafraseo de lo que se ha escuchado, preguntar a cada parte lo que puede aportar o hacer y lo que necesita que el otro haga, y reformular y generar ideas con las partes. Los entrenamientos pueden ser dictados por las partes externas, maestros o combinación de ambos. Generalmente, consultores externos entrenan maestros quienes luego entrenan a los estudiantes y a los miembros de la comunidad educativa.

- c. Mediación con un mediador adulto: en este caso, el adulto pertenece al *staff* de la institución, independientemente si es docente o no. Aquí, el mediador que interviene pertenece a un nivel distinto en el organigrama institucional.
- d. Mediación global: en esta mediación está en condiciones de participar cualquier actor de la comunidad educativa, ya sean alumnos, familiares, docentes, no docentes o directivos.

Si bien los conflictos escolares pueden ser resueltos a través de la utilización de la mediación, tanto en el caso de mediación entre pares, mediación para otro tipo de conflictos —institucional—, o conducidos por un mediador designado al efecto, los directores, como superintendentes, tendrán la posibilidad de notificar el plan de acuerdo con los criterios pre-determinados, o sea que se tendrá en cuenta que no se afecten las normas administrativas ni las políticas educativas.

5.6 | La mediación escolar como herramienta preventiva del acoso escolar

La mediación en conflictos sirve para abordar los conflictos y no otro tipo de problemas que pueden surgir en la convivencia escolar. Utilizar la mediación para, por ejemplo, problemas de violencia interpersonal es un gran error, ya que sitúan al mismo nivel de derechos y obligaciones a dos personas que, *a priori*, ya no están en las mismas condiciones.

No se debe colocar en igualdad de condiciones a dos personas que se encuentran en situaciones diferentes por la relación que mantienen. De esta manera, la víctima no percibe al agresor como igual —y viceversa—, pues no existe una simetría entre ellos y las circunstancias en las que se encuentra la víctima, como el sentimiento de indefensión o el miedo a que se conozca lo que le sucede, no le facilitan ser lo suficientemente asertiva para participar en un proceso de mediación con su agresor. Por otro lado, el agresor no percibe su responsabilidad ante las condiciones de la víctima, no siente la necesidad de que la situación acabe y, desde luego, no percibe a la víctima como alguien que tiene los mismos derechos que él.

Pero el hecho de que la mediación no deba ser utilizada para intervenir en episodios de violencia interpersonal, indisciplina y interrupción, no implica que no sea una buena estrategia para su prevención. Cuando un centro

educativo implementa un programa de mediación en conflictos, además de resolver los conflictos, está potenciando el enriquecimiento de la cultura de diálogo y la negociación pacífica de las dificultades interpersonales, lo que significa que desarrollar un programa de mediación proporciona a la cultura escolar un beneficio que se aprecia como un enriquecimiento del clima de relaciones, un funcionamiento fluido de la organización, y un bienestar que está previniendo la aparición de otros problemas de conflictividad como, por ejemplo, la violencia escolar.⁽¹³⁾

Por otra parte, los métodos de resolución o mediación de conflictos son cada vez más populares en las escuelas del Reino Unido. Por ejemplo, el *Leap confronting conflict* explora las causas y consecuencias de los conflictos y la violencia sobre la vida de jóvenes y pretende demostrar que los procesos activos de resolución y mediación de conflictos están en la base de toda educación personal, social e incluso sanitaria de jóvenes. Se ha evaluado positivamente la efectividad de los esquemas de resolución de conflictos, ya que se ha demostrado que la aplicación de estos métodos reduce las tasas de acoso escolar y la frecuencia de las disputas que implican la intervención de un profesor. Además, fomentan un *ethos* en el que las personas cuidan unas de otras y se sienten comprometidas con la idea de una sociedad justa.⁽¹⁴⁾

Frente a la creciente agresividad entre los alumnos que lleva a cuestionar la efectividad de las pautas para convivir, y la carencia de la habilidad necesaria para solucionar o evitar el conflicto de parte de los docentes, padres y/o directivos, surge el planteo y la necesidad de aplicar mecanismos alternativos de resolución pacífica de conflictos que promuevan hábitos de convivencia pacífica y contribuyan a prevenir la violencia en las escuelas, así como creación de espacios de diálogo, escucha y respeto mutuo que haga que los alumnos que sean víctimas de *bullying* se animen a pedir ayuda y evitar daños mayores, colaborando también a que los actores de la comunidad educativa puedan detectar situaciones de acoso o maltrato.

(13) ORTEGA, ROSARIO y DEL REY, ROSARIO, "La mediación escolar en el marco de la construcción de la convivencia y la prevención de la violencia. Avances en Supervisión educativa", en *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España*, n° 2, 2006.

(14) SERRANO, ÁNGELA, *Acoso y violencia en la escuela. Como detectar, prevenir y resolver el bullying*, Bs. As., Ariel, 2006.

5.7 | Normativa referente a la mediación escolar

Algunas provincias que desarrollaban de manera práctica la mediación escolar, como Chaco, Misiones, Corrientes, Río Negro, San Luis, La Pampa y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuentan con regulación propia. El resto de las provincias no posee una regulación formal aunque si dispone de programas y/o proyectos para implementar métodos alternativos de resolución pacífica de conflictos en los establecimientos educativos.

En la provincia de Chaco se sancionó la ley 4177, en el año 2000, la cual crea un plan provincial de mediación escolar. Entre los fines y principios del plan podemos mencionar los de difundir las técnicas de resolución alternativa de disputas, en especial la negociación y la mediación en el ámbito educativo, evaluar la aplicación de las técnicas de resolución alternativa de disputas en el ámbito educativo, promover la gestión de los conflictos entre los distintos actores institucionales a través de las técnicas de resolución alternativa de disputas, implementar gradualmente en las instituciones educativas programas de resolución alternativa de disputas entre los distintos actores de la comunidad, y rescatar y revalorizar los recursos humanos y materiales que posee el sistema, entre otros.

En 2001, la provincia de Misiones sancionó la ley 3784 que regula sobre la implementación de métodos de resolución alternativa de conflictos en el ámbito educativo, mientras que, en 2005, el Ministerio de Cultura y Educación de Misiones presentó el Programa Provincial de Mediación Escolar.

Por su parte, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige la ley 3055, de 2009, que crea el Sistema Integral de Mediación Escolar de la Ciudad. La misma tiene por finalidad difundir, promover e instituir la implementación de métodos cooperativos y pacíficos de abordaje de conflictos para todos los actores de la comunidad educativa, teniendo en cuenta su especificidad. Los objetivos del Sistema Integral son: promover el tratamiento de los conflictos que surjan en la institución educativa mediante la participación en procesos de mediación u otros métodos cooperativos y pacíficos de abordaje, gestión y resolución de conflictos; fomentar el diálogo cooperativo y actitudes favorables para la reflexión ante situaciones conflictivas que se manifiesten en el ámbito escolar (art. 4°), como así también fomentar el autoconocimiento y la autorregulación de las conductas de

los diferentes actores institucionales; implementar estrategias de abordaje de conflictos promoviendo el respeto, la apreciación de la diversidad y la consolidación de una cultura de tratamiento pacífico y cooperativo de los conflictos.

En la provincia de Corrientes se sancionó, en el año 2010, la ley 6009, que crea el Plan Provincial de Mediación Escolar “Arandù Po” (mano sabia). Su decreto reglamentario creó el primer Centro de Mediación Escolar que tiene a su cargo la organización e implementación del Plan Provincial, que abarca todos los niveles educativos que dependen del Ministerio de Educación y Cultura de Corrientes.

Asimismo, en la provincia de San Luis se encuentra regulada la mediación escolar mediante la ley II-0826, de 2012, que crea el Plan Provincial de Mediación Escolar y Convivencia Pacífica. En cambio, si bien en la provincia de La Pampa no hay una ley que regule específicamente la mediación escolar, la ley 2699, de 2012, que regula la mediación de manera integral, reglamenta todo lo referente a la mediación escolar (arts. 30/36).

En la provincia de Buenos Aires tampoco se encuentra regulada de manera específica la mediación escolar. Por ello colaboré con el Diputado Alfredo Lazzeretti en la elaboración de un proyecto de ley que fue presentado en el año 2013 bajo el número D-1318/13-14. El proyecto en cuestión regula la temática referente a la resolución pacífica de conflictos creando un programa integral de mediación escolar cuya finalidad es la difusión, promoción e institución de métodos de resolución cooperativa y pacífica de conflictos para todos los actores de la comunidad educativa, porque consideramos que es necesario en la provincia la implementación de esta herramienta ante problemáticas que surjan en el contexto escolar como el *bullying* y otro tipo de controversias.

En el ámbito nacional, por su parte, existe el Programa Nacional de Mediación Escolar, que se inscribe en el marco de la educación para la democracia, en la paz y en los derechos humanos. La Ley de Educación Nacional (ley 26.206), establece que el Consejo Federal de Educación fijará las disposiciones necesarias para que las distintas jurisdicciones dispongan la organización de las instituciones educativas de acuerdo a criterios generales, entre los que se incluye “Desarrollar prácticas de mediación que contribuyan a la resolución pacífica de conflictos” (art. 123, inc. j). El Programa Nacional de Mediación

Escolar fue creado por resolución 503 de septiembre de 2003. A partir del año 2008 se integró a la Coordinación de Programas para la Construcción de Ciudadanía en las Escuelas. El mismo tiene como principal objetivo trabajar sobre nuevas estrategias para atender a la creciente conflictividad en la convivencia escolar. A pesar de que existe un Programa Nacional, desde mi punto de vista sería de mayor trascendencia que exista una ley nacional de mediación escolar a fin de que la misma sea exigible.

6 | Conclusión

Frente al cambio de paradigmas que atraviesa el mundo en lo que respecta a la resolución de conflictos, es necesario comenzar con los niños a fin de que se generen cimientos basados en el respeto mutuo y se fomente la pacificación y el entendimiento social.

Por ello es importante que se implementen métodos pacíficos de resolución de conflictos en los establecimientos educativos y que sean receptados tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en las leyes nacionales y provinciales. Se trata de una herramienta útil para propiciar el diálogo, la escucha, el respeto mutuo y prevenir los daños que pueda sufrir un menor víctima de acoso escolar, ya que la mediación es un procedimiento basado en el consenso, la colaboración y la actitud constructiva frente al conflicto, que genera otro clima en la escuela y una mejor actitud frente al aprendizaje.

Asimismo, es imprescindible que el Estado desarrolle políticas públicas basadas en la prevención de este tipo de problemáticas, a fin de garantizarle a los niños y niñas su desarrollo personal, su bienestar general y una vida plena y digna; y que la sociedad se involucre, informe y colabore con estas herramientas para combatir el problema.

El seguro obligatorio de los establecimientos educativos⁽¹⁾

por **MARÍA FABIANA COMPIANI**⁽²⁾

I | Introducción

El art. 1117 CC consagra la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales por los daños causados por los alumnos menores o sufridos por estos o por terceros cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa. Asimismo, suma al asegurador del establecimiento educativo, en razón de que tal aseguramiento, de su responsabilidad civil, es obligatorio (ley 24.830).

La medida busca garantizar a la víctima de un hecho dañoso el resarcimiento correspondiente, alejando el riesgo de la insolvencia del obligado al pago.⁽³⁾ Asimismo, evita el impacto que pueda ocasionar la condena al establecimiento educativo, que podría poner en riesgo la continuidad del desarrollo de la actividad educativa por parte del establecimiento.

.....

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogada, egresada de la Universidad del Museo Social Argentino. Cursos de Posgrado en Seguro contra la Responsabilidad Civil y en Proyectos de Reforma del Código Civil desde 1987 hasta la actualidad (UBA). Doctoranda en Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Profesora adjunta de Obligaciones Civiles y Comerciales y de los Posgrados de Derecho de Daños y de la Magistratura (UBA) y de la Diplomatura en Derecho de Seguros (UCES). Jefa de Equipo de la Gerencia Legal de Siniestros de Caja de Seguros SA.

(3) BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, act. por Borda, Alejandro, t. II, Bs. As., La Ley, 2008, p. 314.

La norma no le ha dado contenido a la obligatoriedad del seguro (daños cubiertos, suma asegurada, franquicias, exclusiones admisibles, pronto pago, etc.) y tampoco ha establecido ningún tipo de sanción para el caso de que aquel incumpla con dicho deber, dejando librado a la “autoridad jurisdiccional” las medidas necesarias para el cumplimiento de dicho deber.⁽⁴⁾

En consecuencia, el régimen de este seguro es el establecido en la ley 17.418, y más concretamente el del seguro de responsabilidad civil que resulta de lo dispuesto en los arts. 109 a 120 de dicha ley; de lo establecido en las pólizas aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación; e igualmente de las cláusulas especiales que pudiesen haber introducido las partes en el respectivo contrato (art. 1197 CC), dentro de las limitaciones previstas por el orden público en el art. 158 de la ley 17.418.

Nos proponemos en este trabajo desarrollar las principales características de este seguro obligatorio creado por la normativa civil y anticipar su nueva configuración a partir de las recientes sanciones de la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado (ley 26.944) y del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994, específicamente el art. 1767).

2 | El riesgo asegurado

En nuestro régimen, de acuerdo al art. 109 de la ley 17.418, el asegurador que cubre la responsabilidad civil del titular del establecimiento educativo se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado por cuanto deba a un tercero o a un alumno como consecuencia de daños causados por un estudiante que se encuentre bajo el control de la autoridad educativa y que ocurra durante la vigencia del contrato.

La obligación del asegurador nace como consecuencia de que se produce el “sinistro” o hecho incierto previsto en el contrato como “riesgo asegurado”, determinante de la cobertura de responsabilidad civil a su cargo.⁽⁵⁾ En consecuencia, resulta necesario en primer orden definir los contornos de la responsabilidad civil asegurada.

(4) TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MEZA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, 2ª ed. act. y ampl., t. IV, Bs. As., La Ley, 2011, p. 1168.

(5) STIGLITZ, RUBÉN S., *Derecho de Seguros*, 5ª ed. ampl. y actual., t. I, Bs. As., La Ley, 2008, p. 295.

Con anterioridad a la ley 24.830, sancionada en el año 1997, el art. 1117 del Código Civil de Vélez Sarsfield extendía la responsabilidad de los padres a los “directores de colegios” o “maestros artesanos” (art. 1116), de forma tal que aquellos eran los responsables por los daños ocasionados por los estudiantes mayores de diez años, a menos que pudieran demostrar que “... no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y con el cuidado que era de su deber poner”.

En este sentido, el todavía hoy art. 1116 CC prevé que: “Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre los hijos”.

El Código Civil argentino siguió de cerca el modelo del Código de Francia (art. 1384) y, muy especialmente, el *Esboço de Freitas* (art. 843). Consagró una presunción de culpabilidad emplazada en cabeza de los directores de colegios y maestros artesanos, “por el daño causado por sus alumnos o aprendices, mayores de diez años”, de la cual podían eximirse “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”. La alusión inicial que Vélez realizó a los directores, antes de hacer referencia a los maestros y artesanos, obedecía a que en aquella época eran los directores los que impartían la enseñanza a los alumnos de modo personal y directo.⁽⁶⁾

La responsabilidad que emanaba de aquel sistema era subjetiva, pero con la particularidad de que en la misma la carga de la prueba se invertía, esto es, correspondía a los directores, maestros y artesanos la prueba de haber obrado con diligencia y que el daño era imposible de evitar. Se presumía la responsabilidad en base a la *culpa in vigilando*, noción de la cual resultaba que mientras permanecían en el colegio, era deber de los directores y profesores vigilar y cuidar a los menores, ya que la responsabilidad se trasladaba de los padres a ellos, debiendo ejercer la necesaria autoridad para mantener el orden y la disciplina y la consiguiente presunción de la falta de la misma en caso de que se produjera algún daño.⁽⁷⁾

(6) TRIGO REPESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MEZA, MARCELO J., *op. cit.*, p. 1123.

(7) ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de Obligaciones*, 4ª ed. act., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008, p. 801.

Era necesario que el menor tuviera discernimiento y no se imputaba la responsabilidad en caso de que el mismo tuviera menos de diez años. En caso de que se produjera el daño producto de un hecho ocasionado por un menor que no llegara a esa edad debían responder los padres.⁽⁸⁾

La realidad cambió. Variaron los parámetros de conducta, las contenciones familiares de los menores, los niveles de respeto y consideración que merecen los docentes por parte de toda la comunidad argentina. Se comprende, entonces, que la solución normativa prevista por Vélez, pensada para otra realidad histórica y para una dinámica social y educacional diferentes, comenzara a evidenciarse injusta y regresiva.⁽⁹⁾

Dentro de este panorama, comenzó a flexibilizarse la situación del director, a cuyos efectos se valoró con criterio laxo la demostración de la falta de culpabilidad, en procura de darle un alcance más sensato a una norma injusta y excesiva, superada por la realidad.⁽¹⁰⁾

La responsabilidad civil de los directores y maestros artesanos edificada en derredor de una ficción de culpa reclamaba un profundo replanteo. Esa tarea fue asumida por la ley 24.830 que introdujo, con aciertos y errores, una sustancial reforma al art. 1117 CC, el cual dispone que:

Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por los alumnos menores que 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 necesarias para el cumplimiento de la obligación precedente.

Del artículo se desprende que hoy en día el responsable del daño es el propietario del establecimiento educativo y que no puede eximirse

.....

(8) LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil*, t. IV-A, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, 2012, p. 299.

(9) PIZARRO, RAMÓN D., "La responsabilidad del propietario de establecimientos educativos en un acertado fallo", en *LLC*, 2010, mayo, p. 390.

(10) ANDRADA, ALEJANDRO, "Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos", en *LL*, 1998-E, 1242.

demonstrando que no ha habido dolo o culpa de su parte, pues la ley le imputa una responsabilidad objetiva.

Según este precepto se contemplan, entonces, dos tipos de daños: los causados por los estudiantes menores de edad a terceros, ya sea que pertenezcan al establecimiento o sean ajenos a él, y los daños que sean sufridos por ellos.⁽¹¹⁾

3 | El sujeto asegurado

Para analizar quien es el sujeto asegurado en el seguro obligatorio instaurado es necesario distinguir que es lo que se considera "establecimiento educativo". Según la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, es aquel en que la enseñanza se imparte a un menor de edad a través de una organización de tipo empresarial que supone el control de la autoridad pública.⁽¹²⁾ Por tanto, no estaría comprendida la educación impartida por un docente en forma individual, aun cuando fuera en su domicilio, ni en el caso que las clases se dicten en el domicilio del alumno, ya que en ese caso se encuentra bajo la patria potestad y consecuente custodia de los progenitores.⁽¹³⁾ Tampoco comprende el caso de docentes que, junto a varios alumnos menores, realicen clases de gimnasia o artes marciales en plazas o paseos públicos.

La responsabilidad recae sobre los propietarios de establecimientos educativos privados y públicos, ya sean estos nacionales, provinciales o municipales, gratuitos u onerosos. Se incluye expresamente a los establecimientos de educación inicial, de educación general básica y de educación polimodal. La ley excluye en forma expresa a los establecimientos de nivel terciario y universitario, dado el grado de discernimiento que tienen los alumnos asistentes, además de la independencia en cuanto al horario y la asistencia de los mismos.

.....

(11) TRIGO REPRESAS, FÉLIX, "Responsabilidad civil de un centro de atención integral, para personas con capacidades especiales", en RCyS 2012-II, 17.

(12) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", en LL 1998-B, 1047.

(13) SAGARNA, FERNANDO A., "Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos", en JA 1997-III, 938.

Cuando la ley utiliza el concepto de “propietario” no designa a quien posea el título de dominio sobre el inmueble en el cual funciona el establecimiento (puede ser alquilado inclusive), sino quien se encarga de organizarlo. Desde ya puede ser tanto una persona física como jurídica.

Resumiendo todos estos supuestos, Sambrizzi dice que

la disposición comprende, en consecuencia, a los establecimientos que prestan servicios educativos al nivel comúnmente denominado jardín de infantes o educación inicial, como también a los niveles de educación general básica —de 9 años de duración, a partir de los seis años de edad—, y de educación polimodal —de tres años de duración como mínimo—, no aplicándose en cambio la norma, “a los establecimientos de nivel terciario o universitario”, como expresamente establece el nuevo art. 1117, o sea a lo que la ley federal de educación 24.195 denomina educación superior, profesional y académica de grado.⁽¹⁴⁾

El principal responsable y obligado a contratar el seguro de responsabilidad civil es el propietario del establecimiento educativo. Esto es, el titular de la explotación, o quien figurare inscripto como tal ante la autoridad respectiva, o sea la persona que organiza y gestiona el desarrollo de la actividad educativa en su propio interés. No quiere decir dueño del inmueble o de las instalaciones, sino del colegio o escuela en sí mismo considerados.

4 | Responsabilidad civil de propietarios de establecimientos educativos. Ámbito de aplicación

La calidad de alumno se adquiere cuando el representante legal del menor suscribe con el propietario del establecimiento educativo el pertinente contrato de enseñanza. Respecto de quienes pueden ser víctimas o autores del daño la ley considera que estos pueden ser todos los menores de dieciocho años, dejando de lado la antigua limitación para los menores de diez.

(14) SAMBRIZZI, EDUARDO, “Naturaleza jurídica de la responsabilidad en el supuesto contemplado por el artículo 1117 en el Código Civil”, en LL 2005-F, 209.

La razón de esa limitación se fundaba en el hecho de que el director del colegio no era ni es un guardador del alumno que concurre a un establecimiento educativo, sino alguien que influye sobre la conducta de dicho alumno, y no puede ser receptor de esta influencia quien carece de discernimiento para apreciar el alcance de los actos ilícitos (art. 921 CC).

Por el contrario, los propietarios de establecimientos educativos deben ser considerados verdaderos “guardadores” de los alumnos menores de diez años, en los términos de los arts. 908 y 1115 CC, ya que desempeñan la función relativa al cuidado de una persona que carece de discernimiento como consecuencia del contrato de enseñanza celebrado con los representantes legales del incapaz.

De ahí que aparece plenamente justificada la responsabilidad de los propietarios o titulares de los establecimientos educativos, por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores de diez años.

La redacción del art. 1117 efectuada por la ley 24.830 ha venido a despejar toda duda acerca de que la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos está limitada a los daños causados o sufridos por sus alumnos menores edad. Es que los alumnos mayores de edad no están bajo la autoridad de los propietarios del colegio en cuanto al gobierno de la persona, pues ellos acuden a aprender por su sola decisión y no pierden autonomía por el hecho de recibir la enseñanza.⁽¹⁵⁾

El alumno mayor de edad es quien suscribe, por su propio derecho, el convenio de enseñanza. Por lo tanto, el daño que ellos puedan ocasionar o sufrir queda gobernado por el régimen común de responsabilidad.

Para que la responsabilidad de los propietarios de los establecimientos educativos resulte comprometida es menester que el alumno haya causado o sufrido el daño “cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa”.

Será entonces necesario analizar en cada caso concreto si el alumno debió estar bajo el control de la autoridad educativa, sin importar si el hecho dañoso ocurrió dentro o fuera del establecimiento educativo.

.....

(15) KEMELMAJER DE CARLUCCI, ALDA, *op. cit.*

El establecimiento es responsable de todos los daños que sufra el alumno mientras esté bajo la autoridad educativa, incluido el recreo, el cual suele ser uno de los momentos donde más daños pueden suceder. El ámbito escolar debe ser entendido con criterio amplio, comprendiendo todas las actividades organizadas y controladas por la entidad educativa. Entonces, no solo es responsable el establecimiento por los daños que sufra el alumno dentro del establecimiento, sino también en salidas programadas como campamentos, visitas a monumentos, teatros, ceremonias religiosas, etc. Incluso es responsable cuando permite al alumno salir del establecimiento en forma temporaria por "hora libre", siempre que sea dentro del horario escolar. No tendría a su cargo los daños si el alumno falta al colegio sin avisar a sus padres.⁽¹⁶⁾

La norma no establece un horario o límites estrictos para liberar de responsabilidad al propietario, por lo cual es necesario determinar la responsabilidad en los casos que puedan dar lugar a dudas atendiendo a las reglas de normalidad en el desarrollo de tareas escolares. Por ejemplo, si es normal que los docentes permanezcan controlando a los menores hasta la llegada de los padres, la responsabilidad subsistirá hasta que los mismos sean retirados por ellos del establecimiento. Lo mismo ocurre si es corriente que los menores ingresen con anticipación al horario de inicio de actividades.

El titular del establecimiento, si fuera condenado a pagar la indemnización del daño, tiene una acción de regreso contra el docente en los casos en que hubiera dolo o culpa del mismo al haber sido demandados ambos. Además de la responsabilidad mencionada, el docente puede ser responsable civil y penalmente si el daño que provocare fuera producto de un delito cometido (por ejemplo lesiones culposas) y también existe la responsabilidad administrativa, ya que se inicia una investigación interna, un sumario administrativo, para establecer la responsabilidad individual en el hecho.

Al tratarse de una responsabilidad objetiva, la eximente es el caso fortuito: aquel evento que no pudo preverse o que habiéndose previsto fue inevitable. La causa del mismo debe ser imprevisible, extraordinaria, ajena al presunto responsable y externa.⁽¹⁷⁾

(16) *Ibid.*

(17) SAGARNA, FERNANDO A., "Responsabilidad civil del establecimiento educativo para alumnos con capacidades distintas. La eximente 'caso fortuito'", en LL 2010-E, 15.

Aunque el art. 1117 no hace referencia a la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario contemplar las diversas situaciones que pueden presentarse.

Si la víctima es un tercero ajeno a la organización del establecimiento educativo, se ha sostenido que dicho precepto “debe ser interpretado en el contexto del sistema general. No hay razón alguna que justifique que un principal o comitente (aun más, el dueño o guardián de una cosa) se libere total o parcialmente frente a la culpa causal de la víctima y que, en cambio, el propietario de un establecimiento educativo deba asumir un daño que es causalmente atribuible a una persona extraña al sector”.⁽¹⁸⁾

Es necesario demostrar que el hecho de la víctima configuró un caso fortuito. Una culpa irrelevante del alumno, es decir, indiferente con respecto al resultado dañoso no sería computada. Tampoco una culpa del alumno que careciera de autonomía por haber sido determinada por la culpa del propietario del establecimiento educativo sería estimada para aliviar la responsabilidad de este último.

Y esto es lo que ocurrirá en la mayoría de los casos, pues el acto del alumno en verdad será consecuencia de la propia culpa del propietario, por haber fallado en la organización integral del establecimiento educativo, no haber escogido para la implementación y disciplina a personas idóneas para la educación y cuidado de los alumnos, no haber establecido pautas o reglas correctas para la implementación de estos cometidos, o por no haber sido lo suficientemente celoso en el control del desenvolvimiento del establecimiento.⁽¹⁹⁾

En cuanto a los terceros, el demandado no es responsable cuando prueba que la causa del daño cuyo resarcimiento le reclama el damnificado (alumno menor de edad) es la culpa de un tercero, pues habría quedado demostrado que aquel resulta ajeno al daño. La eliminación de responsabilidad es una consecuencia de la ausencia de causalidad.

(18) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *op. cit.*

(19) BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, p. 314, ejemplificando con el caso de la alumna que salió corriendo del colegio por la mitad de la cuadra y cruzó la calzada siendo arrollada por un automóvil que provocó su muerte.

5 | El seguro obligatorio: la protección del tercero damnificado

En la hora actual, la tendencia universal exhibe el incremento de la implantación de seguros obligatorios contra la responsabilidad civil en aquellas actividades o supuestos de mayor incidencia en la producción de daños.

Esa tendencia hacia la obligación de contratar seguros también se verifica con relación a otras coberturas o tipos de seguros (seguros de caución, seguros de accidentes, de vida, etc.).

De esta manera, se posibilita que determinadas actividades potencialmente peligrosas o en la que los eventuales daños alcanzan una importante dimensión cuantitativa o cualitativa, frente a los que se origina una acusada sensibilidad social y para los que el principio *pro damnato* tiende a superar los límites de la responsabilidad civil tradicional, encuentren una garantía de indemnidad para el asegurado y, primordialmente, la percepción de la indemnización por las víctimas.

La protección de las víctimas, en el caso de los establecimientos educativos, se convierte en la finalidad y justificación directa de la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil, aunque no del seguro contra la responsabilidad civil en sí mismo, porque el fin de este es la protección del patrimonio del asegurado.⁽²⁰⁾

Ahora bien, el art. 1117 CC se ha limitado a crear la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil, pero no establece un régimen jurídico específico para estos seguros. En consecuencia, le corresponde la aplicación del mismo régimen jurídico que al seguro voluntario (ley 17.418).

En otros términos, el establecimiento de una obligación legal de contratar un seguro no ha desplazado de su aplicación a la Ley de Seguros (en

.....

(20) Ello es lo que se desprende del concepto del seguro contra la responsabilidad civil que brinda nuestra ley. El art. 109 LS dispone que "El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido".

adelante, LS).⁽²¹⁾ Ello requeriría el establecimiento de un régimen singular que derogue, modifique o complemente al general de la ley 17.418, lo que entre nosotros no ha acontecido, a pesar del reclamo de la doctrina.⁽²²⁾

Dispone el art. 1117 que “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”.

Obviamente, este seguro no desplaza la responsabilidad directa de los establecimientos educacionales, procediendo la citación en garantía del art. 118 de la ley 17.418. El sujeto pasivo de esta obligación —como quedó expuesto más arriba— es el propietario del establecimiento educativo, sea de carácter público o privado. Esta interpretación surge claramente de la primera parte del precepto, que si alude a la responsabilidad de los establecimientos educativos privados o estatales, es de toda lógica entender que la obligación de contratar el seguro recaiga también sobre todo establecimiento.

Excluir al Estado por tener una presunción de solvencia es desconocer nuestra propia realidad —previsión presupuestaria, decretos de necesidad y urgencia (por ejemplo, el decreto de necesidad y urgencia 260/1997 para las empresas de transporte público de pasajeros), consolidación de deudas y pagos en bonos— y, lo que es más grave, se colocaría a los alumnos de escuelas públicas en una situación de manifiesta desigualdad con respecto a quienes concurren a colegios privados.⁽²³⁾

Ahora bien, este cuadro de situación se ha modificado sustancialmente a partir de la sanción de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Claramente, el art. 1º, párr. 3, dispone que “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.⁽²⁴⁾ En consecuencia, ni la responsabilidad civil ni la obligación

(21) BATALLER GRAU, JUAN; LATORRE CHINER, NURIA y OLAVARRÍA IGLESIA, JESÚS, *Derecho de los Seguros Privados*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 277.

(22) AGUIRRE, FELIPE F., “Seguro de responsabilidad civil. Los límites de la prestación a cargo del asegurador y el plenario ‘Obarrio’ (art. 118 ley 17418)”, en JA, 2007-III-777.

(23) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *op. cit.*

(24) ARTÍCULO 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

de contratar un seguro alcanzan al Estado en cuanto titular de un establecimiento educativo con significativa mengua del principio de igualdad garantido constitucionalmente (art. 16 CN), y consecuente fraccionamiento de la responsabilidad civil.⁽²⁵⁾

Continuando con el análisis de la norma que obliga a contratar el seguro contra la responsabilidad civil del establecimiento educativo, se destaca que ha delegado en cada una de las jurisdicciones locales el dictado de las medidas para el cumplimiento de la obligación en cuestión. Por lo tanto, esta reglamentación varía de una a otra provincia en cuanto a las sanciones para el caso de incumplimiento.⁽²⁶⁾

Se ha sostenido que la delegación efectuada por la norma posibilita que quede vacía de significado si, por ejemplo, por vía de reglamentación, se establece que haya topes mínimos de cobertura y que las autoridades que se encuentren obligadas a disponer las medidas tendientes al cumplimiento de la obligación de contratar el seguro no lo hagan, originando la responsabilidad del Estado por haber omitido una actividad que expresamente impone la ley (art. 1074 CC).⁽²⁷⁾

En lo que hace concretamente a la protección de los terceros damnificados, a falta de previsión sobre la vigencia de una acción directa expresa, la cuestión aparece tratada en el art. 118 de la Ley de Seguros (ley 17.418) —en adelante LS—, que establece la citación en garantía.

Se trata de una institución que, en su origen, resultó novedosa en nuestro sistema, y que sembró disputas interpretativas a propósito de si había o no una acción directa del damnificado frente al asegurador. Esa tendencia, con anterioridad a la sanción de la norma, había sido rechazada por un plenario de 1954.⁽²⁸⁾

(25) MOIA, ÁNGEL LUIS, "Responsabilidad del Estado por los establecimientos educativos de gestión pública. Viejos y nuevos problemas de la prescripción liberatoria", en *LL*, 02/10/2014, p. 4.

(26) CAZEAUX, PEDRO N., y TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed. aum. y act., t. V, Bs. As., La Ley, 2010, p. 162.

(27) MOEREMANS, DANIEL E., "Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos en caso de suicidio de un alumno", en *RCyS*, 2014-IX, 36.

(28) CNAC. APEL. CIV., "Lauda c. Viejo", en pleno, 16/12/1954, en *JA*, 1955-I-291 y *La Ley*, 77-11.

El anteproyecto de la actual Ley de Seguros, elaborado por el profesor Isaac Halperin, había tomado posición sobre aquel debate, consagrando, en su art. 121, la acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable. Ese proyecto fue modificado por dos Comisiones Revisoras, la de 1961, que modificó este art. 121 e introdujo la citación en garantía y la de 1967, que mantuvo la institución de la citación de garantía que ya aparecía en el proyecto de la Comisión de 1961, limitó la extensión de la condena contra el asegurador a la medida del seguro y restringió también la posibilidad de que el asegurador introduzca las defensas que fueran posteriores a la época del siniestro.

El antecedente se encuentra en el art. 1917 del Código Civil italiano, el cual consagró la denominada, "llamada en garantía", una institución que ya regía en el derecho procesal italiano que era fruto de la introducción de Piero Calamandrei. Esta es una institución de carácter procesal, no de carácter sustancial, y originó lo que en Argentina se conoce como obligaciones concurrentes del asegurador y del responsable frente a la víctima. Así, se originan dos créditos.⁽²⁹⁾ Uno con fuente en el hecho ilícito o en la responsabilidad contractual de que se trate y otro con una fuente normativa en el art. 118 LS que, merced a la existencia del contrato de seguro, permite que la sentencia que se dicte en el proceso de daños promovido por el damnificado sea ejecutable contra el asegurador en la medida del seguro.

En razón de ello, la intervención del asegurador en el proceso de daños promovido por el damnificado se lleva a cabo mediante una llamada de carácter coactivo en los términos del art. 94 del Código Procesal.⁽³⁰⁾ El damnificado no puede citar al asegurador sin haber citado a juicio al asegurado. La citación al asegurado es un requisito de admisibilidad para que la sentencia pueda ser ejecutada contra el asegurador.⁽³¹⁾

(29) STIGLITZ, RUBÉN S., TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "Citación en garantía del asegurador y obligación concurrente de este con la de su asegurado", en JA 1977-I-499.

(30) SCJ Bs. As., "P. R. M. c. Maurutto, Francisco Ariel s/ daños y perjuicios", 18/06/2014, en LL 25/08/2014, 7, con nota de Jorge L. Kielmanovich; LL 2014-E, 107, Suplemento Doctrina Judicial Procesal 2014 (septiembre), 15 con nota de Osvaldo A. González; RCyS 2014-IX, 219, con nota de Hernán J. Martínez; DJ 05/11/2014, 26 con nota de Toribio Enrique Sosa; LLBA 2014 (noviembre), 1091. Con nota de María F. Compiani, Causa N° C 110.199, [en línea] AR/JUR/32799/2014).

(31) Ex CNAC. ESP. CIV. Y COM., "Irago c/ Cabrera", en JA 1985-I-395.

Se generó así una situación litisconsorcial en el proceso entre asegurado y asegurador. La posición mayoritaria ha sido la de considerar la litis consorcio formado por asegurador y asegurado de carácter facultativo.⁽³²⁾

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires también durante muchos años sostuvo que el asegurador, merced a esta existencia de un litis consorcio pasivo facultativo, no podía apelar la sentencia si no la apelaba el asegurado.⁽³³⁾ No podía oponer defensas de prescripción, defensas o excepciones que hicieran a hechos comunes, si no lo había hecho el asegurado. Restringía su legitimación exactamente a la señalada por el art. 118 LS. Solo tenía derecho a interponer aquellas defensas que se originaran con relación al contrato y por hechos anteriores al siniestro.

Esta posición, aislada de la Suprema Corte provincial, finalmente tuvo una adhesión al criterio de la Corte nacional en las causas "Centeno", "Mufarel" y "Silione".⁽³⁴⁾

Se trata de una citación coactiva que, en segundo lugar, consagra un *litis* consorcio facultativo que permite que el asegurador desarrolle cuatro conductas posibles en el proceso. En primer lugar, si se mantiene contumaz, queda en rebeldía, lo que no impide que le alcancen los efectos de la sentencia. En segundo lugar, si comparece a juicio y tiene un accionar coadyuvante con el del asegurado. En tercer lugar, si comparece a juicio y tiene una posición contradictoria con el asegurado porque opone aquellas defensas que le autorice la ley, las anteriores al siniestro, que son aquellas defensas que nacen del contrato y son anteriores al siniestro como pueden ser las de no seguro. Por ejemplo, las de exclusión de cobertura, la culpa grave del asegurado, la suspensión de cobertura, la reticencia o la agravación del riesgo, todas aquellas defensas que, originadas en contrato, suceden con anterioridad al momento en que se verifica el siniestro. Por último, puede comparecer al proceso y formular una reserva respecto de aquellas defensas que nacen también en el contrato, pero que son posteriores al siniestro que, como sabemos, son inoponibles al damnificado. A pesar de que sean inoponibles al damnificado, es aconsejable que el asegurador haga reserva

(32) CSJN, "Lanza Peñaranda c/ Transportes Quirno Costa", en JA, 1991-II-313, y CNAC. APEL. CIV., en pleno, "Flores c/ Robasa", DJ 1992-I-385.

(33) BARBATO, NICOLÁS H., "La citación en garantía del asegurador", en ED, 157-156, n° IV.

(34) SCJ, Bs. As., 10/06/1997, en LLBA 1997-1102.

de ellas en el juicio promovido por este. Porque si no su silencio podría ser entendido como una renuncia tácita a prevalerse de los efectos, por ejemplo, de una denuncia tardía del siniestro o de una denuncia falaz de hechos de agravación del daño posteriores a la ocurrencia del siniestro.

6 | Las exclusiones de cobertura. La prevención del siniestro

Las exclusiones de cobertura forman parte de la delimitación del riesgo asegurado. Ello significa que, al momento del perfeccionamiento del contrato, deben identificarse los hechos que puedan “realizar” el riesgo individualizado y, con ello, generar la obligación principal a cargo del asegurador de procurar la prestación convenida.

Ordinariamente, el riesgo es individualizado, mencionándolo en forma genérica (responsabilidad civil derivada del automotor) y luego se describen ciertas hipótesis que van restringiendo el ámbito dentro del cual rige la cobertura acordada (se excluyen los daños que provengan de hechos de guerra).⁽³⁵⁾

Individualizado el riesgo asumido por el asegurador, ello no significa que pueda ser asegurado en todo caso, para siempre, de todos modos, en cualquier lugar o tiempo en que se verifique.⁽³⁶⁾

Sin duda, lo expuesto revela la importancia de la temática, ya que de lo que se trata es de, a través de las exclusiones de cobertura, fijar con precisión los límites a los que se hallan sometidos los derechos y obligaciones de las partes. Habrá que delimitarlo, al menos, desde una triple perspectiva: causal, temporal y espacial.

Estas precisiones del evento, en general, a través de indicaciones negativas, “constituyen o integran lo que se enuncia como la determinación del riesgo asegurado”.⁽³⁷⁾

(35) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “El silencio del asegurador frente a la denuncia del siniestro”, en Nicolás Barbato (coord.), *Derecho de Seguro*, en homenaje a Juan Carlos Félix Morandi, Bs. As., Hammurabi, 2001, p. 181.

(36) DONATI, ANTÍGONO, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, t. II, Milano, 1956, p. 145.

(37) STIGLITZ, RUBÉN S., *Derecho de Seguros*, 5° ed. act. y ampl., t. 1, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008, p. 243.

En ese sentido, la jurisprudencia ha señalado que:

la determinación del riesgo en el contrato de seguro implica dos fases: a) la individualización de aquel, consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo y b) la determinación del riesgo que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo (...) La delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos. Implica, entonces, la ausencia de tutela o garantía, la existencia de daños no asumidos.⁽³⁸⁾

Por ello, se explica que “el asegurador solo se halla obligado a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto (art. 1° LS) en el marco del riesgo debidamente determinado”.⁽³⁹⁾

Las exclusiones de cobertura pueden ser de fuente normativa o convencional y se caracterizan por describir las hipótesis o las circunstancias en que el siniestro se halla fuera de la garantía asegurativa.

Con relación a las primeras, las de fuente preceptiva, su contenido es variable y halla sustento en consideraciones de naturaleza subjetiva, objetiva, temporales y espaciales. Son, por ejemplo, las que atienden a consideraciones subjetivas, como el dolo, la culpa grave, el descuido grave o la simple culpa o negligencia (arts. 70, 105, 114, 127 LS), u objetivas, como el vicio propio, guerra, motín o tumulto, terremoto (por ejemplo, arts. 66, 127, 71, 86 LS).

Otras exclusiones de cobertura se hallan contenidas en condiciones de póliza no sustentadas en normas legales. En esta orientación, en forma unánime, la doctrina admite la legitimidad de tales convenciones y las explica de esta forma:

... la exclusión convencional de determinados riesgos en la póliza de seguro comporta la exclusión de la garantía y, por lo tanto, sitúa al riesgo excluido al margen de la póliza, y producirá los mismos efectos que los riesgos no asegurables. Si se produce el

(38) SCJ MENDOZA, Sala I, “Triunfo Coop. de seguros c/ Intraguglielmo, Víctor”, 21/12/1995, en LL 1996-D-182; DJ, 1996-1-872.

(39) STIGLITZ, RUBÉN S., *op. cit.*, t. 1, p. 245.

evento que acarrea el siniestro, el asegurador quedará liberado de realizar la prestación, puesto que nunca se obligó a ello.⁽⁴⁰⁾

Estos supuestos, a su vez, se apoyan en circunstancias subjetivas y objetivas.

Las subjetivas son aquellas exclusiones referidas a conductas del asegurado a las que le son inherentes una intensa probabilidad de verificación de siniestros. Las objetivas se tratan de las hipótesis de no seguro referidas a consecuencias dañosas ajenas a la conducta del asegurado y que atienden, esencialmente, a la naturaleza o a la causa del evento como ser, en cualquier riesgo, el hecho de guerra.

Otras veces, las exclusiones de cobertura constituyen simples menciones objetivas de lugares, personas o cosas destinadas a afinar el ámbito en que se desarrollará el seguro (por ejemplo, en el territorio de la República Argentina).⁽⁴¹⁾

Las exclusiones de cobertura tienen su asiento tanto en las condiciones generales como en las particulares de la póliza.

En el seguro de la responsabilidad civil, cuando resulta que la exclusión de cobertura ha sido expresada claramente, corresponde se acoja la defensa de la aseguradora, la que resulta oponible al tercero damnificado en virtud de lo dispuesto por el art. 118, tercer párrafo LS.

Tratándose de una estipulación inserta en la génesis del contrato, constituye una defensa nacida antes del siniestro e integra la "medida del seguro" que configura el límite de la extensión contra el asegurador de la condena dictada contra el asegurado.

En este sentido, la Corte bonaerense ha decidido que al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas, aun aquellas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir de la naturaleza que estas pudieran tener. Ello es así porque esa prescripción quiere significar que el tercero está subordinado, le son oponibles, lo afectan o se encuentra

(40) FONT RIBAS, ANTONI, "Exclusión de cobertura y cláusulas limitativas", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Seguros II*, n° 20, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 168.

(41) STIGLITZ, RUBÉN S., *op. cit.*, p. 244.

enmarcado por determinadas estipulaciones contractuales, aun cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto.⁽⁴²⁾

Se explica por qué pretender hacer valer el contrato de seguro solo en cuanto beneficia a una de ellas, y desconocerlo en aquello que la perjudica, importaría un alejamiento de prístinas normas de nuestro ordenamiento legal —y, especialmente, del principio rector de la buena fe que impera en todo íter contractual (art. 1198 CC)—.

Además, las obligaciones que se atribuyen al asegurador no deben serle impuestas más allá de los términos pactados en la póliza, pues la misma ley 17.148 (nuevamente, el art. 118, párr. 3, señala que la sentencia hará cosa juzgada respecto al asegurador y puede ejecutarse contra él en la medida del seguro) establece que el contrato es la fuente de sus obligaciones y en dicho instrumento se determinan los alcances y límites de la garantía debida.⁽⁴³⁾

La exclusión más trascendente es la defensa de dolo o culpa grave por parte del asegurado (art. 114, ley 17.418), aunque obviamente la prueba del dolo o de la “culpa grave” incumbe al asegurador que la invoca.

El Plenario del 11 de mayo de 1982 de la Cámara Nacional Especial Civil y Comercial de Capital Federal, en los autos “Mustafá c/ Núñez”, estableció que la defensa de culpa grave del asegurado es oponible por la aseguradora citada en garantía, frente al tercero damnificado que demanda por los daños sufridos en un accidente de tránsito.

Mientras el dolo consiste en la provocación intencional del siniestro y su caracterización conceptual no ofrece mayores problemas, distinto es por cierto el caso de la “culpa grave”. En efecto, se entiende que

la culpa grave pese a constituir un aspecto del elemento subjetivo que hace a la relación asegurativa en el momento del siniestro, integrante de las causas que originaron dicho siniestro, es evaluada aquí como un dato objetivo, en función de una pauta

(42) SCJ Bs. As., “Cirone, Juan F. c/ Metalúrgica Morón”, 10/12/1991, LL 1992-D 192, DJBA 143, 3396, AR/JUR/1513/1991.

(43) CSJN, “Yegros, Abel Baltasar c/ Tornal SA. y otro”, 15/04/1999, Fallos: 322:653.

también objetiva: la ‘conducta media’ (promedio) del hombre común, por haber sido esta la tomada en cuenta por el asegurador cuando estructuró la cobertura y calculó su contraprestación.⁽⁴⁴⁾

Cabe señalar, asimismo, que lo que el asegurador ha considerado es la conducta media del hombre común de un grupo social determinado, lo que descarta la aplicabilidad de modalidades de otros medios distintos al ámbito de actuación del seguro (por ejemplo, la experiencia de países extranjeros, su doctrina y jurisprudencia o las circunstancias personales del asegurado o tampoco las consecuencias del siniestro por graves que ellas sean); como así también que la “culpa grave” es, por naturaleza, una situación excepcional y que debe tratarse de una negligencia o imprudencia anormal —alto grado de negligencia, manifiesta y grave despreocupación—, pues de lo contrario entraría dentro de las comunes o corrientes que el asegurador ha debido tener en cuenta, por haber proyectado un contrato dirigido al hombre común.⁽⁴⁵⁾

No obstante, en los últimos tiempos se han hecho sentir voces en contra de la oponibilidad al tercero damnificado de la culpa grave del asegurado en razón de que el seguro obligatorio de responsabilidad civil no es una mera aplicación más de los seguros de responsabilidad civil tradicionales, pues no constituye un sistema de protección del patrimonio del asegurado, sino que tiene una trascendente función social en virtud de la cual fuera establecido, la protección de los terceros damnificados, o sea una finalidad asistencial de la víctima. Ello es así atento a que “en efecto, desde que el aseguramiento es obligatorio, el seguro no se elige para proteger la indemnidad del patrimonio del asegurado, sino que se contrata para satisfacer una obligación legal, cuya finalidad es garantizar a las potenciales víctimas de los daños una adecuada alternativa reparatoria...”⁽⁴⁶⁾

.....

(44) BARBATO, NICOLÁS H., *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*, Bs. As., Hammurabi, 1988, n° 31, p. 139.

(45) Ver BARBATO, NICOLÁS H., específicamente su actualización a la obra de Halperin, Isaac, *Seguros*, 3ª ed., act. y ampl., Bs. As., Depalma, 2001, n° 24 a), p. 991.

(46) SOBRINO, WALDO A. R., “Las modificaciones a la ley de seguros por aplicación de la ley de defensa del consumidor”, en RCyS, 2011-II, 37; CNac. Apel. Civ., Sala L, “Álvarez, Rosa Carmen c/ Expreso Gral. Sarmiento SA s/ Daños y Perjuicios” 01/11/2011, en cuanto consideró que “... el art. 118 LS no podría ofrecer resistencia válida. Esto es: el art. 118, en tanto limitaría la ejecutabilidad de la sentencia ‘en la medida del seguro’ no obstante la infracción de normas de orden público, es inaplicable al caso por inconstitucional. Esto

No comparto tales conclusiones, que son fundadas en la normativa de orden público de defensa de los consumidores y usuarios. El loable esfuerzo de la protección de las víctimas no puede justificar constituir el juicio de daños como instrumento dañoso, consagrando una carga indemnizatoria que otro debería afrontar, o en mayor extensión que la procedente.⁽⁴⁷⁾

Sin embargo, esa tendencia que viene afirmándose revela la percepción como injusta de la solución que aplica al seguro obligatorio las exclusiones de cobertura que se justifican solo en sede del seguro voluntario.

La solución no debe ser otra que el dictado de una ley de seguro obligatorio que regule acabadamente la cuestión, que vede las tradicionales exclusiones de cobertura del seguro voluntario y que se convierta finalmente en un instrumento de protección de las víctimas de daños causados o sufridos por los alumnos de establecimientos educativos.

En el clausulado contractual suele excluirse implícitamente la responsabilidad civil contractual (al delimitar lo cubierto como responsabilidad civil extracontractual), no se adecua a la virtual unificación del régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual que consagró la ley 24.830.

Ha quedado expuesto que especialmente en el riesgo de responsabilidad civil de los establecimientos educativos, el asegurado y conexamente el asegurador se hallan sometidos a la posibilidad que un mismo hecho dañoso genere, según el caso, responsabilidad contractual o extracontractual y, con ello, la eventualidad de ser demandados en uno y otro ámbito de la responsabilidad civil.

.....

así en tanto que, en la especie, supondría una cortapisa a la responsabilidad indistinta del asegurador que, integrado a una cadena o grupo productor de servicios riesgosos, ha ofrecido y concertado un seguro de responsabilidad civil a conciencia de que en los hechos deroga, a través de una mera disposición administrativa, normas de jerarquía superior y de orden público. O, como considerarán mis colegas de sala, Dres. Pérez Pardo y el recordado Rebaudi Basavillbaso, el art. 118 LS ha quedado implícitamente derogado para estos casos de aseguramiento obligatorio de la posterior ley 24.449. Sea por una u otra vía, no es aplicable al caso el art. 118”.

(47) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE y GONZÁLEZ ZAVALA, RODOLFO M., “El juicio de daños como instrumento dañoso. Eximentes probadas de responsabilidad”, en *Revista RCyS*, año XIV, n° 3, marzo 2012, p. 151. Los autores señalan: “... Así el Tribunal victimiza a uno de los litigantes, y crea judicialmente una obligación sin causa que justifique la condena o toda su extensión. Un perjuicio no se repara infiriendo otro a quien es ajeno a la situación nociva, o colocando en sus espaldas mayor peso indemnizatorio que el apropiado...”.

Así las cosas, parece aconsejable que al instrumentar el contrato de seguro no solo se cubra la responsabilidad civil extracontractual, sino también la contractual, de manera que satisfaga útilmente la necesidad creada por la obligación legal de contratar el seguro.⁽⁴⁸⁾

Los hechos sucedidos durante el transporte solo quedan cubiertos si se realizan bajo la supervisión del establecimiento educativo y el servicio de transporte cuente con las habilitaciones correspondientes (en estos casos, suele convenirse que este seguro funcione subsidiariamente del que obligatoriamente también corresponda al transportista).

En cuanto a las medidas de prevención del siniestro, conforme lo analizado, correspondería al asegurado realizar un control periódico de las instalaciones o muebles en mal estado que pudieran ocasionar un riesgo al alumnado, efectuando las reparaciones técnicas necesarias;⁽⁴⁹⁾ tomar medidas de seguridad y de control en cuanto a las puertas de acceso del edificio escolar durante el horario de entrada y salida de los alumnos; designar personal docente o preceptores distribuidos en puntos estratégicos según el lugar utilizado a fin de controlar el comportamiento del alumnado y evitar cualquier tipo de accidente;⁽⁵⁰⁾ en el horario de clases, no dejarse solos a los alumnos y, en caso de ausentarse el docente dejar a los mismos bajo el cuidado de algún preceptor; no realizar actividades de educación física por motivos climáticos en lugares cerrados que

.....

(48) COMPIANI, MARÍA FABIANA y STIGLITZ, RUBÉN S., "De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa", en *Revista RCyS*, 2007, p. 205.

(49) De conformidad con el art. 1117 CC, el establecimiento educativo resulta responsable por las lesiones que sufrió un alumno, tras caérsele encima una campana mientras jugaba, pues si bien al momento del accidente ya había culminado el horario escolar, el menor aún se encontraba bajo su esfera de control o de custodia, lo cual implica que la guarda no había sido traspasada a sus padres (5ª CÁN. AP. CIV., COM., MINAS, DE PAZ Y TRIB. MENDOZA, "Fernández, Jorge Alejandro c/ Dirección General de Escuelas", 03/03/2010).

(50) La Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza es responsable respecto de los daños y perjuicios padecidos por un alumno que sufrió una lesión —en el caso, fractura de brazo— al caerse otro estudiante encima suyo, en tanto dicho acontecimiento sucedió dentro del colegio al que ambos concurrían, mientras se realizaban juegos en el recreo, por lo que su cuidado y vigilancia se hallaba en cabeza del establecimiento educativo, que fracasó en la tarea de control a su cargo (3ª CÁN. AP. CIV., COM., MINAS, DE PAZ Y TRIB. MENDOZA, "Castillo, Armando Héctor y ots. c/ Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza", 20/10/2009).

no cumplan con las condiciones de seguridad adecuada;⁽⁵¹⁾ extremar las medidas de control y vigilancia de los alumnos durante clases prácticas de taller no permitiendo el uso o manipulación de herramientas sin la debida supervisión del docente; en caso de viajes con fines educativos, excursiones o paseos, asignar una cantidad de docentes en proporción a la cantidad de alumnos; en los edificios escolares que cuenten con más de un piso, controlarse el ascenso y descenso de los alumnos en las escaleras, a efectos de evitar accidentes.

7 | El nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil y Comercial unificado prescribe, en materia de esta responsabilidad, en su art. 1767:

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.

Las diferencias que surgen son las siguientes: a) modifica el término propietario por el de "titular"; b) elimina la aclaración de que la norma abarca a ambos tipos de gestión educativa (privados o estatales); c) agrega al ámbito de aplicación de la norma la circunstancia de que "debieran hallarse" bajo el control de la autoridad educativa; d) establece la nueva norma expresamente que el factor de atribución es objetivo, reafirmando como única causal de exoneración al "caso fortuito"; e) reafirma que se debe

.....

(51) Corresponde responsabilizar a la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza por las lesiones que sufriera un alumno mientras realizaba actividades deportivas en un establecimiento educativo, ya que aquel no debió autorizarlas teniendo en cuenta que días antes al niño se le había extraído el yeso al que había sido sometido como consecuencia de otro accidente padecido en el mismo establecimiento (SCJ MENDOZA, Sala I, "T., M. S. por su hijo menor c/ Dirección General de Escuelas Provincia de Mendoza", 22/03/2005).

contratar un seguro de responsabilidad civil; f) atribuye el deber de fijar su contenido a la "autoridad en materia aseguradora".

Como fuera expuesto más arriba, consideramos que la norma del art. 1117CC responsabilizó siempre al titular del establecimiento educativo, pues la norma se refiere a quien ejerce la actividad educativa y no a quienes son propietarios de inmuebles donde se desarrolla esa actividad. A estos últimos se le puede imputar responsabilidad incluso objetiva pero por aplicación del art. 1113 CC, mas no del art. 1117 CC. Es por ello que la modificación es más terminológica que sustancial y no quitó legitimación pasiva a los dueños del predio donde se desarrolla la actividad educativa, porque en realidad nunca la tuvieron.

En cambio, como se expuso *supra*, la modificación efectuada por el Poder Ejecutivo respecto de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios impacta en la interpretación de la norma. El art. 1764 del proyecto es contundente en la no aplicación de lo dispuesto en esta sección a la responsabilidad del Estado ni en forma directa ni subsidiaria, y más allá de que dicha norma puede ser tachada de inconstitucional, lo claro es que ni la responsabilidad civil ni el seguro obligatorio le son aplicables al Estado.

No se nos escapa el resultado, pero parece claro que esa es la recta interpretación de las normas en juego dictadas por el Poder Legislativo Nacional.

La aclaración acerca de que los menores "deben hallarse" bajo el control de la autoridad educativa ya había sido formulada por la doctrina, en especial por Kemelmajer de Carlucci, y es aceptada por la doctrina mayoritaria.⁽⁵²⁾ Es decir, si el alumno sufre un daño, el establecimiento educativo debe responder aun cuando no se encuentre bajo el control de la autoridad educativa, aun cuando **debería** haber estado bajo el control de la misma. Es el caso del alumno que se escapa del establecimiento durante el horario de clases o el supuesto del alumno que por ausencia del profesor es remitido a su casa antes de finalizar el horario normal de clases, sin que tal circunstancia les haya sido notificado a los padres o responsables.

Villagrán refiere que la expresión "o deban hallarse" no es novedosa e incluso ya ha sido así interpretado no solo por la doctrina, sino también por la

(52) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *op. cit.*

jurisprudencia.⁽⁵³⁾ Afirma que la aclaración disipa cualquier duda al respecto, aunque sin ella igual se debe interpretar de la misma manera, pues de lo contrario bastaría con que las personas a cargo de la actividad se desentendieran de la vigilancia de los menores a su cargo para eximirse de responsabilidad. Por último, recuerda que numerosos precedentes han puntualizado que la conducta de los menores debe ser supervisada en todo momento, desde el ingreso del niño al establecimiento hasta su devolución “sano” y “salvo”.⁽⁵⁴⁾

En materia de seguros, el nuevo Código reafirma la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil a fin de garantizar a la víctima el cobro de la indemnización que le corresponde y a la vez proteger el patrimonio del establecimiento educativo.

El proyecto, al establecer que el seguro de responsabilidad civil a contratar lo será de acuerdo a los requisitos que establezca la autoridad en materia aseguradora, culmina la discusión sobre la terminología utilizada por la ley 24.830 al respecto, pues queda claro que será la Superintendencia de Seguros de la Nación la autoridad que determinará los requisitos del contrato de seguro.

A pesar de que nada señala la norma, consideramos que será la autoridad educativa la que vigile su cumplimiento. En contra, Tale considera que tal control de acatamiento debe ser llevado adelante por la Superintendencia y puede ser compartido por las autoridades provinciales con competencia en materia educativa, porque de nada servirá establecer los requisitos y la garantía legal autónoma, si los establecimientos incumplen con la obligación de contratar un seguro.⁽⁵⁵⁾

Sin embargo, a nuestro juicio, la Superintendencia de Seguros de la Nación no posee esa facultad de control sobre establecimientos educativos, la que pensamos descansa, en cambio, en la autoridad en materia educativa.

(53) VILLAGRÁN, SANTIAGO, “La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el Proyecto de Código”, en *LL* 2013-A, 635.

(54) VILLAGRÁN, SANTIAGO, *op. cit.*

(55) TALE, CAMILO, “Responsabilidad civil de los padres por daños causados por sus hijos menores de edad y de los propietarios de establecimientos educativos por daños sufridos por sus alumnos por daños causados por estos, en el Código Civil vigente y en el proyecto de nuevo Código”, en *Revista Derecho de Daños, Problemática actual de la Responsabilidad Civil-II*, 2014-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 125.

8 | Colofón

El art. 1117 CC consagró a partir de 1997 la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales por los daños causados por los alumnos menores o sufridos por estos o por terceros cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa.

La medida busca garantizar a la víctima de un hecho dañoso el resarcimiento correspondiente, alejando el riesgo de la insolvencia del obligado al pago y evitar el impacto que pueda ocasionar la condena al establecimiento educativo que podría poner en riesgo la continuidad del desarrollo de la actividad docente por parte del establecimiento.

La norma no le ha dado contenido a la obligatoriedad del seguro (daños cubiertos, suma asegurada, franquicias, exclusiones admisibles, pronto pago, etc.) y tampoco ha establecido ningún tipo de sanción para el caso de que aquel incumpla con dicho deber, dejando librado a la "autoridad jurisdiccional" las medidas necesarias para el cumplimiento de dicho deber, generando dificultades de aplicación y falta de control de su cumplimiento.

El nuevo Código Civil no solo no resuelve la cuestión, delegando indebidamente el contenido del mencionado seguro en la Superintendencia de Seguros de la Nación, sino que además consagra la inaplicabilidad de sus normas directa y subsidiariamente al Estado.

La solución a la problemática planteada no debe ser otra que el dictado de una ley de seguro obligatorio que regule acabadamente la cuestión, que vede las tradicionales exclusiones de cobertura del seguro voluntario, consagre un sistema de pronto pago, con sumas aseguradas suficientes y que se convierta finalmente en un instrumento de protección de las víctimas de daños causados o sufridos por los alumnos de establecimientos educativos.

Perspectivas contractuales de los servicios educativos privados⁽¹⁾

Una mirada desde el Código Civil y Comercial unificado

por **CARLOS A. HERNÁNDEZ**⁽²⁾ y **JULIETA B. TRIVISONNO**⁽³⁾

I | La tipificación de los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación

La agenda del Derecho Privado argentino gira en torno al Código Civil y Comercial unificado (en adelante, CCyC) —de reciente y que entrará en vigencia el 01/08/2015—, que impone atender a sus verdaderos alcances y proyecciones.⁽⁴⁾ En lo que concierne al derecho contractual, el mismo es

.....

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogado. Profesor titular de Derecho Civil III y de Defensa del Consumidor, UNRosario.

(3) Abogada. Becaria doctoral CONICET. Jefa de trabajos prácticos de Derecho Civil III, UNRosario.

(4) Hemos dedicado diferentes estudios al Proyecto que fuera su antecedente: NICOLAU, N. L. y HERNÁNDEZ, C. A., "Breve análisis acerca de la relación de consumo y sus fuentes y de algunas normas que incorpora en esta materia el Proyecto de Código civil y comercial de 2012", en Rivera (dir.) y Medina (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, p. 627 y ss.; HERNÁNDEZ, C. A. y TRIVISONNO, J., "La suspensión del contrato en el proyecto de código civil y comercial de 2012", en *La Ley*, 2012-E-1067;

abordado con importantes avances en el Libro Tercero de los "Derechos Personales". El Título I refiere a las "Obligaciones en general"; el II, a los "Contratos en general"; el III, a los "Contratos de consumo"; el IV, a los "Contratos en particular" y el V, a las "Otras fuentes de las obligaciones", que incluye a la "Responsabilidad Civil". El Título IV se distribuye, a su vez, en 30 Capítulos que sucesivamente se ocupan de los siguientes contratos: "Compraventa"; "Permuta"; "Suministro"; "Locación"; "Leasing"; "Obra y servicios"; "Transporte"; "Mandato"; "Contrato de consignación"; "Corretaje"; "Depósito"; "Contratos bancarios"; "Contrato de factoraje"; "Contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio"; "Cuenta corriente"; "Contratos asociativos"; "Agencia"; "Concesión"; "Franquicia"; "Mutuo"; "Comodato"; "Donación"; "Fianza"; "Contrato oneroso de renta vitalicia"; "Contratos de juego y de apuesta"; "Cesión de derechos"; "Cesión de la posición contractual"; "Transacción"; "Contrato de arbitraje" y "Contrato de fideicomiso".

Constituye un acierto que el CCyC, siguiendo las líneas del Proyecto de Código Civil de 1998,⁽⁵⁾ proponga dedicar el Capítulo 6 del Título IV a tratar el fenómeno de la "Obra y servicios" en tres secciones referidas a "Disposiciones comunes a las obras y a los servicios" (Sección 1°); "Disposiciones especiales para las obras" (Sección 2°) y "Normas especiales para los servicios" (Sección 3°), sucesivamente. Así, y en lo metodológico, se verifica un importante progreso sobre el derecho vigente en tanto:

1. sustrae al contrato de obra y de servicios de la lógica de las locaciones;
2. marca criterios para la diferenciación entre el contrato de obra y el de servicios, sin negar los puntos en común que presentan, los cuales se expresan en las disposiciones generales aplicables a ambas especies;
3. mantiene subsistentes, en lo pertinente, las normas especiales antes referidas.

.....

HERNÁNDEZ, C. A., "Sobre algunos aspectos del contrato de obra en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, LL, 2012, p. 199 y ss.; y HERNÁNDEZ, C. A. y TRIVISONNO, J., "Cesión de derechos y sus subtipos", LL, 2013-F-940 y ss.; entre otros.

(5) La relación entre ambos proyectos ha sido puesta de manifiesto en los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, antecedente directo de los textos que comentamos. Al respecto, ver NICOLAU y HERNÁNDEZ, "Breve análisis...", *op. cit.*, p. 629. Aunque la metodología seguida es coherente con el Proyecto de 1998, no puede negarse que en diferentes cuestiones especiales las soluciones coinciden con las de proyectos anteriores, en especial el Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92. Ver *Reformas al Código Civil (proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92)*, Bs. As., Astrea, 1993 (art. 1152 y ss.).

Por lo demás, resuelve conflictos hermenéuticos que actualmente generan tensiones en el ámbito judicial e introduce soluciones más precisas y claras en temas de significación, como las obligaciones de las partes y la distribución de los riesgos.⁽⁶⁾

Este resulta ser el nuevo marco dentro del cual cabe apreciar al contrato de prestación de servicios educativos privados, sobre el que debemos volver una vez más.⁽⁷⁾

2 | El contrato de servicios educativos privados

2.1 | Concepto y caracteres

De manera introductoria, recordamos que el denominado contrato de enseñanza ha recibido un escaso tratamiento de la doctrina y jurisprudencia nacionales, en general sobre cuestiones relacionadas con algunas problemáticas concretas de tensión o conflicto.⁽⁸⁾ En cambio, es frecuente encontrarse con mayor cantidad de aportes en relación con la conflictiva temática de la responsabilidad civil de los establecimientos educativos.⁽⁹⁾

.....

(6) Arts. 1256, 1257, 1258 CCyC, [en línea] http://www.infojus.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

(7) HERNÁNDEZ, C. A., "Régimen Jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del derecho contractual", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 2005-1, p. 291 y ss.; y "El contrato de prestación de servicios educativos privados. Consideraciones sobre el derecho de admisión y las facultades de extinción a favor del establecimiento", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, setiembre 2007, p. 49 y ss. Más recientemente, HERNÁNDEZ, C. A., "El contrato de servicios educativos privados en clave constitucional", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, n° 20, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, agosto de 2012, p. 275 y ss.

(8) LORENZETTI, R. L., "El objeto y las prestaciones en contratos de larga duración. A propósito de la medicina prepaga, servicios educativos, contratos de suministro y asistencia", en *LL t. 1997-E*, Sección Doctrina, diciembre, 1997, p. 1103; TARABORRELLI, J. N., "¿El contrato de enseñanza educativa privada constituye una estipulación a favor de tercero?", en *JA 2003-I*, p. 832; HERNÁNDEZ, C. A., "Régimen Jurídico...", *op. cit.*; y "El contrato de prestación...", *op. cit.*

(9) LOIZAGA, E., *Responsabilidad civil de los establecimientos educativos*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000; SAGARNA, F. A., *Responsabilidad civil de los docentes y de los institutos de enseñanza*, Bs. As., Depalma, 1994; SEDOFF, M. E., *Régimen jurídico de la educación privada*, Rosario, Homo Sapiens, 1996; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", en *LL*, 1998-B, p. 1047 y ss.

Es probable que el insuficiente tratamiento de los aspectos contractuales obedeciera a las escasas referencias que del tema realizara el Código Civil de Vélez, entre ellas los arts. 1624 y 4035, incs. 2 y 3.⁽¹⁰⁾ Estas normas, referidas a aspectos puntuales, distaban de representar una cabal regulación de la materia. Aunque la atipicidad se mantiene en el CCyC, la situación es sensiblemente diferente en cuanto a que la disciplina general más acabada que se aporta en orden a los contratos de obra y servicios posibilita efectuar una pluralidad de proyecciones sobre situaciones particulares del tema que aquí nos convoca.

A fin de caracterizar adecuadamente a este contrato, es preciso tener en cuenta las particularidades bajo las cuales los servicios vinculados a la enseñanza se desarrollan en la vida cotidiana.

Así, creemos que al hacerse referencia a esta figura se alude a una operación jurídica en la cual los servicios educativos son ofrecidos en el marco de una organización empresarial. De este modo, se excluye de su ámbito a los servicios prestados de manera individual por personas físicas capacitadas en un determinado saber, operación que quedaría enmarcada dentro del tipo genérico locación de servicios.⁽¹¹⁾ La particularidad del contrato aquí considerado está en que presupone un contexto de complejidad prestacional, de estabilidad y duración que difícilmente pueda reconocerse en aquellas situaciones. La organización empresarial aludida no debe necesariamente perseguir fines lucrativos, de modo que el ofrecimiento gratuito de estos servicios no escapa de su órbita.

El propio Código Civil de Vélez, en ocasión de regular la prescripción liberatoria, distingue el crédito a favor de un “establecimiento escolar” (colegio) de aquel que resulta de la prestación de servicios de “maestros de ciencias y artes” (art. 4035, incs. 2 y 3). Dicha postura se ha cuestionado al entender que no existen razones suficientes para diferenciar la enseñanza

.....

(10) REZZÓNICO, L. M., *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, vol. 2, Bs. As., 1969, p. 622 y ss. No se incluyen aquí las normas referidas al contrato de aprendizaje, del que luego lo diferenciaremos.

(11) En este punto, el art. 2837 del esbozo de Freitas señalaba que “Cuando los maestros o maestras contrataren recibir en su casa discípulos o discípulas, obligándose, mediante un precio en dinero, a enseñarles alguna ciencia, arte u oficio, habrá locación de servicios inmateriales”. Ver DE FREITAS, A. T., *Código Civil*, t. 2., García Santos y Roldán (trads.), Bs. As., 1909.

impartida en un colegio de la brindada en modo particular.⁽¹²⁾ La crítica no nos parece razonable por cuanto ambos contratos presentan importantes diferencias, no solo en su naturaleza y en las obligaciones asumidas por las partes, sino también a la hora de juzgar la responsabilidad por los daños sufridos por los educandos.

Por otra parte, no es indispensable que el contrato de enseñanza refiera a los ciclos y contenidos de la educación formal,⁽¹³⁾ bastando que revista las notas destacadas anteriormente. La propia Ley Federal de Educación refiere a la educación no formal y al resguardo de los derechos de los usuarios de tales servicios. No desconocemos, sin embargo, que, en la enseñanza formal, el contrato evidencia rasgos de mayor complejidad.

El contrato de prestación de servicios educativos privados no debe confundirse con el contrato de aprendizaje, aun cuando debe reconocerse la relación existente entre ambos. Cabe tener presente que la segunda parte del art. 1624 CC vigente establece que "Serán también juzgadas por las disposiciones especiales, las relaciones entre los artesanos y los aprendices". En la actualidad esa especialidad se encuentra regulada por la normativa laboral.

En este marco, entendemos que el contrato de servicios educativos privados o contrato de enseñanza se configura cuando una parte denominada "establecimiento o institución no estatal" se obliga a desarrollar, en un contexto de organización empresarial, procesos de enseñanza-aprendizaje y la otra, individualizada como "educando" u "obligado", a colaborar en su ejecución asumiendo o no el pago de una suma de dinero por ellos.

A partir de la definición propuesta, es posible reconocer los siguientes caracteres:

- a. Será generalmente oneroso, ya que en la mayoría de los casos el establecimiento educativo percibe una retribución, aunque no puede desconocerse que, en ocasiones, el servicio es prestado gratuitamente. Una situación especial

(12) BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. II, Bs. As., Perrot, 1983, p. 403, nota 1825.

(13) Es que, con motivo de la delimitación del ámbito de aplicación del art. 1117 CC, reformado por la ley 24.830, la doctrina ha discutido si por establecimiento educativo solo debe comprenderse a aquellos que imparten los ciclos educativos previstos en la Ley de Educación, o a todos los que lo hacen en un contexto de organización y control, dejándose claramente fuera de su alcance a los maestros particulares. Sobre la cuestión, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La responsabilidad civil...", *op. cit.*

se presenta cuando se brinda un servicio gratuito por un establecimiento que recibe subsidio estatal. En tal caso, la gratuidad no se ve afectada, toda vez que no se trata estrictamente de una retribución, la que por otra parte es prestada por un tercero ajeno a las partes.

- b. Podrá ser unilateral o bilateral. Sin embargo, es necesario aclarar que, aun siendo gratuito, el educando y/o sus representantes asumen deberes de colaboración que resultan indispensables para la adecuada ejecución de las prestaciones a cargo del establecimiento educativo.⁽¹⁴⁾
- c. Es no formal, sujeto por tanto al principio de libertad de formas (art. 973 CC; y art. 284 CCyC).
- d. Es atípico, porque desborda las fronteras de la locación de servicios y no puede ser encuadrado dentro de ninguna de las figuras tipificadas.⁽¹⁵⁾ No desconocemos que algunos autores se han expedido en sentido contrario, sea por considerarlo locación de servicios⁽¹⁶⁾ o locación de obra.⁽¹⁷⁾ Como luego veremos al abordar el objeto, nos parece que el contrato de servicios educativos privados no se reduce a una mera prestación de actividad sino que compromete una prestación principal, aunque articulada con prestaciones accesorias y deberes anexos, definitorios a la hora de precisar la naturaleza del contrato. De cierta manera, la idea es coherente con la existencia de organización empresarial a la que aludimos en los párrafos precedentes y con la estabilidad y durabilidad de la prestación de tal servicio educativo. Además, no se trata de un contrato atípico puro, sino de un contrato que presenta puntos en común con otras figuras típicas, lo que permite ubicarlo dentro del ámbito de los contratos atípicos mixtos.⁽¹⁸⁾ De ese modo, las normas de la locación de servicios, de la locación de obra y del depósito, entre otras, pueden resultar de interés a fin de integrar algunas normativas. La atipicidad también se ve mitigada atento a la posibilidad de recurrir a las normas de la Ley de Defensa del Consumidor, dado que este contrato de prestaciones de servicios educativos privados puede ser calificado como contrato de consumo,⁽¹⁹⁾ ya que en la mayoría de los casos se

(14) Fundamentos del Proyecto del Diputado Mathov para la reforma de los arts. 1114 y 1117 del Código Civil, en *Antecedentes Parlamentarios*, t. 1997-B, p. 1643, nota 79.

(15) Así lo venía reconociendo pacíficamente nuestra jurisprudencia. Entre muchos fallos, CCIV. Y COM. COMÚN, SALA III, TUCUMÁN, "Bestani, María c/ Colegio del Sagrado Corazón (Padres Lourdistas)", 12/09/2003, inédito.

(16) SEDOFF, M. E., *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 56.

(17) LOIZAGA, E., *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 35.

(18) TARABORRELLI, J. N., "¿El contrato de enseñanza...", op. cit., p. 836.

(19) En concordancia con esta afirmación, la autoridad nacional de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor ha dictado diferentes resoluciones sobre la materia. Por su parte, la ley 26.361, de reforma a la ley 24.240, reafirma tal interpretación toda vez que, para

darán los presupuestos de subsunción previstos por dicha ley.⁽²⁰⁾ Seguidamente, ahondaremos acerca del impacto de la Ley de Defensa del Consumidor a lo largo del presente trabajo.

- e. Es un contrato de ejecución continuada. La duración, sin embargo, presenta matices de conflicto, en particular con la llamada rematriculación, que consideraremos detenidamente más adelante, así como también la incidencia del Código Civil y Comercial.
- f. Desde la perspectiva de la función económico-social, el contrato de prestación de servicios educativos privados es un típico contrato de colaboración.⁽²¹⁾

2.2 | Su encuadre en el marco de la Defensa del Consumidor. La publicidad y la información en la prestación de los servicios educativos privados

En la mayoría de los supuestos, el vínculo entre las partes del contrato de prestación de servicios educativos privados podrá calificarse como contrato de consumo, siendo el establecimiento educativo el proveedor, y el educando el consumidor o usuario, de acuerdo a las circunstancias. Al respecto, resultarán de aplicación las disposiciones del CCyC relativas a esta materia, que con precisión sitúa al contrato de consumo como fuente generadora de una relación de consumo (arts. 1092 y 1093). Además tratándose de un educando menor o incapaz, será "usuario", pues recibirá los beneficios del contrato sin ser parte del mismo, en tanto que sus representantes revestirán la calidad de consumidores contratantes. También podrían ser usuarios, por ejemplo, los empleados de una empresa a quienes se le brinda la posibilidad de capacitarse en alguna cuestión en particular.

.....

que pueda aplicarse el estatuto de defensa del consumidor, es necesario que exista una "relación de consumo", la que es definida en el nuevo art. 3° como "... el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario". Ver HERNÁNDEZ, C. A. y FRUSTAGLI, SANDRA A., "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual", en suplemento especial de JA, 28/05/2008, p. 5.

(20) La gratuidad del servicio generalmente supondrá la exclusión del microsistema de defensa del consumidor. Sólo frente a una gratuidad "aparente" podrá aplicarse el citado estatuto.

(21) LORENZETTI, R. L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 240.

Asimismo, en tanto “usuario”, el educando es un sujeto particularmente débil susceptible de ser considerado **subconsumidor**. En consecuencia, se acentúa el principio protectorio en virtud de presentarse una vulnerabilidad aún más grave, tal como sucede con los menores, ancianos y analfabetos.⁽²²⁾ La Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente se hizo eco de la misma en ocasión de la protección de ciertos tomadores de préstamos.⁽²³⁾ No dudamos que el educando es un sujeto particularmente débil, lo que puede verse agravado en un número importante de situaciones.⁽²⁴⁾

La calificación de este vínculo como contrato de consumo ha sido reconocida jurisprudencialmente⁽²⁵⁾ y resulta de enorme importancia práctica en varios aspectos, entre ellos algunos vinculados a la protección del consentimiento de la parte tomadora de este servicio, tales como la publicidad y el deber de información —cuestión esta que será profundizada en el punto 3.1—.

Con respecto a la publicidad, cabe destacar que la creciente “comercialización” de la educación ha hecho que las instituciones educativas recurran con frecuencia a la publicidad, como forma de lograr presencia e inserción social y promoción de sus servicios.⁽²⁶⁾ Ello es así dado que el

(22) LORENZETTI, R. L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 90. También HERNÁNDEZ, C. A., “Reflexiones sobre el Derecho del Consumidor (A propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani)”, en *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel A. Ciuro Caldani*, Bs. As., La Ley, 2005, p. 374.

(23) HERNÁNDEZ, C. A., “Aportes de la CSJN para la construcción de un derecho contractual justo”, en Alterini, *Pesificación de créditos hipotecarios*, sup. esp. La Ley, 2007, pp. 30/36.

(24) CAPEL. CIV. Y COM., JUNIN, “L. M. I. y D. P. M. c/ I. C. M.”, 03/07/2007, RCyS 2007, 533. La Cámara resolvió admitir la acción de daños y perjuicios deducida por un particular en representación de su hijo menor contra un instituto educacional privado que no le renovó la matrícula de inscripción para el año lectivo siguiente, dado que el establecimiento actuó en abuso de su derecho pues fundamentó su decisión en los inconvenientes generados en la adaptación del menor por padecer una discapacidad —en el caso, menor hipoacúsico congénito con implante coclear— cuando al momento de admitirlo tuvo total conocimiento y conciencia de sus limitaciones, circunstancia que imponía adoptar las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación asumida en pos de ejecutar el contrato obrando con cuidado y previsión conforme, verosímelmente, entendieron o pudieron entender las partes.

(25) Al respecto, CAPEL. CIV. Y COM. 4A NOM., CÓRDOBA, “Instituto San Ana S.A. Abraham Jorge Felipe y otro. pve. otros títulos. recurso de apelación. exp N° 1801237/36”, 22/10/2013, [en línea] www.justiciacordoba.gov.ar.

(26) De tal forma, la publicidad típica se amalgama a la institucional. Para una consideración del concepto de publicidad, KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Publicidad y consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 5, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 87.

recurso a la publicidad constituye una eficaz e imprescindible herramienta a fin de ingresar con éxito a un determinado mercado.⁽²⁷⁾ Si bien todo mensaje publicitario debe estar desprovisto de ilicitud, evitando inducir a los destinatarios a engaños, errores o confusiones sobre las características y bondades de los productos y servicios comercializados —arts. 5° y 9°, ley 22.802—, en el ámbito educativo la eticidad de la publicidad debe extremarse. El bien jurídico comprometido así lo exige. Por ello, no resulta sorprendente que muchos de los precedentes nacionales y comparados sobre la publicidad ilícita, en particular engañosa por omisión, refieran a contratos educativos. Así, se ha juzgado que es engañosa la publicidad realizada por una universidad privada en la que se ofrecía una reducción del 20% de los aranceles correspondientes a los turnos tarde y noche, sin precisar que dicha reducción alcanzaba únicamente a los alumnos que ingresaban al ciclo introductorio y no a los que debían rematricularse.⁽²⁸⁾ También se ordenó la reparación del daño causado a quienes habían sido víctimas de un engaño por haberse inscripto y cursado en un profesorado de educación preescolar que prometía la obtención de títulos oficiales pese a carecer de la habilitación para ello.⁽²⁹⁾ En un caso similar, más reciente, se confirmó la multa por infracción al art. 9°, ley 22.802 impuesta a una asociación civil en virtud de haber omitido aclarar, al publicitar cursos terciarios, que no se encontraba incorporada a la enseñanza oficial, sino que contaba con una autorización provisoria para matricular alumnos. Se consideró que “las publicidades cuestionadas efectuadas por la sumariada contendrían información confusa e imprecisa que podría inducir a error, engaño y/o confusión a los consumidores respecto de las características

(27) WEINGARTEN, C., *La confianza en el sistema jurídico*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 2002, p. 78.

(28) CNAC. PENAL EC., SALA 3, “Fundación Universidad de Belgrano”, 19/12/1990, JA, 1991-II, p. 493.

(29) El juez de primera instancia, en criterio luego compartido por la Cámara, hizo lugar a la pretensión sosteniendo que “... La incorporación al acuerdo de las cualidades y efectos atribuidos por el empresario a bienes y servicios puestos en el comercio, emitidas por medio de mensajes publicitarios, se impone como una carga del deber de información según los postulados de la buena fe, de manera que no existe lugar para la reticencia u omisión que conspiran dolosamente contra los intereses del receptor (art. 933 CC), situación que en definitiva debe juzgarse de acuerdo con ‘standars’ de conducta que en el caso resultan”, CNAC. APEL. CIV., SALA G, “Taranto, Gloria c/ Berkowicz, Elda”, 07/10/1983, LL 1986-A, p. 56 y ss.

de los servicios ofrecidos al omitir información de carácter esencial”.⁽³⁰⁾ Con criterio similar, una reciente sentencia española condenó a un establecimiento educativo a resarcir el daño moral causado y devolver las matrículas percibidas en base a una publicidad que prometía un título europeo a nivel de ingeniería técnica, con homologación en España, cuando el Ministerio de Educación había notificado a dicha institución la imposibilidad de homologar dichos títulos.⁽³¹⁾

3 | El objeto del contrato y las obligaciones de las partes

Desde una perspectiva general, se señala con acierto que el objeto del contrato “... es un conjunto de reglas convencionales específicas que las partes acuerdan para hacer una operación económica que describen normativamente (obligaciones nucleares, accesorias, deberes colaterales, garantías, cargas)”.⁽³²⁾

Al aplicar el concepto a los contratos de servicios educativos privados, vemos que las reglas acordadas por las partes conciernen a las siguientes obligaciones nucleares: brindar la enseñanza comprometida conforme al tipo de educación de que se trata y pagar una suma de dinero a cambio.⁽³³⁾

La primera de ellas suscita una cuestión adicional, en orden a saber si conforma una obligación de “medios” o de “resultado”. Díez-Picazo y Gullón consideran que para calificar a una obligación con uno u otro carácter hay que atender a la circunstancia de que el resultado esté o no al alcance de

(30) CNAC. PENAL EC., SALA B, “Centro de Becarios de la OMSP AS”, 16/12/2005, *La Ley online*, DJ 24/05/2006, 285.

(31) AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, “Jorge c/ Sociedad Francisco de Sales”, 27/07/2003.

(32) LORENZETTI, R. L., *Tratado de los contratos. Parte general*, op. cit., p. 378.

(33) El art. 63 de la Ley de Educación Nacional establece que: “... Estos agentes tendrán los siguientes derechos y obligaciones: a) Derechos: crear, administrar y sostener establecimientos educativos; matricular, evaluar y emitir certificados y títulos con validez nacional; nombrar y promover a su personal directivo, docente, administrativo y auxiliar; formular planes y programas de estudio; aprobar el proyecto educativo institucional de acuerdo con su ideario y participar del planeamiento educativo; b) Obligaciones: Cumplir con la normativa y los lineamientos de la política educativa nacional y jurisdiccional; ofrecer servicios educativos que respondan a necesidades de la comunidad; brindar toda la información necesaria para la supervisión pedagógica y el control contable y laboral por parte del Estado”.

quien despliega la actividad.⁽³⁴⁾ Desde esa perspectiva, nos parece que el débito del establecimiento educativo en cuanto al efectivo desenvolvimiento del proceso de enseñanza-aprendizaje constituye, sin lugar a dudas, una "obligación de resultados".⁽³⁵⁾ Ello es así en tanto la institución educativa debe proveer las condicionales ambientales, curriculares y de personal imprescindibles para cumplir con su obligación. Dejamos fuera de su contenido al éxito del referido proceso de enseñanza-aprendizaje, toda vez que lo contrario importaría poner a cargo de la institución educativa condiciones que escapan a su dominio. Por el contrario, algún sector doctrinario ha querido ver también aquí una obligación de resultados. Se enfatiza para ello en la decisión del establecimiento de autorizar que el educando prosiga su educación ingresando al grado o año superior, lo que supondría "... asegurar que la obligación de enseñar se ha cumplido y que el alumno tiene los conocimientos correspondientes al nivel completado".⁽³⁶⁾ Nos parece que en tal caso se confunde la obligación principal de proveer educación con la prestación accesoria de certificar la adquisición de conocimientos una vez cumplidas las instancias previstas para cada año o ciclo de enseñanza.⁽³⁷⁾

Además, se destacan como obligaciones accesorias a cargo del establecimiento educativo —especialmente de los ciclos iniciales de la educación formal—, brindar alojamiento, alimentación y material didáctico —si así se hubiera convenido—;⁽³⁸⁾ custodiar los bienes que se le hubieran confiado; disponer de asesoramiento profesional capacitado para contribuir en el proceso de enseñanza-aprendizaje del educando —v. gr., psicopedagogos—; entre muchas otras. Por su parte, dentro de los deberes de conducta se destacan los de información y seguridad. Ya veremos en los puntos siguientes la relevancia del deber de "información" en la etapa formativa

(34) DIEZ-PICAZO, LUIS y Gullón Ballesteros, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, Tecnos, 2001, p. 135.

(35) Loizaga comienza calificando a la obligación como de "medios", aunque luego señala que "... a los efectos de poder brindar educación el propietario debe cumplir con algunas obligaciones de resultado", LOIZAGA, E., *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 87.

(36) Fundamentos del Proyecto del Diputado Mathov, op. cit., p. 1643, nota 79.

(37) No tener en cuenta la diferenciación trazada importaría admitir que el establecimiento educativo habría de ser responsable por cualquier fracaso del educando en su proceso de enseñanza-aprendizaje, lo que nos parece una generalización inaceptable.

(38) Esta modalidad, muy usual en décadas pasadas, hoy ha perdido difusión.

del contrato, sobre todo en lo relativo a las modalidades contractuales a las que usualmente se recurre, cuestión que podríamos extender a los demás tramos del iter contractual.⁽³⁹⁾ En tal sentido, no puede desconocerse la necesidad de que los establecimientos educativos cuenten con adecuados mecanismos de comunicación acerca de la evolución y desempeño de los educandos, especialmente cuando se trata de menores de edad. Lo propio veremos que ocurre con la “seguridad”, que ha llevado a “objetivar” la responsabilidad civil. En cuanto al educando y sus representantes, el deber de cooperación resulta esencial; así, veremos en oportunidad de considerar los problemas vinculados a la rematriculación, cómo se ha invocado la falta de colaboración de los padres como justificación de la extinción del contrato.

La complejidad propia del objeto del contrato de prestación de servicios educativos nos ha llevado a calificarlo como atípico, evitando un encuadramiento lineal y simplista dentro del ámbito de la locación de servicios. Como hemos mencionado, entendemos que ello seguirá así aun luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

En la delimitación de las obligaciones, prestaciones y deberes a cargo de las partes no puede prescindirse de su condición de contrato de duración. Si bien, en principio, aquellas deben mantenerse inalteradas durante la ejecución del contrato, es posible que requieran adecuación a las nuevas exigencias del vínculo, lo que será procedente en la medida que se preserve la equivalencia,⁽⁴⁰⁾ y los cambios resulten, en ese contexto, “razonables”. Se pone de manifiesto de tal modo, la “flexibilidad” ínsita en todo contrato de duración.⁽⁴¹⁾

(39) No solo el usuario del servicio educativo está interesado en recibir información. En ocasiones, los establecimientos educativos incorporados a la enseñanza oficial están obligados a informar anualmente al Estado sobre algunos aspectos esenciales de estos contratos, en particular, cantidad de cuotas, montos de las mismas, recargos por mora, etc. De tal modo, el Estado puede diseñar políticas públicas en resguardo de los derechos de los consumidores, que al contar con esta información, podrán comparar adecuadamente las diferentes alternativas. Al respecto, ver la resolución 678/99 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería.

(40) LORENZETTI, R. L., “El objeto y las prestaciones...”, *op. cit.*, p. 1103 y ss., quien ejemplifica diciendo que “El colegio no se obliga a mantener los mismos profesores, o el mismo programa, o el equipamiento de computadoras para los alumnos”.

(41) MACARIO, F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, Jovene Editore di Napoli, 1996, p. 93 y ss.

4 | Restricciones a la autonomía de la voluntad

4.1 | Limitación a la libertad contractual: el uso de la modalidad de la predisposición

En la práctica negocial, los contratos de prestación de servicios educativos privados se perfeccionan bajo la modalidad de predisposición-adhesión.⁽⁴²⁾ En ocasiones, aprovechando esta modalidad de concertación, los instrumentos de formalización reenvían a otros documentos, generalmente reglamentos, a los que el adherente no tiene acceso efectivo. Estas prácticas importan una violación al deber de información que la buena fe y la Ley de Defensa del Consumidor imponen. Además, la prerredacción facilita la incorporación de cláusulas abusivas,⁽⁴³⁾ cuya eficacia se encuentra comprometida por las soluciones normativas antes citadas.

La limitación de libertades del adherente se acentúa cuando periódicamente se “renueva” una relación contractual iniciada en años anteriores. Constituye un “práctica” bastante extendida la renovación anual de los contratos, especialmente los relativos a los establecimientos de enseñanza de los ciclos iniciales de la educación formal, sustentada en cláusulas contractuales prerredactadas. En este contexto, se va generando una situación de “cautividad” de la cual el adherente difícilmente puede sustraerse.⁽⁴⁴⁾ Más allá de las valoraciones que oportunamente haremos sobre esta supuesta “renovación”, conocida vulgarmente como “rematriculación”, pensamos que tal situación puede ser cuestionada en sede judicial con fundamento en los principios generales y en las normas del estatuto de defensa del consumidor.

.....

(42) TARABORRELLI, J. N., “¿El contrato de enseñanza...”, *op. cit.*, p. 835.

(43) Un recorrido por algunos contratos nos permite citar como ejemplos las cláusulas que sujetan la interpretación del contrato al entendimiento que efectúe el establecimiento escolar; las que imponen la “abstención” de los padres de participar en forma personal o colegiada (asociaciones de padres) en los aspectos técnicos y administrativos de la escuela; las prórrogas de competencia, etc.

(44) LORENZETTI, R. L., “Contratos y deberes secundarios de conducta: La libre elección”, en LL 1998-B, p. 1004 y ss.

Otro supuesto conflictivo se verifica cuando se “reserva una vacante”. A esta modalidad se recurre habitualmente cuando aún no ha habido pago de la matrícula de ingreso, cuando se registra una deuda anterior o se debe la documentación que acredita el cumplimiento de los recaudos formales de acceso. Sobre la misma se ha dicho que “... no es el principio de ejecución del contrato, como [sería] el pago de la matrícula, sino que es solamente una manifestación positiva del derecho de admisión”.⁽⁴⁵⁾ En nuestra opinión, no es posible generalizar estos supuestos afirmando que el contrato no se encuentra perfeccionado. Nos parece que la cuestión merece una consideración diferenciada; así:

- a. en los contratos que suponen una continuación de un vínculo precedente, el mecanismo de “rematriculación” resulta cuestionable desde que deberá partirse de la premisa opuesta, esto es la subsistencia del contrato. Remitimos al tratamiento especial que efectuaremos *infra* sobre el tema;
- b. en los contratos sin relación precedente, los supuestos de no integración de la documentación a aportar por el adherente o la falta de pago de la matrícula, sólo podrán facultar al establecimiento a tener por no perfeccionado el contrato cuando resulte inequívoco que el mismo ha informado al adherente la necesidad de integrar los extremos citados, dentro de ciertos plazos. En cambio, pensamos que no podrá escudarse en la supuesta “provisoriedad” de la “reserva de vacante” cuando el establecimiento educativo efectúa la correspondiente inscripción sin cumplir con el mencionado deber de información. Es que no es suficiente el empleo del término “reserva”: es necesaria la voluntad inequívoca y recíproca de condicionar la eficacia del negocio a esos extremos. Estamos convencidos que la interpretación que proponemos —al priorizar el acceso— armoniza con un adecuado resguardo del “derecho a la educación”.

4.2 | Limitación a la libertad de contratar: los llamados derecho de admisión y rematriculación de los educandos. Prácticas abusivas

Aunque el tema de los servicios educativos privados ha sido escasamente abordado por nuestra doctrina, no ocurre lo mismo con el llamado “derecho de admisión”.⁽⁴⁶⁾ La cuestión resulta particularmente sensible en el

(45) SEDOFF, M. E., *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 60.

(46) SEDOFF, M. E., *Régimen jurídico...*, op. cit.; BIANCHI, E. T., “El derecho de aprender y la no rematriculación de alumnos”, en *ED*, 02/03/1994, p. 1 y ss.; DE ESTRADA, JUAN R., “Enseñanza privada y servicio público”, en *ED*, t. 119, p. 954; MARTÍNEZ VEGA, M. L., “El derecho de admisión

ámbito social, en el que recurrentemente los medios de comunicación instalan el problema, en general, con motivo de algún caso concreto.

En nuestro parecer la cuestión suscita variadas aristas. Así, no puede negarse que el “derecho de admisión” guarda una estrecha vinculación con los derechos constitucionales de “enseñar” y “aprender”. Más aún, podríamos decir que generalmente se presenta una fuerte tensión entre ambos, toda vez que la prerrogativa del educando, o su familia, de hacer efectivo el derecho de aprender, colisiona con la pretensión del establecimiento o institución de elegir a quién enseñar. Si bien rechazamos la postura de quienes niegan enfáticamente la posibilidad de reconocer una obligación de enseñar, nos parece que su aceptación no puede ser genérica e indiferenciada de las particulares circunstancias del caso.

No es posible confundir el supuesto de quien intenta matricularse por primera vez en un establecimiento educativo, de aquel otro que solo pretende proseguir los estudios iniciados anteriormente. La primera situación gira en torno al “acceso” al contrato, en tanto que la segunda concierne a la continuidad del servicio educativo. Aunque en ambos casos la “libertad de contratación” está comprometida, la misma requiere consideraciones diferenciadas.

Por ello, resulta criticable que muchos de los planteos doctrinarios efectuados hasta la fecha hayan sustentado el “derecho de admisión” en una férrea concepción de la “autonomía de la voluntad” y sus libertades consiguientes. Nos parece que tal perspectiva no se compadece con los nuevos horizontes del derecho contractual, que intentan construir respuestas de mayor justicia en clave constitucional. Antes de tomar postura a partir de las líneas expuestas, nos parece de interés recordar algunos precedentes jurisprudenciales no siempre concordantes.

Sobre el “derecho de admisión” propiamente dicho,⁽⁴⁷⁾ esto es, el caso de quien intenta “acceder” a un establecimiento o institución educativa, el

.....

en los colegios privados: ¿Una excepción a la prohibición de la discriminación o el ejercicio de la libertad contractual”, en LL 2003-1461, p. 1461; NAVARRO FLORIA, JUAN G., “El derecho de admisión de los colegios privados” en ED 138, p. 889; QUINTANA, EDUARDO M., “Educación privada, libertad de enseñanza y los fundamentos del decreto 365/93”, en ED 152, p. 936 y ss.

(47) Tomamos la expresión de BIANCHI, E. T., *El derecho de aprender y la no rematriculación de alumnos*, op. cit., p. 6 y ss.

único precedente que hemos podido relevar lo constituye el caso “Saguiet Elía”.⁽⁴⁸⁾ Se trataba de una acción de amparo que intentaba dejar sin efecto una resolución del rector de la Universidad demandada quien, ratificando la decisión de la Comisión de Admisiones, había denegado el ingreso del accionante con fundamento en expresiones agraviantes vertidas contra el Episcopado, que ya habían dado lugar a su expulsión de la Universidad Católica Argentina. En ese contexto, la Corte sostuvo que la medida no carecía de “razonabilidad” desde que era consecuencia de la anterior expulsión. De ese modo, afirmó la procedencia del “derecho de admisión”, aunque al ingresar en la “razonabilidad” de la resolución, evitó reconocer carácter discrecional a la potestad de la institución de elegir educando.⁽⁴⁹⁾ Así, se apartó del criterio del Procurador, quien entendía que el tema debía ser resuelto atendiendo a la preferencia —casi absoluta— del “derecho de enseñar” por sobre el “derecho de aprender”.⁽⁵⁰⁾

En cambio, sobre el pretendido ejercicio del “derecho de admisión” en ocasión de la “reintegración”, existen un buen número de sentencias. Uno de los primeros precedentes sobre la materia fue la causa “Fundación San Martín de Tours”,⁽⁵¹⁾ en donde se señaló que, al ser el vínculo que une a las partes de derecho privado, “...debe imperar, en principio, la libre elección de los contratantes”. Siguiendo esta postura, en autos “Echegaray Ferrer, Carlos J.”,⁽⁵²⁾ se sostuvo que los establecimientos educativos no se comprometen “... a mantener la inscripción de los alumnos —condicionada o no— durante toda la etapa de enseñanza primaria y secundaria, sin que ello pueda extraerse de haber sido admitidos con anterioridad

(48) CSJN, “Eduardo Ricardo Saguiet Elía c/ Universidad del Salvador”, 14/03/1969 (Fallos: 273:187).

(49) Bidart Campos señala que “La selección de quienes aspiran a ingresar queda librada al establecimiento (salvo que la negativa pudiera acreditarse como arbitraria o discriminatoria)”, BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución...*, op. cit., p. 42.

(50) En uno de los pasajes de su dictamen, el Procurador sostenía que “... no existiendo norma que restrinja a aquellos institutos el derecho de admisión en sus aulas, tal derecho debía prevalecer sobre la libertad que puede asistir al accionante en orden a la elección de sus maestros”.

(51) CNAC. CONT. ADM. FED., SALA IV, “Fundación San Martín de Tours” 15/09/1981, LL 1982-B, p. 363 y ss.

(52) CAPEL. CIV. Y COM. 3A NOM., CÓRDOBA, “Echegaray Ferrer, Carlos J.”, 16/08/1983, ED, t. 109, p. 498 y ss. El fallo contiene una breve nota del maestro Bidart Campos.

y haber cursado normalmente otros grados". Posteriormente, en la causa "Fidel, Luis Samuel y otro c/ Instituto Sara Chamberlain de Eccleston", se dijo que "... el ejercicio de la facultad de no inscripción de un alumno no necesita estar fundamentado, pues de esta manera, permitiendo debatir las causas de la no inscripción, se podría llegar a imponer la obligación de enseñar aun cuando no fuese ese el deseo de la parte educadora".⁽⁵³⁾ Recientemente, esta postura se reflejó en la resolución recaída en "Mataresse", en la cual se rechazó una acción de amparo promovida por la madre en representación de sus hijos menores contra un instituto educacional por no haberlos rematriculado, alegando que el derecho de admisión es de carácter discrecional y la decisión que al respecto se tome no debe ser fundada.⁽⁵⁴⁾

Sin embargo, en otros fallos se ha cuestionado que pueda reconocerse la "rematriculación" como un verdadero "derecho de admisión", considerando que sería más apropiado referir a la facultad de evaluar la permanencia,⁽⁵⁵⁾ la que en todo caso, debería ser ejercida de buena fe, evitando incurrir en conductas abusivas o antifuncionales.⁽⁵⁶⁾

(53) CNAC. APEL. CIV., SALA G, "Fidel, Luis Samuel y otro c/ Instituto Sara Chamberlain de Eccleston" 24/04/1989. El caso fue confirmado por la CSJN al considerar que la inconstitucionalidad de la resolución 641/81 no había sido debidamente fundamentada. Ver ED, 02/03/1994, p. 1 y ss.

(54) CAPEL. CIV. Y COM., SAN ISIDRO, SALA 2, "Mataresse, Patricia L. c/ St. Andrew's Scots School", LLBA, 2005 (junio), 581/(julio), 651. La Cámara sostuvo que el derecho de admisión a los institutos de enseñanza privada comprende el derecho de no admisión y el de no inscripción en el curso regular siguiente, siendo un derecho de carácter discrecional, es decir, que su titular puede usar de ellos *ad libitum* (basta la legalidad y no son susceptibles de control). Agregó que no se advierte que la institución haya ejercido la facultad de no admisión en forma arbitraria, irregular o abusiva, y que la actora alude a un trato discriminatorio que no fundamenta ni describe y que refiere como "una serie de persecuciones, malos tratos (...) cambio de grupos académicos". El fallo señaló que el "... contrato tiene como duración el cumplimiento del ciclo lectivo del año (...) de la matriculación (...), [y] no genera jurídicamente un derecho (...) para una nueva matriculación (...), ni obliga al establecimiento o a su titular a admitir forzosamente una nueva y obligatoria inscripción (...). Los colegios no tienen obligación de aceptar a nadie en la matrícula, pues el vínculo que une al alumno con el establecimiento es de derecho privado y de naturaleza comercial, donde debe imperar la libre elección de los contratantes dentro de los límites impuestos por sus propios estatutos...".

(55) CNAC. APEL. CIV., SALA C, "Frigerio, Octavio O. y otros c/ Instituto Escolar Goethe", 05/03/1987, ED, t. 123, p. 102 y ss.

(56) Así, en la causa "L. L. y O. c/ Northlands Asoc. Civil de Beneficencia s/ Amparo", se afirmó que "Tratándose en el caso, más que de la admisión de una nueva alumna, de la continuidad de su estudio en el mismo colegio mediante la matriculación para el año siguiente, la facultad de no admisión debe ejercerse de modo que no sea arbitrario o irregular". También, 3A CAPEL. CIV., COM. Y MINAS, MENDOZA, "Romboli, Mónica G. y otro c/ Colegio e Instituto San Buenaventura",

Debemos destacar que en la causa “Alloi, José L. y otra”,⁽⁵⁷⁾ la CSJN declaró inadmisibles los recursos extraordinarios promovidos por un establecimiento educativo que se había negado a rematricular a una alumna embarazada, siendo obligado a hacerlo por imperio de una medida cautelar ordenada judicialmente. En su voto, el Dr. Boggiano sostuvo con acierto que

... los planteos que formula la apelante con apoyo en la libertad de enseñar y la garantía de propiedad resultan ineficaces para habilitar la instancia de excepción en esta etapa del proceso, pues frente a la colisión de derechos no puede constituir un criterio interpretativo válido el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás, tarea ésta que no cabe efectuar en este estadio procesal.

En un fallo más reciente, también se ponderó el ejercicio del derecho de admisión de un Colegio en ocasión de la rematriculación para el segundo año del ciclo EGB. En tal caso, el establecimiento educativo se había negado a ello alegando trastornos de conducta de parte del menor, que se habrían reflejado en 18 observaciones disciplinarias notificadas durante el año anterior que, a su criterio, expresaban comportamientos inusuales que habían impedido la adecuada integración del educando a la institución. Además, esgrimía la debida antelación con la cual se había comunicado la decisión, que permitió a los padres obtener vacante en otro colegio.⁽⁵⁸⁾ Aunque en abstracto pudiera admitirse que tales argumentos podrían justificar proceder del establecimiento, la Cámara, apreciando

.....
10/10/07, en la cual se afirmó que “Debe rechazarse la demanda de daños y perjuicios incoada por los progenitores de un menor que padece una perturbación psíquica, debido a que el establecimiento educativo al cual asistía no renovó el contrato para el ciclo lectivo siguiente, ya que la conducta asumida por el accionado no aparece discriminatoria, segregativa o abusiva, toda vez que han existido motivos serios para así actuar, pues los padres del menor ocultaron la enfermedad psiquiátrica que éste padecía al momento de inscribirlo, la cual exigía una contención y composición especial, y demostraron una total falta de colaboración ante la conducta preocupante del alumno —en el caso, falta de integración social, acoso a una compañera, amenazas de suicidio—, que violó las normas de convivencia del establecimiento”.

(57) CSJN, “Instituto Privado Santa Isabel s/ rec. en Alloi, José L. y otra”, 19/12/2000.

(58) CAPEL. CIV. Y COM., JUNÍN, “L. M. I. y D. P. M. c/ I. C. M”, 03/07/07, RCyS, setiembre de 2007, p. 49 y ss.

minuciosamente las circunstancias concretas de la causa mediante una decisión que hemos valorado como justa en un comentario efectuado sobre la misma, resolvió lo contrario.⁽⁵⁹⁾ Los fundamentos de la sentencia de la Alzada tuvieron en cuenta que:

1. el educando era un discapacitado auditivo, cuya realidad había sido conocida y valorada por el Colegio al admitirlo;
2. ello implicaba extremar las diligencias del establecimiento a fin de "...desplegar los esfuerzos necesarios para lograr superar las barreras de comunicación" (art. 902 CC). En tal sentido, no sólo quedó acreditado que el establecimiento no contaba con una estructura permanente que atendiera los especiales requerimientos del menor, sino que tampoco adoptó medidas de inclusión concretadas en casos similares y a las que se había obligado, evidenciando con ello una proceder que no se encontraba a la altura del compromiso inicial contraído;
3. la ausencia de riesgos ciertos y mensurables para los demás educandos, toda vez que ninguna de las inconductas comunicadas por el Colegio importaron situaciones que demostraran afectación a la integridad física o psicológica de sus compañeros de curso.

Para tomar partido sobre este intenso debate del que da cuenta el derecho vivo, consideramos necesario comenzar precisando los conceptos.

Como ya lo adelantamos, nos parece impropio hablar genéricamente de un "derecho de admisión", dado que solo puede ejercerse esa facultad ante quien no se encuentra incorporado a la institución educativa. En ese entendimiento, la práctica de la contratación anual de los servicios, que se apoya en una cláusula que persigue la reserva del pretendido "derecho de admisión", resulta abusiva por ser irrazonable, pues falsea la realidad a

(59) HERNÁNDEZ, C. A., "El contrato de prestación de servicios educativos privados...", *op. cit.*, p. 56 y ss. En sentido concordante, el precedente TRIB. CRIM. 1, NECOCHEA, "J. S. en nombre y representación de su hijo menor de edad R. de M.", 09/03/06, en donde se dijo que "Corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada en una acción de amparo por la madre de un menor, a quien no se lo autoriza a matricularse en el colegio en donde cursó el año anterior —en el caso, le impusieron amonestaciones, quedó como alumno libre y luego de haber rendido libre todas las materias, el colegio no le permitía su matriculación—, pues encontrándose 'prima facie' comprometido el libre acceso a la educación de un menor de edad debe analizarse con un criterio amplio la medida, debiendo anteponerse el derecho legítimo de aprender, al de admisión del establecimiento educativo, máxime cuando este último es ejercido abusivamente invocando para ello cuestiones meramente formales o cuando no encubren un motivo justificado o contrarían actos propios", LLBA 2006, p. 1234. Nos complace observar la responsable labor de muchos de nuestros jueces, quienes con rigurosidad encaran las complejidades intrínsecas de cada caso, conocedores de que la ponderación exhaustiva de sus circunstancias, resultan vitales a la hora de construir la solución de mayor justicia.

fin de “desnaturalizar el contrato”.⁽⁶⁰⁾ Adviértase que los padres que eligen un establecimiento escolar lo hacen con el convencimiento de que —salvo situaciones excepcionales— su hijo transitará allí todas las etapas de los ciclos educativos. Y lo mismo sucede con la institución, que proyecta en sus educandos su propia historia.

Lo expuesto no quiere decir que el establecimiento no pueda extinguir el vínculo, pero parece razonable que deba motivar su decisión. En ocasiones, la causa podrá ser invocada como pretensión resolutoria, tal como ocurriría si se fundara en falta de ejecución de las obligaciones del contrato (por ejemplo, falta de pago del arancel),⁽⁶¹⁾ o al deber de “colaboración” que pesa sobre los representantes⁽⁶²⁾ o el propio educando.⁽⁶³⁾ En otras, vendrá a legitimar la

(60) HERNÁNDEZ, C. A., “El principio de razonabilidad como manifestación del Derecho Contractual de la Postmodernidad”, en prensa. No desconocemos que esa práctica ha intentado validarse mediante una antigua resolución del Ministerio de Educación —la 641/81—, que dispone que “Los institutos se reservan el derecho de admisión. Este derecho sólo podrá ejercerse al comienzo de cada período lectivo y en referencia a la posible matriculación de alumnos” (art 137). Ciertamente, esa norma debe ser interpretada dentro del contexto normativo actualmente vigente, atendiendo a las reformas incorporadas a nuestra Constitución en 1994, y a la de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 26.361). Este criterio halló recepción jurisprudencial en el ya citado caso “Mataresse”, en el que se señala que el contrato de enseñanza “... tiene como duración el cumplimiento del ciclo lectivo del año correspondiente objeto de la matriculación o inscripción, pero ello no genera jurídicamente un derecho a favor de aquel para una nueva matriculación o inscripción para el nuevo ciclo del año posterior a cursar, ni obliga al establecimiento o a su titular a admitir forzosamente una nueva y obligatoria inscripción a favor del mismo”.

(61) Una situación similar se presenta cuando el establecimiento pretende retener a quien ha cumplido con las exigencias académicas, los certificados o diplomas por falta de pago de la matrícula, pretendiendo el ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual. Así, la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SALA OCTAVA, “María Ismelda Ardila Cardona c/ Colegio Panamericano Colombo-Sueco”, 12/12/1995, sostuvo que la expedición de certificados escolares solicitados por la actora constituyen “... un deber del colegio, que no puede retener so pretexto de que no se le hayan cancelado las sumas correspondientes a la pensión, teniendo a su disposición las acciones judiciales de índole civil...”.

(62) Sobre la falta de colaboración o discrepancias de los padres con las autoridades del establecimiento educativo, pueden verse los criterios contrastantes de los fallos “Frigerio, Octavio...”, cit., y “L. L. y O...”, cit. Un argumento para entender que las desavenencias entre la institución y los padres autorizaría legítimamente a extinguir el contrato es el hecho que la vinculación contractual —al menos en los ciclos iniciales de la educación formal— es entre ellos. Por tanto, no habría una extinción operada por causas imputables a terceros, sino la quiebra de la relación entre las propias partes contratantes. Al respecto, ver “Tolosa, Juan Carlos y otro c/ Instituto Elisa Harilaos s/ Amparo”, dictamen Fiscal, 06/11/2001 (inédito). Una situación similar se daría ante el incumplimiento de los aranceles pactados.

(63) La cuestión se vincula con el poder disciplinario toda vez que el educando debe ajustarse al régimen jurídico interno del establecimiento educativo. La jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha reconocido las facultades disciplinarias de los establecimientos dentro

denuncia del contrato⁽⁶⁴⁾ dando cuenta de las razones por las cuales se entiende que la preservación del vínculo afectará a ambas partes (v. gr., la inconducta grave del educando observada durante el desarrollo del ciclo anterior, su rendimiento académico, la inadecuada integración del menor a su grupo de estudio o de los padres a la propia comunidad educativa).⁽⁶⁵⁾ En este último supuesto, se trata de aplicar los límites que nuestra doctrina y jurisprudencia ha impuesto a la “denuncia” en el ámbito de los contratos de duración,⁽⁶⁶⁾ sustentados en la noción de “colaboración” recíproca y permanente.⁽⁶⁷⁾

En relación a la extinción unilateral del contrato, el CCyC contiene una norma a la cual debemos hacer referencia. En materia de contrato de servicios continuados, dispone que las partes pueden pactar la duración por tiempo determinado de dicho vínculo, entendiéndose que si nada se dice al respecto se trata de un contrato por tiempo indeterminado, al que cualquiera de las partes puede poner fin siempre que medie un preaviso con razonable anticipación (art. 1279). *A priori*, nos parece que esta norma

.....
de los límites que imponen los principios de legalidad y razonabilidad. CSJN, “Eduardo Ricardo Saguier c/ Pontificia Universidad Católica Argentina”, 13/09/1968.

(64) Bajo la práctica de renovación anual de estos contratos, se esconde una facultad extintiva discrecional. No debe olvidarse que, en el ámbito de los “contratos de duración”, la extinción incausada no siempre resulta legítima. Así, en la contratación empresaria (v. gr., distribución) se ha juzgado que la buena fe impone preaviso y concesión de un plazo de amortización. Esta misma línea de razonamiento nos lleva a pensar que en los “contratos de prestación de servicios educativos privados”, la extinción deberá ser siempre causada, tempestiva (antes de finalizar el ciclo lectivo, para posibilitar que el educando consiga una nueva plaza) y justificada en el interés recíproco de las partes. Para una consideración general del problema, LORENZETTI, R. L., *Tratado de los contratos. Parte general, op. cit.*, p. 731.

(65) 1ª CAPEL. CIV., MENDOZA, “S., N. c/ Colegio Santo Tomás de Aquino s/ acción de amparo”, 27/09/2013, *LLGran Cuyo*, 2013 (diciembre), p. 1209. En esta causa se consideró que la decisión de la institución de no re matricular a un alumno no resultó arbitraria, infundada ni discriminatoria, que existieron inconvenientes generados por el comportamiento del menor que dieron origen a la aplicación de sanciones y a la convocatoria de los padres. Se destacó que si bien el derecho de aprender constituye un derecho fundamental del ser humano, la ley modela su ejercicio, que encuentra ciertos límites en el ordenamiento jurídico. Asimismo, se señaló que el establecimiento notificó a los representantes del menor cumpliendo con los requisitos impuestos por el Ministerio de Educación de la Provincia de Mendoza, y que ello “... resguardó el derecho del menor a matricularse en otro establecimiento [y que los] padres pudieron —y debieron— posibilitar al menor la matriculación en otro colegio...”.

(66) HERNÁNDEZ, C. A., “Régimen Jurídico...”, *op. cit.*, p. 312 y ss.

(67) De este modo, se distinguen las causales de resolución y rescisión, lo que no resulta una tarea sencilla en los contratos de duración; al respecto LORENZETTI, R. L., *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Cuzoni, 1999, t. I., p. 540.

no puede ser aplicada sin más al contrato en cuestión, dadas las particularidades que el mismo presenta —sobre todo en lo que respecta a la necesidad de fundar la decisión de extinguir la relación—, y teniendo en cuenta el carácter especialmente débil del educando.

Nuestra postura intenta conjugar con mayor corrección la realidad del negocio con los valores y principios comprometidos. Persigue también un grado de coherencia con las soluciones constitucionales que amparan el “derecho a la educación”, especialmente de los niños y adolescentes. De este modo, el “derecho de admisión” queda circunscripto al supuesto en el cual el educando pretende ingresar a la institución educativa. La figura logra coherencia jurídica y también gramatical ya que “admitir” significa “permitir entrar”, esto es, dejar ingresar a quien está fuera.⁽⁶⁸⁾ Esto, sin embargo, no nos impide discrepar con quienes entienden que tal derecho es absoluto.⁽⁶⁹⁾ El encuadre constitucional que oportunamente describiéramos constituye una fuerte restricción para planteos de esa naturaleza.⁽⁷⁰⁾ Este criterio parece abrirse paso en la doctrina.⁽⁷¹⁾ También armoniza con la reciente Ley de Educación Nacional, que dispone que dentro los fines y objetivos de la política educativa nacional está garantizar “... el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de los diferentes niveles del sistema educativo” (art. 11, inc. h). Asimismo, sostiene este criterio el INADI en el documento llamado “Derecho a la educación sin discriminación”, en el cual señala:

... nos parece impropio hablar genéricamente del “derecho de admisión” ya que sólo puede ejercerse esa facultad ante quien

.....

(68) En “L. M. I. y D. P. M. c/ I. C. M”, cit., se siguió nuestra postura y se dijo que “... no es posible confundir el supuesto de quien intenta matricularse por primera vez en un establecimiento educativo, de aquel otro que sólo pretende proseguir los estudios iniciados anteriormente. La primera situación gira en torno al “acceso” al contrato, en tanto que la segunda concierne a la continuidad del servicio educativo”.

(69) Navarro Floria señala que “Si se trata de la matriculación inicial en un ciclo lectivo, puede ejercerse con máxima discrecionalidad”. NAVARRO FLORIA, *El derecho de admisión...*, op. cit., p. 895.

(70) Incluso normas de jerarquía infraconstitucional parecen abonar nuestro planteo. Así el decreto 365/93, relativo a los aranceles de los institutos privados de enseñanza, refiere a la duración plurianual de los contratos, lo que se condice con la organización de la educación en “ciclos” según la ley 24.195.

(71) Recuerda Martínez Vega que “El derecho de admisión no es el derecho a discriminar; la tesis de la igualdad de trato en igualdad de condiciones se complementa con la tesis de la razonabilidad en la selección de esas condiciones”, MARTÍNEZ VEGA, *El derecho de admisión...*, op. cit.

no se encuentra incorporado/a la institución educativa. Tal como ha destacado la jurisprudencia, entendemos que la práctica de la contratación anual de los servicios constituye un uso abusivo ya que los padres, las madres y los/as tutores que eligen un establecimiento escolar lo hacen con el convencimiento de que —salvo situaciones excepcionales— su hijo/a transitará allí todas las etapas de los ciclos educativos.⁽⁷²⁾

En síntesis, pensamos que ambas facultades —la de extinción del vínculo vigente y la de admisión— están igualmente condicionadas en su ejercicio, y su legitimidad deberá ser apreciada en cada caso a la luz de las normas fundamentales, los principios informadores del derecho privado, y conforme a las circunstancias de cada caso. Nos referimos a los principios de buena fe y abuso del derecho aplicables, por ende, al ejercicio de todo derecho subjetivo (arts. 9° y 10 CCyC), y a las reglas propias de cada ámbito en especial, en nuestro caso, los despliegues específicos de la buena fe en materia contractual (art. 961 CCyC).⁽⁷³⁾ Además, al valorar tales facultades de admisión y extinción, no debe perderse de vista que el servicio de educación privada constituye una actividad en la que se encuentra fuertemente comprometido el interés público.⁽⁷⁴⁾

5 | Incumplimiento, información y seguridad

La expansión social de los servicios educativos privados es proporcional al crecimiento de la responsabilidad que se refleja en dicho sector. Las situaciones o supuestos de hecho por los cuales se responde son de las más variadas y guardan relación con la pluralidad de obligaciones —principales y

(72) INADI, "Derecho a la educación sin discriminación", [en línea] www.inadi.gob.ar, p. 38.

(73) Al respecto, pueden consultarse los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que acompañaron la presentación del proyecto de texto legal ante el Poder Legislativo Nacional.

(74) INADI, "Derecho a la educación...", cit., p. 32. En el documento se señala con acierto que "observamos que se trata de una actividad que desborda la esfera estrictamente privada y se proyecta sobre los intereses más sensibles de la comunidad, ya que todas las instituciones educativas cumplen una función social y política de primer orden en la transmisión y reformulación de los valores presentes en la sociedad".

accesorias— y deberes comprometidos en el contrato de enseñanza. Por tanto, la determinación del régimen jurídico aplicable queda condicionada al reconocimiento de la infracción producida.

Así, si se trata del incumplimiento de la obligación de brindar enseñanza —o de alguna de sus obligaciones accesorias— la calificación del contrato como de “consumo”, supondrá emplazar la tutela del crédito del “educando” y sus representantes en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor (art. 10 bis). De tal forma, el cumplimiento forzado, la resolución del contrato sin necesidad de conferir plazo suplementario o la sustitución de una prestación por otra —supuesto de interés en el contrato en estudio cuando media inexecución de una prestación accesorias—, serán los remedios a los que podrá recurrir el educando en la tutela de sus intereses.

En cambio, la inexecución de los deberes de conducta vinculados a la obligación principal cuenta con un régimen autónomo. El deber de información, reconocido como derecho fundamental (art. 42 CN), dispone de una muy exigente protección en la ley 24.240. Lo propio puede decirse del deber de seguridad.⁽⁷⁵⁾

Esta última cuestión constituye un problema merecedor de consideraciones especiales. Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 24.830 al art. 1117 CC, existía consenso en nuestra doctrina en cuanto a que la responsabilidad por los daños sufridos por los educandos —en su persona o bienes— en el marco de un contrato de prestación de servicios educativos privados debía fundarse en la violación del deber de seguridad, aunque existían dudas a la hora de precisar la naturaleza jurídica y efectos de dicha obligación.⁽⁷⁶⁾ Por esta razón, cuando se juzgó la conveniencia de reformar aquella disposición, se entendió que debía aprovecharse la ocasión para regular expresamente los daños sufridos por los alumnos en el marco del establecimiento educativo de manera unificada con los daños causados por ellos. Como se ha dicho con acierto, la reforma pretendió

(75) Una consideración integral de la tutela del crédito de los usuarios y consumidores, en HERNÁNDEZ, C. A. y FRUSTAGLI, S., “Régimen de responsabilidad por daños en el estatuto de defensa del consumidor”, *Revista de Responsabilidad y Seguros*, 2004, p. 1 y ss. Asimismo, FRUSTAGLI, SANDRA, *Fundamentos de Derecho Contractual*, t. I, Bs. As., La Ley, p. 498 y ss.

(76) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 1054 y ss. Un rica consideración del deber de seguridad en el marco de las relaciones educativas privadas puede verse en SAUX, E., “El deber de seguridad en la responsabilidad contractual”, *JA*, 08/09/2004, p. 31 y ss.

“... dar el mismo régimen a los daños que el alumno causa a otro (tercero ajeno o no al sistema educativo) y a los daños sufridos por el alumno”.⁽⁷⁷⁾ En este sentido, la legislación nacional avanzó por sobre sus fuentes, especialmente la moderna legislación española sobre el tema.⁽⁷⁸⁾

Aunque juzgamos plausible el propósito del legislador, pensamos que la aspiración no ha podido cumplirse plenamente. Aún hoy existe un buen número de supuestos de daños sufridos por los educandos respecto de los cuales se discute si están o no fuera del art. 1117 CC.⁽⁷⁹⁾ Por de pronto, hay dudas sobre los establecimientos comprendidos, generadas a partir de la ambigüedad de la norma. Hay quienes prefieren limitarlo a la educación formal,⁽⁸⁰⁾ en tanto que otros lo extienden a todos los casos en los cuales la enseñanza se imparta a través de una organización de tipo empresarial,⁽⁸¹⁾ criterio que compartimos.

Además, el último párrafo del artículo citado excluye expresamente los daños sufridos en establecimientos educativos terciarios o universitarios. La exclusión —tomada de la legislación española— presenta una generalidad impropia con el propósito unificador del legislador argentino. En España la solución tiene sentido habida cuenta de que el régimen solo se ocupa de los daños causados por sus educandos, por lo que resulta justo que aquellos no deban responder por el obrar de personas mayores de

(77) KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ibid.*

(78) Sobre las limitaciones del régimen español, CARRERAS MARAÑA, J. M., “Responsabilidad civil del profesorado y del personal docente”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 7, 2003, p. 607 y ss. En el mismo se recuerda que “... buena parte de los supuestos de responsabilidad de los centros docentes, derivan de daños sufridos por los alumnos a consecuencia de acciones, pero por sobre todo de omisiones, generadas por deficiencias de los elementos e instalaciones del centro, por defecto de organización y gestión o por falta de diligencia y precaución en la actuación del profesor”, los cuales están fuera de la cobertura de la reforma al art. 1903, párr. 5° CC (p. 673).

(79) No ocurre lo mismo con relación al ámbito temporal, ya que nuestra doctrina es uniforme en considerar que no hay allí límites temporarios, de modo que la situación quedará librada a las circunstancias particulares de cada caso. Así, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 1063 y ss.; TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, p. 270 y el informe prestado por el Prof. Dr. A. A. Alterini ante las Comisiones de Educación, Legislación General y Familia, Mujer y Minoridad de la Cámara de Diputados, en *Antecedentes Parlamentarios*, *op. cit.*, p. 1693.

(80) SAGARNA, F., “La Ley 24.830: nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos”, *JA* 1997-III, p. 939.

(81) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 1058 y ss.

edad y dotadas de pleno discernimiento.⁽⁸²⁾ En cambio, consideramos injusto que nuestro legislador excluya los daños sufridos por educandos mayores de edad, víctimas de violaciones al deber de seguridad a cargo de los institutos terciarios o universidades en los cuales se forman. Distinguir en este aspecto, entre establecimientos educativos privados de niveles iniciales o medios, por un lado, y terciarios y universitarios, por el otro, constituye un distingo francamente irrazonable.

De todos modos, pensamos que el problema —en general— se limita en parte, habida cuenta de la aplicación, para los supuestos excluidos, del régimen de defensa del consumidor. El art. 5° de la ley 24.240⁽⁸³⁾ brinda un marco similar al del art. 1117, especialmente en lo que concierne a la consagración de una responsabilidad objetiva.⁽⁸⁴⁾ Sin embargo, no podemos soslayar que existen algunas diferencias que deben ser señaladas. Como supuestos indubitables, marcamos que en el estatuto de defensa del consumidor no hay obligación de asegurar y el régimen de la prescripción es autónomo al del CC. Por lo demás, podría pensarse que en orden a las eximentes de responsabilidad, también existen matices. Si bien en ambos casos el legislador sólo alude al “caso fortuito” o a la “causa ajena”, en la interpretación del art. 1117 CC ha primado el criterio de reconocer la culpa de la víctima en los casos de educandos de cierta edad, lo que sería dudoso en el contexto de la Ley de Defensa del Consumidor, donde impera el principio protectorio, especialmente de los subconsumidores, categoría a la que pertenecen —conforme hemos afirmado anteriormente— los menores de edad.

En el marco del nuevo CCyC, estos cuestionamientos parecen reiterarse dado que el art. 1767 reproduce, en líneas generales, los términos del art. 1117 CC, aunque con algunas pequeñas modificaciones.⁽⁸⁵⁾ Asimismo,

(82) GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad civil de padres y centros docentes”, en Reglero Campos (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 284.

(83) HERNÁNDEZ y FRUSTAGL, “Régimen de responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 16 y ss.

(84) La reciente reforma a la Ley de Defensa del Consumidor ha venido a ratificar el criterio de que el deber de seguridad se debe en el marco de la relación de consumo. HERNÁNDEZ, C. A. y FRUSTAGLI, S. A., “Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo”, *La Ley*, suplemento especial “Obligación de seguridad”, setiembre de 2005, p. 21 y ss.

(85) “Responsabilidad de los establecimientos educativos. 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 sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe

el texto mantiene la exclusión del ámbito de esta responsabilidad especial a los establecimientos de educación superior y universitarios, a pesar de que tal distingo carece de justificación. No obstante ello, consideramos que la calificación del contrato de enseñanza como contrato de consumo permite subsanar esta cuestión. Luego de la reforma introducida en la ley 24.240, las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo deben ser interpretadas en el sentido más favorable al consumidor o usuario (art. 3°), a lo que se suma que el CCyC consagra el principio de protección al consumidor en la aplicación e interpretación de las normas que regulan las relaciones de consumo (art. 1094). Esto posibilita la aplicación del mentado art. 5° de la ley 24.240 y su estricto régimen en materia del deber de seguridad.

6 | Servicios educativos privados reflejados en el ámbito público (o aspectos que la educación pública y privada comparten)

Si bien el tema que nos convoca atañe a los servicios educativos privados, algunos de los aspectos que ya hemos abordado son compartidos con el ámbito de la educación pública y hallan solución en el mismo basamento constitucional, sobre todo en lo que respecta al derecho de admisión.

Ello se vio reflejado en el fallo recaído en los autos “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nac. de Córdoba”,⁽⁸⁶⁾ en el cual los actores —padres de alumnos el Colegio Monserrat— interpusieron un amparo a fin de cuestionar una ordenanza de la Universidad Nacional de Córdoba que establecía que las inscripciones en dicho colegio se efectuaran sin distinción de sexos. El caso llegó ante la CSJN,⁽⁸⁷⁾ que resolvió por mayoría

.....
 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” (art. 1767, CCyC).

(86) CFED. APEL., CÓRDOBA, SALA B, “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nac. de Córdoba”, LJC 28/10/1997,1998, p. 261.

(87) CSJN, “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, 19/09/2000.

confirmar la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba que declarara la validez de dicha ordenanza. El voto de la mayoría se basa en un análisis de la vigencia de la ordenanza desde el punto de vista del derecho administrativo, pero agrega en lo que nos interesa que

... los padres —en cuanto agentes naturales y primarios de la educación de sus hijos, tal como se los define en el art. 44 inc. a, ley 24.195— tienen derecho a elegir ‘... la institución educativa cuyo ideario responda a sus convicciones filosóficas, éticas o religiosas’ [lo que no implica que tengan derecho a] definir o conformar el proyecto educativo institucional, pues éste es un ámbito propio de competencia de aquéllos que tienen a su cargo la dirección de los establecimientos, quienes cuentan con atribuciones bastantes para producir las innovaciones que consideren pertinentes en aspectos que hacen al gobierno de las instituciones de nivel medio que dependen de la Universidad.⁽⁸⁸⁾

A esto se agrega que el derecho de aprender —art. 14 CN— no otorga a los padres el derecho a exigir que se mantenga un régimen de educación diferenciada por sexos, tratándose esta una cuestión que hace a la política propia de cada establecimiento.

Resulta interesante destacar el voto de Petracchi, quien intenta dar respuesta directa al conflicto que puede significar la obstaculización de la educación mixta, señalando detalladamente cuáles son las normas constitucionales implicadas en dicho conflicto, provenientes del texto constitucional o de los Pactos con jerarquía constitucional. Señala que el Colegio Monserrat es el único colegio secundario dependiente de la UNC que escolarizaba exclusivamente a alumnos varones, sin que existiera otro bachillerato de calidad similar dedicado a alumnas mujeres, y que tal situación resulta violatoria del art. 10 incs. a) y b) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Por ende, sostiene que la decisión de la UNC veló por la observancia de esta Convención y por los fines que la misma se propone en su art. 2°, aunque también ponderó que otra opción en línea con los postulados del tratado hubiese sido la de crear un colegio similar dedicado sólo a la educación femenina.

.....
(88) *Ibid.*, del voto de la mayoría, consid. VII.

Los extremos de este caso permiten ver —entre otras tantas cuestiones— cómo algunos aspectos centrales relacionados con la enseñanza tienen la misma proyección tanto en el ámbito público como en el privado. Ello es así desde que el derecho privado contemporáneo se caracteriza por su estrecha vinculación con el plexo constitucional. Con acierto se ha dicho que el derecho privado actual adopta una permanente perspectiva constitucional,⁽⁸⁹⁾ y que el CC es solo una parte del sistema de derecho privado que tiene su centro en la Constitución Nacional.⁽⁹⁰⁾ Esta es la línea seguida por el CCyC, que deja en claro el rol protagónico que ocupan las normas constitucionales en el sistema de fuentes de esta rama del derecho y en la interpretación de la ley.⁽⁹¹⁾

7 | Conclusiones

Entendemos que, en relación al contrato de prestación de servicios educativos privados, es preciso brindar las respuestas jurídicas que atiendan a los intereses de todos los implicados, teniendo en cuenta la vital función que la educación cumple en la sociedad, sin perder de vista la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el educando.⁽⁹²⁾⁽⁹³⁾ Nos parece que a esto contribuyen diferentes soluciones generales y especiales del CCyC, entre ellas la reformulación metodológica de los contratos de obra y servicios, la protección brindada por la Ley de Defensa del Consumidor, y el marco dado por los principios generales incluidos en el Título Preliminar relativos al sistema de fuentes y al ejercicio de los derechos.

(89) LORENZETTI, R. L., *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 202.

(90) IRTI, N., *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 98.

(91) Al respecto, arts. 1° y 2° CCyC.

(92) Afirma el maestro M. A. CIURO CALDANI la necesidad “...de enfoques ‘transversales’, que rescaten la plenitud del tratamiento de despliegues muy significativos de la vida hoy sometidos a tratamientos fracturados, como la salud, el arte, la ciencia y la técnica y la educación, desarrollando el Derecho de la Salud, el Derecho del Arte, el Derecho de la Ciencia y la Técnica y el Derecho de la Educación”, *op. cit.*

(93) La tutela de “educando” y de la “educación” deben ser valores entendidos en el plano social y jurídico. “La educación es la base mínima, el punto de partida para cualquier proyecto de nación. En cualquier terreno y frente a cualquier contingencia o crisis, es la apuesta más segura, la política más eficaz para el desarrollo y la movilidad social, punto de encuentro para compartir conocimientos, experiencias y valores, así como la mejor inversión en el mercado global”, JAIM ETCHEVERRY, G., *La tragedia educativa*, FCE, Bs. As., 2004, p. 211.

Una “nueva” educación para un nuevo Código⁽¹⁾

por SANTIAGO PEDRO IRIBARNE⁽²⁾

I | Introducción

Muchos son los trabajos que ponen de manifiesto cómo el paradigma dogmático que caracterizó a la ciencia del derecho en su tiempo implicó un método de enseñanza coherente con esa particular forma de concebir la disciplina.⁽³⁾

Tal vez la célebre frase de Bugnet, “No enseñé derecho civil, solo conozco el Código de Napoleón”⁽⁴⁾ constituya una de las expresiones que demuestran con mayor claridad cómo esa manera de pensar el derecho —sus principios y sus fines— trasladó sus efectos a la educación del perenne arte del derecho —*ars iuris*—.⁽⁵⁾

.....

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogado (UBA). Doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA). Secretario del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 80. Docente en las materias de Filosofía del Derecho y de Derecho Privado (UBA; UCA).

(3) BÖHMER, MARTÍN, “Metas comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina”, en *Sistemas jurídicos*, n° 9, CEJA - INECIP, 18/07/2005, [en línea] <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/432.pdf>. El autor explica que la forma de enseñar derecho que aún hoy existe en la Argentina nace con el surgimiento del Estado nacional, más precisamente a comienzos de la década de 1870. COLMO, ALFREDO, “La cultura jurídica y la Facultad de Derecho”, Bs. As., Otero & Company impresores, 1915, p. 68. LIMODIO, GABRIEL F., *Los principios y la enseñanza del Derecho Privado*, EDUCA, 2008, p. 193 y ss.

(4) LLAMBIAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Bs. As., LexisNexis, 2003, t. I, p. 90, § 95.

(5) Por medio de la expresión *ars iuris* —arte del derecho— se denominaba al trabajo de los *iuris-prudentes* que elaboraron en la antigua Roma los cimientos que aún hoy sirven de base

La reciente promulgación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁽⁶⁾ hace oportuno reflexionar en torno de estas cuestiones; en concreto: ¿cómo habrá de ser enseñada una modificación del ordenamiento jurídico tan significativa?

El nuevo Código está llamado a ser estudiado por los actuales operadores jurídicos, abogados, jueces, defensores, fiscales, profesores y estudiantes universitarios, ciudadanos, etc. Todos estamos alcanzados por este nuevo cuerpo normativo. Resulta propicio entonces ocuparse de una cuestión tan eminente.

Sin dudas, una cuestión de tal trascendencia habrá de suscitar múltiples enfoques desde las más diversas perspectivas; por medio del presente trabajo nos proponemos recorrer tan solo algunos tópicos a los que asignamos importancia.

En tal sentido, luego de esta introducción, reseñaremos algunas de las características más significativas de las aspiraciones e implicancias de la primera codificación, teniendo en cuenta la inevitable dimensión filosófica de la labor interpretativa —que implica **siempre** una determinada comprensión y consecuente forma de **aplicación** del derecho—,⁽⁷⁾ habremos de comenzar por rescatar el formidable potencial didáctico de “la estructura del conocimiento jurídico”⁽⁸⁾ como modo de comprender las distintas perspectivas desde las cuales puede pensarse un problema jurídico concreto y sus implicancias. A continuación, repasaremos algunas cuestiones relativas a la peculiar forma de razonar en el derecho según el método tópico dialéctico y, luego de reseñar algunas características relevantes relativas a la filosofía del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, esbozaremos algunas conclusiones que aspiran a recoger los frutos del análisis propuesto.

.....
a gran parte del derecho privado occidental. Sobre la particular forma de influir que ejerció (y ejerce) el derecho romano ver HERVADA, J. *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Navarra, Eunsa, 1994, p. 15.

(6) Decreto 1795/2014, BO 08/10/2014, que promulga la ley 26.994.

(7) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Dimensión filosófica de la labor interpretativa*, en *La Ley*, Bs. As., 17/10/2008, pp. 1/4. El énfasis en los términos “siempre” y “aplicación” es añadido.

(8) MARTÍNEZ DORAL, J., *La Estructura del Conocimiento Jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963.

2 | La codificación

Para el análisis y comprensión cabal de las aspiraciones que abrigaban los protagonistas de ese tiempo resulta de algún modo inexcusable, en virtud de la claridad que poseen, recurrir a algunas citas paradigmáticas. Un singular exponente de la época, Federico II de Prusia, manifestaba a propósito de la codificación:

Un cuerpo de ley perfecto, sería la obra maestra del espíritu humano en el cual se observe la política de gobierno: remarcaría una unidad de propósito y de normas tan exactas y proporcionadas, que un Estado conducido por estas leyes se asemejaría a un reloj, en el cual todos sus resortes han sido hechos para un mismo fin; allí se lograría un conocimiento profundo del corazón humano y del genio de la Nación; los castigos serían atemperados, de manera que, manteniendo las buenas costumbres, no serían ni leves ni rigurosos; las ordenanzas claras y precisas no darían lugar jamás al litigio; ellas consistirían en una elección exquisita de todo lo que las leyes civiles han tenido de mejor, y una aplicación ingeniosa y simple de esas leyes a los usos de la nación; todo estaría previsto, todo estaría combinado y nada estaría sujeto a inconvenientes.⁽⁹⁾

La metáfora del reloj, el anhelado fin de los litigios —fundado en la claridad de las proposiciones normativas— y el final según el cual en los Códigos “todo estaría previsto, todo estaría combinado y nada estaría sujeto a inconvenientes” constituyen algunos de los principales aspectos que sustentaron en Francia a la “Escuela de la Exégesis” y en Alemania a la “Jurisprudencia de Conceptos”, movimientos que durante la primera parte del siglo XIX, dan origen a lo que desde entonces se conoce como “dogmática jurídica”.⁽¹⁰⁾

(9) AAVV, *La codificación, raíces y prospectivas. El Código Napoleón*, Bs. As., EDUCA, 2003, t. 1, p. 17. La cita es extraída de la presentación de la obra citada realizada por Carlos Raúl Sanz quien señala que “la visión mesiánica de la codificación muy común entre los filósofos y políticos de la ilustración era la consecuencia de un largo itinerario ideológico y político y se fundaba sobre tres supuestos: un tiempo histórico estable, a cuyo servicio se aportaba la codificación como modo de dejar definitivamente atrás tiempos de inestabilidad social y política y, finalmente, una unidad de información general, basada en la simplicidad normativa”.

(10) NINO, CARLOS S., *Algunos modelos metodológicos de “Ciencia” Jurídica*, México, Fontamara, 1990, pp. 11/20.

La referida “dogmática jurídica” constituye un intento de racionalización extrema del derecho en cuanto mundo normativo, de modo tal que partiendo del postulado esencial de la libertad del hombre y procediendo casi *more geométrico*, se intentan deducir una serie de proposiciones jurídicas que se presentan como necesarias.⁽¹¹⁾

En ese sentido, Luis Diez Picazo recuerda las palabras de Thibaut:

Las leyes civiles fundadas en conjunto en el corazón y la razón del hombre, estarán rara vez en situación de tener que inclinarse a las circunstancias. Y aunque aquí y allá surjan pequeñas incomodidades, las innumerables ventajas de esta unidad exceden también en mucho a todas esas quejas ¡Considérense tan solo las partes singulares del derecho civil! Muchas de ellas constituyen, por así decirlo, una especie de matemática jurídica pura, con arreglo a la cual ninguna localización puede tener influencia decisiva.⁽¹²⁾

Según esta concepción, la lógica interna del sistema concebido para resolver las cuestiones de derecho privado constituye una **matemática jurídica**.

Esta tradición se estructura en torno de una serie de postulados que pueden resumirse —con los sacrificios que todo resumen implica—, del siguiente modo:

- a. ordenación y clasificación de los conceptos jurídicos en códigos necesariamente completos;
- b. reconocimiento de que, en dichos códigos y de modo exclusivamente normativo, se alberga la totalidad de la realidad jurídica;
- c. afirmación de que la exégesis de la ley se halla dominada por el principio *in claris non fit interpretatio*, toda vez que se presupone que la claridad de la norma torna innecesaria su interpretación. De ahí que, en rigor, en lugar de “interpretar” las leyes, esta postura considera que solo cabe la aplicación silogística de la ley, la cual se erige en uno de los mitos más persistentes de la ciencia jurídica de los últimos dos siglos. Existe un órgano “productor” de las normas (es el Poder Legislativo) y otro meramente “reproductor” de aquellas (es el Poder

(11) PIAGGIO, ANIBAL, “Codificación, Descodificación, Recodificación”, en *La Codificación: Raíces y Prospectiva*, t. III, ED, 2005, p. 169.

(12) DIEZ PICAZO, LUIS, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 166.

Judicial). El juez, pues, solo aplica la ley; él es "*la bouche que prononce les paroles de la loi*", según la célebre expresión de Montesquieu.⁽¹³⁾

Esta concepción encontró un exponente normativo paradigmático en el art. 15 del Código Civil argentino, según el cual "los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Cabe recordar que el propio Vélez Sarsfield indica en la nota que la fuente de esa disposición debe buscarse en el art. 4º del Código francés.

Pero nuestro Código Civil corría con varios años de ventaja y el fracaso de la conocida experiencia del *Referé Legislatif*⁽¹⁴⁾ habrá sido una de las razones tenidas en consideración para en el artículo siguiente "abrir la puerta"⁽¹⁵⁾ que el art. 15 cerraba para disponer que "si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

Pero lo cierto es que los inicios del siglo XX encuentran al campo del pensamiento jurídico todavía inmerso en la creencia de la plenitud científica del derecho privado y en lo que hace al derecho público en el marco del Estado de derecho liberal pues, en paralelo con la codificación del derecho privado continental se erige la visión del derecho constitucional sustentado en las declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII y XIX que privilegiaban fundamentalmente la libertad y el derecho de propiedad.⁽¹⁶⁾ Aun así, es preciso recordar que hacia fines del siglo XIX y principios del XX cobra auge la obra de Geny, sobreviene la crisis de la

.....

(13) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Teoría y Práctica de la Interpretación*, en prensa.

(14) Aquel sistema mediante el cual cuando un juez advertía la existencia de una "laguna normativa" o de un supuesto de indeterminación legal, debía limitarse a enviar el caso al Poder Legislativo, que se transformaba en árbitro del supuesto, único intérprete legítimo de los textos legales que, creando en ese momento la solución antes "inexistente" o indicando la adecuada interpretación de otra norma (ver GENY, FRANÇOISE, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1902, p. 68, § 40. El autor explica cómo esa institución y otras equiparables que compartieron ese objetivo resultaron impotentes en la práctica, ver *op. cit.*, p. 108, § 57).

(15) CLAUS-WILHEIM CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 71.

(16) LIMODIO, GABRIEL F., "Los códigos y la enseñanza del derecho", *Diario ED*, 08/08/2014.

escuela de la exégesis y, algo más adelante, conocidas las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, la del propio positivismo jurídico, heredero de la concepción descripta.

En el prólogo a la obra de Françoise Geny, Raymond Saleilles señalaba “hace cerca de un siglo que vivimos una ficción que ha producido todas las ventajas que estaba destinada a procurar, y de la cual ya hace tiempo que no tocamos sino los inconvenientes. Hay que volver a la realidad”.⁽¹⁷⁾ Pero ese cambio de perspectiva implica un cambio bastante esencial pues el mismo autor señala que “el derecho no es una ciencia aislada, que se baste a sí misma y pueda encerrarse en sus textos y fórmulas; el derecho es una ciencia de hechos, una ciencia de realidad; que, como todas, toma, según frase consagrada, de la naturaleza de las cosas sus primeros elementos de formación y de interpretación”.⁽¹⁸⁾

Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido y de la profunda crisis de ese modo tan particular de pensar al derecho y sus fines, tal como lo muestran los trabajos citados al comienzo,⁽¹⁹⁾ la enseñanza del derecho “al modo dogmático” persiste hasta la actualidad, en parte, debido a alguna de las cuestiones a las que aludiremos en los puntos 3 y 4.

3 | La estructura del conocimiento jurídico

El fin de la Escuela de la Exégesis y la crisis del positivismo no implicaron la efectiva superación del modelo dogmático en la enseñanza del derecho.⁽²⁰⁾

En ese sentido es conveniente tener presente que, trasladada a las aulas, la dogmática jurídica dio lugar a una enseñanza según la cual los Códigos son el derecho: todo se reduce al correspondiente estudio de los textos legales, a las notas legislativas (cuando las hay), y a los comentarios adosados a

.....

(17) GENY, FRANÇOISE, *op. cit.*, p. II.

(18) *Ibid.*, p. XV.

(19) Ver Nota 2.

(20) LIMODIO, GABRIEL F., *Los principios y la enseñanza del Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 201. Ver asimismo, AAVV, *La Codificación: Raíces y Prospectiva*, *op. cit.*, t. III, p. 271.

unos y a otras, en los cuales hacen el gasto una que otra referencia histórica (antecedentes, etc.) y toda una construcción de silogismos y argumentos; se hace de los Códigos lo que no son: apenas si representan una expresión del derecho, por mucho que sea la más importante de todas, este se manifiesta igualmente en la costumbre, en la jurisprudencia de los tribunales, en la legislación comparada, en la doctrina, etcétera, y que, por consiguiente, requiere la inteligencia de todas sus fuentes y formas de ser alcanzado y comprendido, so pena que se lo mutile, de que se lo deforme y que se lo desnaturalice.⁽²¹⁾

De ese modo, la enseñanza del derecho privado prescindió de una perspectiva integradora del fenómeno jurídico, dando lugar a una visión fragmentada que, en cierta forma "simplifica" la tarea del docente.⁽²²⁾

Es que, dar lugar a cuestionamientos concretos, plantearse en profundidad las distintas posibles respuestas o soluciones que pueden darse a un problema desde la ciencia del derecho exige —aparte de conocimiento, naturalmente—, de la realización de un análisis profundo de las particularidades del caso y de un razonamiento crítico, teórico y práctico apto para valorar cada una de esas posibles respuestas en orden a elegir la mejor para ese supuesto. Ardua tarea de reflexión y fundamentación a la que se añade el papel que, desde esa perspectiva, ocupa la retórica en la exposición clara, precisa, ordenada, convincente y verdadera de la respuesta o solución que se propone.⁽²³⁾

Cuánto más fácil es sacrificar esa instancia para presentar, de modo casi automático y pretendidamente "puro", la respuesta legal. Más aún cuando

.....
(21) COLMO, ALFREDO, *op. cit.*

(22) IRIBARNE, SANTIAGO P., "El valor didáctico de la consideración de los distintos niveles de conocimiento jurídico en la enseñanza del derecho" presentado en las IV Jornadas de Enseñanza del Derecho, Facultad de Derecho (UBA), 15 y 16 de octubre de 2014, e "Interdisciplinariedad, Interpretación y Filosofía del Derecho" expuesto en las III Jornadas de Enseñanza del Derecho", 9 y 10 de septiembre de 2013, Facultad de Derecho (UBA), ambos [en línea] <http://www.derecho.uba.ar/academica/carrdocente/jornadas.php>

(23) Cabe añadir también en este proceso los aportes que desde la semiótica puedan realizarse al proceso de producción e interpretación del derecho. Sobre la importancia de esta cuestión ver el trabajo de CARCOVA, CARLOS M., "Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas", ponencia presentada en el Simposio Internacional de Filosofía del Derecho: Racionalidad en el Derecho, 5, 6 y 7 de mayo de 2014, Facultad de Derecho (UBA).

la ley está dotada, desde una visión dogmática, de una autoridad incuestionable y el recurrir a sus prescripciones no demanda ningún esfuerzo retórico, la linealidad de la argumentación normativa torna innecesarias las valoraciones que puedan extraerse de las circunstancias fácticas de la causa y, más aún, **libera** al operador jurídico de **hacerse cargo** de las consecuencia que de la aplicación de la ley deriven. Es que, la tarea del operador jurídico se circunscribe, desde esa particular perspectiva, a la aplicación de la solución que ya está en la ley.⁽²⁴⁾

La superación de esa cosmovisión del derecho supone el abandono de esa mirada fragmentada de la realidad jurídica y hace necesario presentar una visión verdadera e integral del fenómeno jurídico.

En ese sentido, aparece plausible recordar la obra del catedrático español Martínez Doral según la cual en el saber jurídico puede distinguirse la presencia de distintos niveles o perspectivas de conocimiento.⁽²⁵⁾ Se trata de los denominados: niveles filosófico, científico, casuístico y prudencial. El contenido de cada uno de esos niveles o perspectivas guarda un orden lógico: se enuncian precedentemente según un criterio de mayor a menor abstracción. Asimismo, cada uno de los niveles de conocimiento inferiores se encuentra, en cierta forma, determinado por la respuesta que se haya dado a los interrogantes planteados en el nivel superior. En ese sentido, el "nivel filosófico", cuyo contenido se conforma con aquellas respuestas que nos podamos dar a la pregunta de Kant, "*Quid ius?*" —¿qué es el derecho?—, cuáles son sus fines y principios, determina de una u otra forma —en las respuestas que como operador jurídico elabore y, fundamentalmente, en las conclusiones a las que arribe—, la entidad e importancia y papel que otorgue al "nivel científico",⁽²⁶⁾ cuyo contenido se integra con las respuestas que encuentre a la pregunta "*Quid iuris?*" —¿cuál es el derecho?— aquí y ahora: la Constitución Nacional, los tratados internacionales,

(24) De ahí que para la dogmática jurídica el sistema jurídico completo, integrado por normas claras, debe aplicarse sin más pues toda interpretación constituye una labor "peligrosa" (Ver D'AGOSTINO, FRANCESCO, "Hermenéutica y Derecho Natural. Después de la crítica Heideggeriana a la Metafísica", en *Las razones del Derecho Natural*, Bs. As., Depalma, 2008, pp. 345 y ss.

(25) MARTÍNEZ DORAL, J. M., *op. cit.*

(26) Sobre el distinto rol que las fuentes del derecho han recibido en la historia del pensamiento jurídico ver RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Teoría del Derecho*, Bs. As., Depalma, 2013 p. 207 y ss.

las obras de doctrina, etc.; en el nivel casuístico se encuentra la jurisprudencia, aquello que los jueces han dicho que es el derecho; en el último nivel de conocimiento —o primero según la mayor concreción que implica—, encontramos al nivel prudencial. En este caso nos hallamos frente a la necesaria indagación de las características del caso o problema jurídico que en concreto nos propongamos estudiar/resolver. Recordemos que la prudencia es conocida como la madre de las virtudes y, a través de ese hábito operativo bueno, el prudente abre sus sentidos e inteligencia para ver con la mayor claridad posible las circunstancias concretas y considerar las potenciales consecuencias que las diversas soluciones pudieren producir.⁽²⁷⁾ Eso, para optar por la que, a juicio del intérprete y bajo su responsabilidad, **mejor** resuelva el problema.

El esquema propuesto permite distinguir cómo un caso concreto es susceptible de ser analizado desde esas distintas perspectivas, cómo esos distintos niveles tienen una relación lógica entre sí y cómo cada perspectiva de conocimiento jurídico nos brinda elementos que, sistematizados razonablemente, constituyen la materia con la que construimos una conclusión o respuesta al aludido caso concreto que nos propusimos estudiar o resolver.

Existen numerosos ejemplos concretos en la jurisprudencia que pueden ser de suma utilidad para demostrar el "funcionamiento" del esquema. Resultan particularmente ventajosos —desde el punto de vista didáctico— casos como "Saguir y Dib"⁽²⁸⁾ en los cuales el Procurador General de la Nación y/o los distintos jueces ofrecen soluciones diferentes a un mismo problema. En cada una de las propuestas pueden distinguirse con suma claridad cómo una determinada visión del derecho y de sus fines (n. filosófico) implican un uso diverso de la ley como fuente del derecho (n. científico), una distinta manera de valerse de casos anteriores para fundar sus sentencias (n. casuístico) y la realización de diferenciado análisis de las particularidades del caso (n. prudencial).

El esquema permite asimismo apreciar "operando" en un fallo como citado al método lógico-deductivo predominante en el razonamiento dogmático

.....

(27) PIEPPER, JOSEF, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1998, p. 33 y ss.

(28) CSJN, Fallos: 302:1284.

y al método “dialéctico-tópico” o de la “razón práctica”⁽²⁹⁾ —al que nos referiremos a continuación— y, al mismo tiempo, cómo las fuentes del derecho se instrumentan para brindar soluciones lisa y llanamente opuestas.⁽³⁰⁾

Las secuelas que la dogmática jurídica ha dejado en el ámbito de la enseñanza del derecho dificultan un conocimiento integral de los diversos temas o materias, el conocimiento jurídico se circunscribe, según esa particular visión, al estudio de textos legales⁽³¹⁾ y la realidad jurídica aparece fragmentada e inconexa.

A través de la estructura del conocimiento jurídico es posible concebir una perspectiva didáctica de la enseñanza del derecho integradora.

Eso, pues el esquema de los niveles de conocimiento jurídico pone de manifiesto cómo un problema concreto es susceptible de ser analizado de manera exhaustiva y unitiva. Asimismo, el análisis de casos jurisprudenciales a la luz de esa estructura brinda la posibilidad de percibir la existencia de distintos métodos en la ciencia jurídica, sus características, su funcionamiento y su diverso potencial a la hora de generar respuestas de diversa eficacia.

Revelada de ese modo **la trama del razonamiento jurídico operando frente a un caso concreto**,⁽³²⁾ es posible desarrollar un aprendizaje significativo del derecho, entendiendo por ello la integración de los contenidos jurídicos transmitidos, dejando de lado su consideración estanca y aislada, en una unidad de sentido lógico.⁽³³⁾

(29) Sobre este punto es conveniente ver las implicancias metodológicas implicadas en la dogmática jurídica y las alternativas que, desde otras perspectivas, se han elaborado. Ver RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, “La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg”, Bs. As., *El Derecho*, t. 185, pp. 1270/1282.

(30) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Dimensión filosófica de la labor interpretativa*, op. cit. Del mismo autor “¿Positivización de los derechos naturales para dejar atrás la polémica ‘iusnaturalismo-iuspositivismo’?: otro intento insuficiente en la eterna lucha por el derecho justo” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL*, n° 1, noviembre 2011, pp. 83/105.

(31) AA.VV. “La codificación: raíces y prospectiva”, op. cit., p. 271.

(32) Sobre este aspecto nos detendremos en el punto 4 del presente trabajo.

(33) BANDIERI, L. M., “La enseñanza del derecho y la formación plenaria del abogado. Integración de teoría y práctica a través de la formación de profesionales reflexivos”, en prensa.

Es por todo lo expuesto que entendemos que la estructura del conocimiento jurídico —que, en apretada síntesis, se ha intentado reseñar— representa un aporte valioso para la enseñanza del derecho, superador de los efectos nocivos que la dogmática jurídica impuso en la enseñanza en nuestro ámbito y merece ser tenida en cuenta para el diseño de una método de estudio del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

4 | El razonamiento jurídico

Según hemos señalado, uno de los aspectos más criticados y criticables de la dogmática radica en circunscribir la realidad jurídica a los textos legales (ver punto 2) y, sobre esa base, hemos expuesto la necesidad de tener una mirada integral, más amplia y abarcadora de la realidad (punto 3). Ahora bien, esta nueva perspectiva supone admitir que para la solución de los problemas jurídicos no bastan los textos legales y su aplicación *more geométrico* a través de una **matemática jurídica pura**.⁽³⁴⁾

No puede hoy perderse de vista que:

en el diseño del paleo positivismo aplicar la ley era una cuestión de lectura y deducción lógica. En la medida de lo posible, había que entender los textos de la manera y con el sentido con que ellos habían sido sancionados oportunamente (en EEUU el llamado "originalismo") y en caso de dudas, aplicar el método interpretativo "correcto", que no sería otro que aquel que condujera a desentrañar la "verdad" de la o las normas aplicables, partiendo además de la premisa de que saber en cada caso cuál era la norma aplicable o el set de normas, resultaba una cuestión naturalmente obvia.⁽³⁵⁾

Esa interpretación circunscripta a la mera aplicación, que se desliga del análisis de las consecuencias que derivan de la aplicación mecánica de la ley, no satisface la demanda de soluciones eficaces a los problemas concretos.

Sin embargo, es preciso aclarar en este punto que lo afirmado precedentemente no implica en modo alguno desconocer el valor de la ley como

.....

(34) Ver punto 2 del presente trabajo.

(35) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *op. cit.*, p. 322.

fuente del derecho, incluso como fuente primordial a la que recurrir en búsqueda de soluciones concretas.

Pero ese indiscutible carácter de fuente principal del derecho no puede a esta altura de la historia del pensamiento jurídico conducirnos a repetir viejos errores.

Es necesario plantearse un verdadero cambio de paradigma pues “el formalismo dogmático, que cuenta con muchos críticos, tiene en ellos mismos, a veces, sus propios cultivadores y (...) ello obedece, en gran medida, a que el sistema de fuentes del derecho, la misión del juez y el régimen a que ha de atenerse la aplicación del derecho no permiten las renovaciones y rectificaciones propugnadas”.⁽³⁶⁾

Hoy bien sabemos que:

ninguna decisión jurídica se realiza fuera de una comprensión previa sobre el sentido del problema en la que todo operador jurídico se mueve de manera espontánea; tales “precomprensiones”, como las llama Esser, no constituyen sino el contexto filosófico desde el que aquel asume su tarea interpretativa y en las que dicho “horizonte de sentido” (también llamado “tradiciones”), como lo ha mostrado Gadamer, es sometido a examen por el intérprete de cara a la singularidad del caso concreto, dando origen a un proceso de “construcción hermenéutica” en el que el derecho se asume como consecuencia de un diálogo circular entre tradición histórica; contexto actual; caso concreto y sujeto-intérprete”.⁽³⁷⁾

Desde esta perspectiva, los textos legales constituyen un punto de partida —o, tal vez mejor “de llegada”—, según desde donde inicie la consideración del problema. Recuérdese en tal sentido el inteligente consejo romano: *in causa ius esse positum*⁽³⁸⁾ —la solución está en el caso—, expresión de un modo de pensar el derecho cuyo valor permanece y en función del cual la mirada de los operadores jurídicos debe atender, primordialmente, a los

(36) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, Gráficas Uguina Meléndez Vales, 1971, vol. III, p. 23 y ss.

(37) RABBI BALDI CABANILLAS, R., *Dimensión filosófica de la labor interpretativa*, op. cit.

(38) *Corpus Iuris Civilis, Recensuit Gerogius Christianus Gebánic*, Academia Bibliopolan et Tipographum, 1776, p. 178.

casos y luego a las diversas fuentes del derecho que habrán de proveer del material para construir una solución del problema concreto;⁽³⁹⁾ así:

frente al método axiomático se encuentra la tópica, "la *techne* del pensar... que se orienta hacia el problema", no parte del sistema como totalidad de la que se puede sacar por deducción la norma concreta que contiene la solución del caso, sino que arranca del caso mismo, busca las premisas que puedan servir para resolverlo e intenta, de este modo, llegar a directrices generales, a los conceptos guía, que permitan inducir la decisión. Son estos los *topoi*. De este modo la tópica es el arte de encontrar tales *topoi*. Pero estas preguntas guía no son, ya de antemano, verdades unívocas, sino que su mismo sentido y alcance son problemáticos. Por eso, se discute su aplicación al caso controvertido y su significado para la solución del mismo.⁽⁴⁰⁾

Es bueno tener presente que:

la función de los tópicos consiste en servir a una discusión de problemas y su importancia ha de ser muy especial en aquellos círculos de problemas en cuya naturaleza está no perder nunca su carácter problemático, de manera que, cuando se producen cambios de situaciones y en casos particulares, es preciso encontrar nuevos datos para intentar resolver problemas. Entonces, los tópicos que intervienen reciben a su vez su sentido desde el problema, su ordenación respecto de este es siempre esencial para ellos. A la vista de cada problema aparecen adecuados o inadecuados.⁽⁴¹⁾

De ese modo,

el punto de partida para discernir el derecho no es el ya estatuido por un sistema, sino, por el contrario, el mismo problema (...), la tópica pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remisión (...), constituye, en consecuencia, un *ars inveniendi*,

(39) Es esta una de las razones por las cuales el llamado "método del caso" constituye una herramienta pedagógica insoslayable en nuestra disciplina.

(40) KASER, M., "En torno al método de los juristas romanos", Juan Miquel Valladolid (trad.), en *Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho*, 1964, p. 13.

(41) VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, p. 56.

un “arte de la invención”, aunque esta palabra no debe tomarse en su sentido ordinario, sino con un alcance más específico: no se trata, en efecto, de inventar *ex nihilo* un argumento o de encontrarlo casi por azar, sino por el contrario, que estos emergen luego de un paciente y arduo discernimiento del asunto controvertido en diálogo continuo con el rico arsenal de conceptos que proporciona la tradición jurídica (normas; jurisprudencia; doctrina (...)). Consiste en un conjunto de tópicos (lugares comunes; criterios o *regulae*, diría el derecho romano). Se trata, pues, de argumentos y, más propiamente, de “fórmulas de búsqueda”; de “directivas argumentativas” típicas de cada ámbito científico (...), actúan como “posibilidades de orientación del problema”, (...) según el supuesto de que se trate, el tópico será o no adecuado, y ello, como es natural, se modifica caso a caso. En este horizonte, es claro que carecen de utilidad para largas cadenas de razonamiento, ya que su empleo solo es adecuado para conclusiones cortas: ellos ayudan a resolver un asunto concreto (este asunto), el cual, necesariamente, posee ciertas y determinadas peculiaridades que solo de modo excepcional son extensibles a otros. Y es por tal motivo que han de ubicarse en el ámbito de lo verosímil; de lo probable; de lo plausible, en fin, de lo razonable.⁽⁴²⁾

Más concretamente,

los tópicos remiten a proposiciones compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad: son compartidas porque se asumen en un contexto social e intelectual determinado; poseen plausibilidad porque, de ordinario, cuentan con el respaldo de las autoridades que iluminan todo campo de saber (...) lo que en la disputa ha quedado probado en virtud de aceptación, es admisible como premisa. (...) Si se dirige la mirada al derecho, entre las tantas premisas argumentativas que han sido elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia y en gran medida luego incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacional o internacional, podrían mencionarse a las siguientes: las normas de derechos humanos se presumen operativas; ante cualquier duda en materia de derecho internacional de los derechos humanos,

(42) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, “La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg”, *op. cit.*, 185/1270.

prevalece el principio *pro homine*; las normas relativas a los derechos del niño deben interpretarse en el sentido más favorable a estos; ante cualquier duda sobre la vigencia de un tratado, debe prevalecer la regla in favor tractatus; *nullun crime sine praevia lege*, sin embargo, el tópico recién citado cede (origen de un nuevo tópico) cuando se trata de un crimen de lesa humanidad; (...) las deudas públicas deben previamente abonarse y luego discutirse su legalidad (*solve et repete*); sin embargo, dicha regla reconoce excepción (origen de otro tópico), cuando se prueba fehacientemente la imposibilidad de abonar lo reclamado y, por ende, quedaría cercenado el tópico de la garantía de la defensa en juicio para todos los habitantes de nuestro país; nadie puede transmitir mejor derecho que el que posee; quien puede lo más, puede lo menos; venir contra sus propios actos no vale (...); nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro; el principio de congruencia; el principio objetivo de la derrota como causal de la imposición de las costas; etc.⁽⁴³⁾

Es que, una auténtica superación de la Dogmática supone admitir que la realidad de la vida es **irregular**,⁽⁴⁴⁾ que "la índole misma de la autoridad legislativa determina el modo de su actividad, y asigna a esta límites infranqueables; de donde resultan, a pesar de la voluntad en contrario del legislador, una serie de restricciones necesarias al alcance de sus disposiciones en la esfera de la aplicación del derecho";⁽⁴⁵⁾ que "la ley, como toda obra humana, es siempre incompleta. Por sutil que se suponga el espíritu del hombre, es incapaz de alcanzar por completo la síntesis del mundo en que vive y esta irremediable deficiencia se nota más particularmente en el orden jurídico, que para apreciarlo en su totalidad supondría el conocimiento previo de todas las relaciones que puedan entablar los hombres, de todos los conflictos de aspiraciones o de intereses"⁽⁴⁶⁾ y que:

... un Código, por completo que pueda parecer, acaba de ser terminado y ya mil cuestiones inesperadas se le presentan al

(43) *Ibid.*

(44) ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1137 b 15-25, María Araujo y Javier Marías (trads.), Madrid Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 2009, p. 86.

(45) GENY, FRANÇOISE, *op. cit.*, p. 104.

(46) *Ibid.*, p. 106.

Magistrado. Porque las leyes, una vez que han sido redactadas, permanecen como han sido escritas; los hombres, por el contrario, no descansan jamás; siempre están actuando, y este movimiento, que no se detiene y cuyos efectos son modificados en forma diversa por las circunstancias, produce a cada instante una nueva combinación, un hecho nuevo, un nuevo resultado.⁽⁴⁷⁾

Eso lleva a concluir que **no** habrá **siempre** una **única** respuesta posible, pues la inagotabilidad de sentido que se ofrece en la interpretación entraña "un sentido inagotable, sentido que, lejos de no tener valor, tiene un valor inagotable".⁽⁴⁸⁾ De ahí que si la realidad de la vida es difícil de comprender en su totalidad (y esto también vale para los textos normativos), es no obstante posible, a través de un esfuerzo constructivo y, a la vez, crítico, arribar a **variadas** respuestas (en el sentido de **razonables, legales y justas**). Y esto, desde la perspectiva de las fuentes del derecho, genera un sistema "abierto" porque aquellas son **plurales**. La positivización es entonces, siempre **provisoria** e inacabada:

... no por un capricho o a raíz de la renuncia al empleo de la razón, sino, simplemente, por reconocer la riqueza de la naturaleza de las cosas y la complejidad de la naturaleza humana, aspectos estos que no siempre permiten una lineal resolución de las diversas alternativas de la vida social, pues, por mucho que la razón se afane por desarrollar una "metodología", esto es, una sistematización de las conductas humanas, este esfuerzo es incapaz de dar acabo cuenta del ser del hombre.⁽⁴⁹⁾

Por eso, al esquema reseñado en el punto 3 es preciso añadirle dinamismo a través del empleo de la razón práctica, usado por la emblemáticas figuras greco-romanas del *phronibus* y del *iuris-prudente* y prodigarse al delicado

(47) PORTALIS, JEAN-ÉTIENNE-MARIE, "Discurso preliminar sobre el proyecto del Código Civil", presentado el 1º de pluvioso, año IX por la Comisión designada por el Gobierno Consular. Suplemento Especial de *Diario La Ley*, 2004, p. 6.

(48) D'AGOSTINO, FRANCESCO, *op. cit.*

(49) RABBI BALDI CABANILLAS, R., "¿Positivización de los derechos naturales para dejar atrás la polémica 'iusnaturalismo-iuspositivismo'?": otro intento insuficiente en la eterna lucha por el derecho justo", *op. cit.*

recurso a la discrecionalidad —sin perder de vista su carácter científico,⁽⁵⁰⁾ defendible a través de argumentos dotados de intrínseca plausibilidad—; se trata esta de una dimensión plena de sentido que se "legitima" en el esforzado trabajo de ponderación de cada caso, a partir de considerar las exigencias universales de la persona (que el racionalismo y el positivismo, al positivizarlas, las creyeron pétreas y concluidas) para, recién desde ahí y en diálogo con las particularidades de la vida, arribar a la justicia material concreta, esto es, al *ius suum* de cada quien.⁽⁵¹⁾

Recuérdese que la expansión del derecho romano más que a su *potestas* fue debido a su *auctoritas* que reflejaba la racionalidad, la ductilidad, la equidad, la sutileza y, en fin, su intrínseca bondad como creación del espíritu humano.⁽⁵²⁾ Pues, "el derecho romano, carente de normas propiamente dichas, nutrido del múltiple casuismo de lo concreto, sirvió de base a una jurisprudencia dogmática eminentemente formalista".⁽⁵³⁾

Debe desandarse el camino que, sobre la base del culto al derecho romano y el culto a la lógica, erigió en dogmas universales los conceptos arrancados del derecho romano⁽⁵⁴⁾ y, lejos de despreciar el evidente valor actual de esa notable etapa del pensamiento jurídico, rescatar el método en función del cual se pudo elaborar ese conocimiento.

Desde esa perspectiva, resulta provechoso proyectar que la educación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incluya, aparte de una dimensión integral del fenómeno jurídico (ver punto 3), la consideración de un método más apropiado a una disciplina llamada a dar respuesta a la

.....

(50) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, señala que "lo que resulta racional en el campo del conocimiento, es el entramado de conceptos, prácticas y elaboraciones que responden a ciertos fundamentos epistémicos". Ver "Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas", *op. cit.*

(51) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, "El derecho natural como núcleo de la realidad jurídica", en Rabbi Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural; perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Bs. As., Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008. GENY, FRANÇOISE, *op. cit.*, pp. 197/220.

(52) ZULETA PUCEIRO, ENRIQUE, "Fuentes del Derecho", en *Teoría del Derecho. Una visión crítica*, Bs. As., Depalma, 1987, p. 114.

(53) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *op. cit.*, vol. III, p. 19.

(54) *Ibid.*, vol. I, p. 156.

necesidad social de dar a cada uno lo suyo⁽⁵⁵⁾ que el meramente “lógico-deductivo”, supuestamente “avalorativo” que caracterizara al tiempo de la “primera” codificación.⁽⁵⁶⁾

5 | La filosofía del nuevo Código Civil

Hasta aquí, hemos intentado poner de manifiesto cómo la concepción de derecho de los “primeros” codificadores determinó la implementación de una forma de enseñanza coherente con esa cosmovisión, reseñamos algunos de los hitos significativos de esa visión de la disciplina y su crisis (ver punto 2) y, frente a la pervivencia de sus efectos en las aulas, propusimos un modo de enseñar el derecho que parta de un enfoque más amplio de la realidad jurídica (ver punto 3) que, superando el mero método lógico deductivo, se sirva del método problemático, tópico y dialéctico como un mecanismo apto para dar respuestas eficaces a los problemas o planteamientos concretos (ver punto 4).

Ahora bien, llegados a este punto es necesario analizar en qué medida el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación representa una oportunidad susceptible de permitir una modificación en la enseñanza del derecho como la insinuada o si, por el contrario, nos encontramos frente a una suerte de reedición de los ideales que llevaron a la elaboración de los Códigos de los siglos XVIII y XIX y, consecuentemente, nos encontramos frente a un Código que deba ser enseñado, también, al modo dogmático.

Para la realización de tal empresa destacaremos en particular tres aspectos de la reforma que resultan, a nuestro juicio, relevantes: la regulación atinente a las fuentes del derecho, la función atribuida al juez como intérprete jurídico y la constitucionalización del derecho privado.

Los temas se encuentran fundamentalmente regulados en el Título Preliminar cuya función, según lo expuesto por los autores del proyecto, está constituida por aportar reglas que confieran una significación general a todo el articulado, proponiéndose un sistema que lo caracteriza y que

.....
(55) HERVADA, J., *op. cit.*, p. 16.

(56) Cabe aclarar que la expresión “primera” se refiere, en realidad, a los códigos del siglo XIX que propagaron su influencia hasta nuestro país y constituyeron fuente insoslayable de nuestros primeros Códigos Civil y Comercial.

sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas.⁽⁵⁷⁾

Respecto del tan significativo fragmento del Código Civil y Comercial de la Nación puede señalarse que "se ubica bajo un paradigma teórico-metodológico alejando del positivismo legalista imperante en el siglo XIX, el que se reemplaza por un planteamiento conocido como 'principalista' o de la 'razón práctico-prudencial'".⁽⁵⁸⁾

Cabe señalar que el tercer tema constituye una de las razones expresamente consideradas para proyectar la elaboración del Código Civil y Comercial de la Nación. Recuérdese que en ese momento se señala entre los fundamentos la necesidad de elaborar un Código a la luz de la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos tratados de derechos humanos, así como la interpretación que la jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos.⁽⁵⁹⁾

5.1 | La regulación atinente a las fuentes del derecho

El nuevo Código comienza por distinguir a "la ley" de "el derecho".⁽⁶⁰⁾

La aludida distinción se concreta a través del tratamiento diferenciado de ambos conceptos: el Capítulo 1º del Título Preliminar lleva por título "Derecho" y está compuesto por tres artículos en los que se regulan las fuentes y aplicación del derecho (1º), la interpretación (2º) y el deber de resolver (3º);

(57) LORENZETTI, R., "Aspectos Valorativos y principios preliminares del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación", en LL, 23/04/2012, pp. 1/5.

(58) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Comentario a los arts. 1º, 2º y 3º del Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, en prensa.

(59) Decreto 191/2011, BO 23/02/2011.

(60) Este aspecto ha sido destacado en HERRERA, D., *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Bs. As., Educa, 2012, p. 20. Asimismo, por VIGO, R. en "Comentarios al Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial: 'El Derecho y la Interpretación en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial'", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 2012-2, t. I, p. 43; por LIMODIO, GABRIEL F., "Luces y Sombras" del Título Preliminar" en la obra citada al comienzo de esta nota, en su p. 57, por Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, en su comentario a los arts. 1º, 2º y 3º del Código Civil y Comercial de la Nación, *op. cit.*

el Capítulo 2° se titula “Ley” y contiene cinco artículos atinentes al ámbito subjetivo (4° y 7°) y temporal (5°, 6° y 7°) de aplicación de las leyes.

En materia de fuentes se establece que los casos alcanzados por el Código deberán ser resueltos según las leyes, conforme a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en que la República sea parte y, asimismo, que en esa tarea debe tenerse en cuenta la finalidad de la norma.

También se prescribe que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos (*secundum legem*) o en situaciones no regladas legalmente (*praeter legem*), siempre que no sean contrarias a derecho (*contra ius*). El régimen en este caso pareciera coincidir con el vigente con una diferencia digna de mención: no se habla de costumbre *contra legem* sino *contra ius*. Ya no es “la ley” la pauta que autorizaría a desprestigiar el valor de la costumbre en estos casos, sino “el derecho”.

5.2 | La función atribuida al juez como intérprete jurídico

La interpretación jurídica se presenta como una acción ineludible cuando en el art. 2° se prescribe que “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” y se impone al juez el deber de “resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión *razonablemente* fundada” (art. 3°) —el énfasis es añadido—.

El contraste con las disposiciones del Código de Vélez salta a la vista. Mientras que en el art. 15 citado en el comienzo de este trabajo imponía a los jueces el deber de juzgar sin que puedan valerse del pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, el nuevo Código impone la misma obligación, pero en condiciones marcadamente diferentes: mediante una decisión **razonablemente** fundada.

Aun cuando no puede desconocerse que la ley conserva el rol de fuente principal del derecho, a la luz del propio art. 1° (ver, asimismo, los arts. 4° y 7°), merece destacarse la referencia a una ineludible instancia interpretativa

(art. 2º), el cambio sustancial que representa que el deber de fallar solo se encuentre sujeto a la necesidad un pronunciamiento **razonablemente** fundado y la explicitación de la consideración a normas de la amplitud de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, los principios y valores a los que expresamente se refiere el propio art. 2º, como pauta hermenéutica a tener en cuenta en esa tarea.

5.3 | La constitucionalización del derecho privado

Tal como señaláramos, la meta de "constitucionalizar" el derecho privado fue expresamente destacada en el decreto por medio del cual se dio comienzo a la redacción del nuevo Código.

Es este, probablemente, uno de los aspectos de mayor trascendencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El objetivo es inequívoco: dotar de una mayor operatividad a los derechos fundamentales que integran nuestra Constitución Nacional desde 1994 de modo de superar las limitaciones de su consideración en un plano meramente enunciativo, como era propio cuando a la mayor parte de esos bienes eran considerados en el marco de las "declaraciones de derechos", a menudo restringidas a una función programática.

Esta anhelada operatividad exige, para comenzar, que los derechos fundamentales impriman su sello a todo el ordenamiento, lo que redundará en su rol preponderante en la determinación del contenido de los textos normativos, y en un protagonismo expansivo como informador de las decisiones judiciales.

En tal sentido, el carácter de fuente del derecho atribuido en el art. 1º y la pauta interpretativa expuesta en el art. 2º del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación buscan imprimir a todo el derecho privado de ese signo característico.

Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional adquieren así, dentro de nuestro orden jurídico, un rol **principal**, en su triple función integradora (que inspira las soluciones en los casos de cuestiones no regladas), informadora del ordenamiento al que imprimen "forma sustancial", e interpretativa, constituyendo una herramienta insoslayable de la hermenéutica jurídica. Pues "no son los principios generales consecuencia

de las disposiciones legales; por el contrario, al informar los principios a las normas, son ellos los que las convierten de un conjunto inorgánico en unidad vital (...), determinan cómo resolver las cuestiones primarias del derecho (...) señalan el método de interpretación de las normas [e] (...) indican en cada caso concreto la fórmula interpretativa que se debe elegir".⁽⁶¹⁾

Es que, los tratados de derechos humanos,

contienen de modo caracterizado disposiciones atinentes al resguardo de bienes fundamentales de las personas y de la comunidad (derecho a la vida; a la integridad física; la igualdad; la libertad; la protección del orden democrático, etc.). De ahí que, entrañando tales bienes, como expresa Alexy, "las formas principales del derecho racional de la modernidad", asumen la estructura normativa de los 'principios', en tanto constituyen mandatos de optimización que ordenan realizarlos, en la mayor medida posible.⁽⁶²⁾

Así, los principios generales que la Constitución define como grandes columnas del plan político del Estado: sistema republicano de gobierno, forma de vida democrática, respeto de la personalidad del ser humano y contribución a su pleno desarrollo, fuentes de las cuales emanan los derechos y garantías concretos que la Constitución reconoce, constituyen principios que penetran en la estructura más íntima del derecho privado y exigen su adecuación a ellos, invitando a una permanente relectura del derecho privado a la luz de la Constitución, teniendo en consideración la inserción de ese derecho privado en ese plan político que la Constitución define y del cual resultan los derechos y garantías que la Constitución reconoce de manera explícita o aun implícita (art. 33 CN).⁽⁶³⁾

(61) DE CASTRO y BRAVO, FEDERICO, "Derecho Civil de España, Parte General", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, t. 1, p. 474.

(62) RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Comentario a los arts. 1º, 2º y 3º del Código Civil y Comercial de la Nación*, op. cit.

(63) RIVERA, J. C., "El Derecho Privado Constitucional", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* n° 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. En torno a la importancia del art. 33 de la CN ver RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, "Los derechos humanos del art. 33 de la Constitución Nacional: la exégesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1987-1997)", en *Anuario de Derecho*, n° 4, Universidad Austral, AbeledoPerrot, 1998, pp. 197/224.

La parte general del derecho civil sufre, de ese modo, un cambio profundo derivado de los denominados "derechos personalísimos", recibiendo del ámbito público las declaraciones de derechos humanos incorporadas a los tratados y luego a las Constituciones y los derechos individuales fundamentales que han nacido en el mundo jurídico con la nota de universalidad, indiferentes a las ideologías, las creencias, las religiones, o las nacionalidades, que se tienen por el solo hecho de ser persona: su titular es el "ser humano", y el concepto es: "derechos humanos", porque todos los individuos son legitimados activos, con independencia de las cuestiones de raza, nacionalidad, edad, creencia, etc. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 se advierte el uso indistinto de "seres humanos" (art. 1º), "persona" (art. 2º) y "todo individuo" (art. 3º). Este sujeto "persona" es universal y está ubicado antes de las de la regla nacional-estatal de derecho.⁽⁶⁴⁾

De modo que, a luz de lo expresado, el nuevo Código enfatiza una concepción según la cual a las relaciones jurídicas de carácter privado le son efectivas, operativas e inmediatamente aplicables las normas constitucionales que tutelan la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Tal concepción constituye una pauta hermenéutica cardinal en la estructura del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.⁽⁶⁵⁾

6 | Conclusiones

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación comenzará a regir el próximo el próximo 1º de agosto de 2016.

La reforma del régimen vigente resulta significativa y es preciso disponerse a aprender y, naturalmente luego a enseñar, el alcance de las nuevas disposiciones.

(64) LORENZETTI, R. L., "La influencia del derecho constitucional en el derecho privado", en *Revista de Derecho Constitucional*, AbeledoPerrot, 1998-355.

(65) Aparte de las normas generales citadas, encuentran también referidos otros arts., por ejemplo el art. 1097, según el cual en las relaciones de consumo "los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos".

Según el análisis realizado (ver punto 5), el nuevo Código posee notables diferencias respecto de aquellos que caracterizaron a la codificación del siglo XIX y que dieran lugar a la dogmática jurídica primero y a la enseñanza del derecho al modo dogmático, después.

Por medio de este trabajo hemos esbozado algunas propuestas tendientes a que el flamante cuerpo normativo sea objeto de un modelo de enseñanza superador de viejos esquemas que redujeron el estudio del derecho al estudio de la ley y la tarea de los operadores a su aplicación.

Se trata, sucintamente, de pensar el derecho y sus fines bajo un prisma más amplio y, al mismo tiempo, más concreto; de asumir un modo de pensar la disciplina como una ciencia social dotada de un método en el que las fuentes del derecho constituyan el material para la construcción de soluciones verdaderamente eficaces para personas concretas y, en definitiva, de procurar que aquella máxima según la cual "todo el derecho fue establecido por causa de los hombres"⁽⁶⁶⁾ que recibe hoy el empuje dado por la búsqueda de una mayor operatividad de los derechos fundamentales nos permita, con estas nuevas herramientas, construir un país mejor, más justo, para todos los habitantes de la Nación.

(66) *El Digesto del Emperador Justiniano*, Libro I, Título V, apart. 2. Hermogeniano, Libro I del Epítome del Derecho, Bartolomé A. Rodríguez Fonseca (trad.), Madrid, imprenta de Ramón Vicente, 1872.

La responsabilidad de los titulares de un establecimiento educativo en el nuevo Código Civil y Comercial⁽¹⁾

por MARCELO J. LÓPEZ MESA⁽²⁾

“... es fácil entender las cosas cuando se dejan a un lado dogmas perturbadores: algo así como sucedió con los movimientos siderales cuando se consiguió prescindir del dogma geocéntrico, inventado por una interpretación bíblica caprichosa, que impedía entender lo que los ojos y la razón percibían”
Alejandro Nieto, “Sobre los abogados”, en “**El Derecho y el revés**”, 1998

I | Introducción

La materia se ha visto impactada por sucesivas y recientes reformas legislativas —leyes 26.944 y 26.994—, lo que es menester analizar aquí. Dada la magnitud de la reforma introducida al derecho argentino, debemos comenzar el análisis por el principio.

.....
(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Galicia, España) y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Juez y Presidente de la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trelew. Profesor visitante de las Universidades de Savoie (Chambery, Francia), de La Coruña y Rey Juan Carlos (España), de Coimbra (Portugal), de Perugia (Italia), Uniwersytet im Adama Mickiewicza (Poznam, Polonia), de la Pontificia Universidad Javeriana, de la Pontificia Bolivariana, de la Central de Colombia y

Por ley 24.830, se reformó el art. 1117 del Código Civil original, sancionando un texto que, durante su tiempo de vigencia, ha provocado más dudas que certezas.

La reforma del art. 1117 CC hizo que algunos autores se prodigarán en halagos hacia ella, encomios que luego la realidad se encargó de desmentir. En verdad, los defectos de tal norma modificatoria eran varios y no consideramos buena práctica esconderlos artificiosamente a la vista, a la manera de los ilusionistas que realizan suertes de birlibirloque.

Pese al entusiasmo inicial de algunos panegiristas, lo cierto es que el texto legal no fue certero, algunas de las decisiones que en él se plasmaron no fueron atinadas y el mismo dejó lugar a indefiniciones y vacíos que la jurisprudencia y la doctrina intentaron llenar, con suerte diversa, pero a un costo altísimo, el de la inseguridad jurídica.

Hemos advertido en anteriores publicaciones⁽³⁾ sobre los déficits de esa norma, por lo que esperábamos que en una eventual reforma, los mismos fueran salvados. Indudablemente, el texto ha mejorado en el nuevo Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), recientemente sancionado por ley 26.994. Pero tal mejora no ha sido completa, porque sigue de cerca al legislador de 1997, aunque levantando un tanto la mira.

El nuevo Código Civil y Comercial regla la cuestión en estos términos:

ARTÍCULO 1767.- Responsabilidad de los establecimientos educativos. 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.

.....
de la Universidad de Antioquia (Colombia), de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidade Dom Bosco (Porto Alegre, Brasil). Autor de 23 libros de Derecho Civil y Procesal Civil. Jurado académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires.

(3) Ver LÓPEZ MESA, MARCELO, "La responsabilidad de los propietarios y directivos de establecimientos educativos, sus luces y sus sombras", en *elDial*, DC124F.

El problema es que poca gente, en especial pocos operadores jurídicos, parecen haber caído en la cuenta de que en virtud de las modificaciones legislativas recientes, en especial de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado,⁽⁴⁾ las normas especiales de responsabilidad de establecimientos educativos —como ahora el vigente art. 1117 CC o luego del 15/08/2015 el art. 1767 CCyC— no se aplican ya a establecimientos educativos públicos.

Intentaremos seguidamente recorrer sus principales arcanos con algún detenimiento.

2 | La norma sancionada por el nuevo Código Civil y Comercial

El art. 1767 CCyC permanece apegado al espíritu del art. 1117 CC, reformado por ley 24.830, pese a que introduce algunas modificaciones en su redacción y le quita sus principales yerros.

La nueva norma es sustancialmente equivalente a la introducida al Código Civil por la ley 24.830, por lo que en importante medida la jurisprudencia elaborada en torno a ese texto seguirá siendo aplicable cuando entre en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial, el 15/08/2015, salvo en lo tocante a la responsabilidad de los establecimientos educativos públicos.

Las modificaciones que el art. 1767 CCyC introduce respecto del texto del art. 1117 CC son las siguientes:

1. el cambio de la expresión "autoridad educativa" por "autoridad escolar";
2. la sustitución de la expresión "propietarios de establecimientos educativos" por "el titular de un establecimiento educativo";
3. la redacción en singular en vez de en plural del primer párrafo de la nueva norma;
4. la supresión de la mención de las autoridades jurisdiccionales, que tantas críticas había recibido en 1997 y años posteriores; y
5. la quita de la mención de los establecimientos terciarios, mentando más correctamente a los establecimientos de educación superior o universitaria.

.....

(4) Ley sancionada el 02/07/2014, promulgada de hecho el 07/08/2014 y publicada en el Boletín Oficial del 08/08/2014.

Fuera de ello, solo se han producido ligeros toques de redacción, por lo que el núcleo o meollo del nuevo art. 1767 CCyC es sustancialmente equivalente al del art. 1117 CC, texto según ley 24.830, aunque es una versión depurada de este.

Pero su análisis no es tan sencillo, puesto que ese artículo se enmarca en un cuerpo normativo muy diferente al Código Civil todavía vigente, en el que incluso se han incluido normas tales como el art. 1764 CCyC que declaran que las normas civiles sobre responsabilidad “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” o el art. 1765 CCyC que señala que “la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”. Lo propio ocurre, respecto del art. 1117 CC, por imperio de la ley 26.944, que hace que no sea aplicable este artículo a los establecimientos públicos desde mediados de agosto de 2014.

Ello así, un segmento significativo de la doctrina y de los análisis elaborados en torno al texto del art. 1117 CC sancionado en 1997 no podrán ser puestos más en juego, puntualmente, en cuanto a la responsabilidad de establecimientos educativos estatales importa.

Además, esta norma se inserta en una regulación normativa que tiene otras pautas diversas de la actualmente vigente, en lo tocante a los presupuestos de la responsabilidad civil, lo que también afecta la interpretación a darse a ella ahora.

Y, por último, este nuevo CCyC ha pretendido unificar en un solo régimen a la responsabilidad, borrando en buena medida la anterior dicotomía entre responsabilidad contractual y extracontractual, aun cuando todavía perviven normas sueltas de responsabilidad contractual, fuera del régimen unificado y obrante en los arts. 1708 a 1780 CCyC. Como sea, ya no cabe entrar en elucubraciones sobre si la norma está bien o mal ubicada y si ello porta o no consecuencias jurídicas, como se hizo respecto del actual art. 1117 CC, desde su sanción y hasta aquí.

Para ponerlo en palabras llanas: se trata prácticamente de la misma norma en lo sustancial, pero la iluminan luces diferentes desde diversos costados, lo que hace que la coloratura de ella haya cambiado, al punto de que en algunos aspectos luce bien diferente.

Iremos despacio. El análisis detallado del artículo 1767 CCyC, así como de su antecesor y fuente, el art. 1117 CC, convence de inmediato sobre la existencia de algunos defectos de técnica legislativa y de algún desenfoque en el análisis jurídico del legislador que sancionó a ambas normas.

En segundo lugar, esas normas establecen un sistema de responsabilidad objetiva agravada⁽⁵⁾ y muestran un excesivo endurecimiento legislativo del régimen de responsabilidad de los titulares de colegios,⁽⁶⁾ quienes para eximirse de responsabilidad tienen que probar lisa y llanamente el caso fortuito, lo que será raro que ocurra, dado que para ello el evento dañoso debe ser inevitable o imprevisible, visto desde el hontanar de un explotador experto, como es —o debe ser— el titular de estos centros, a quien la jurisprudencia cada vez les exige más.⁽⁷⁾

Echa de verse que ni siquiera la prueba de la culpa de la víctima —incluso grave— los exime de responsabilidad, siendo la prueba del caso fortuito la única circunstancia eximente de que pueden valerse los propietarios de establecimientos de educación.

Creemos que el sistema ha sido endurecido en exceso, excluyéndose las eximentes relacionadas con el hecho de la víctima y el hecho de un tercero, lo que nos parece injusto, simplemente porque el propietario del establecimiento puede llegar a ser responsabilizado de daños producidos por causa ajena,⁽⁸⁾ incluidos la torpeza absoluta de la propia víctima o su grave negligencia o el dolo de un tercero por quien no se deba responder.

.....

(5) PIZARRO, RAMÓN D., "La responsabilidad del propietario de establecimientos educativos en un acertado fallo", en *LLC*, mayo, 2010, p. 390.

(6) "Un afán proteccionista a ultranza de los intereses del perjudicado" le llama agudamente Concepción Rodríguez al art. 1903 CC español, fuente mediata de la norma que analizamos, que es todavía más proteccionista que aquella (ver CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, JOSÉ LUIS, *Derecho de daños*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1999, p. 122).

(7) Incluso al punto de que notorios objetivistas como Pizarro reconocen que se ha caído en algunas exageraciones: "La ley plasma un sistema que, más allá de algunas exageraciones, se hace eco de la realidad educativa actual...". (ver PIZARRO, RAMÓN D., "La responsabilidad del propietario de establecimientos educativos...", *op. cit.*, p. 394).

(8) En igual sentido, SAGARNA, FERNANDO A., "Ley 24.830. Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos", *op. cit.*

No dudamos que debe trazarse una diferencia trascendente: una cosa es la apreciación de la culpa de la víctima cuando se trata de una responsabilidad aquiliana y otra, bastante diferente, es la apreciación de la culpa de la víctima cuando ella se produce en un supuesto en que el demandado cargaba sobre sí con una obligación de seguridad o de inocuidad de las cosas que utilizara y de los procedimientos que emplearan sus dependientes. Cuando el demandado carga con una obligación de seguridad o de inocuidad de las cosas que utilizan los cocontratantes —o en este caso los menores—, tal obligación no puede ser delegada por el obligado a prestar seguridad en el beneficiario de ella, exigiendo a este que actúe como vigía, de modo de prevenir cualquier contingencia,⁽⁹⁾ como si actuara a riesgo y ventura.

Sentado ello, he de hacer también una precisión: más que hablar de culpa de la víctima, cuando se pretende asignarle a una persona toda la responsabilidad del daño que sufriera, debe hablarse de culpa del perjudicado, porque quien por negligencia se provoca un daño solo imputable a su incuria no es en puridad una víctima, salvo de sí mismo, sino un perjudicado. Por ende, cuando se trate de atribuciones causales de responsabilidad a la propia persona dañada, que superen la cocausalidad e impliquen una ruptura total con la contribución causal de otros, debe hablarse de culpa del perjudicado y no de la víctima.⁽¹⁰⁾

Alguna jurisprudencia ha interpretado que “en el contrato oneroso de enseñanza, en el que la obligación principal es la de impartir instrucción con los alcances de los fines y objetivos tenidos en mira por las partes, debe considerarse incluida una obligación accesoria de seguridad tácita que evidencia el principio de *naeminem laedere* de la responsabilidad aquiliana y se sustenta en la buena fe contractual”.⁽¹¹⁾

Esta obligación de seguridad es de resultado, habiéndose decidido que es de resultado la obligación de seguridad que tienen los establecimientos

(9) Ver CAPEL. TRELEW, Sala A, “Sánchez, José Miguel c/ Dislac Trelew SRL s/ accidente de trabajo” (Expte. 534/2013), 25/09/2013, voto del Dr. López Mesa; CAPEL. TRELEW, Sala A, “Sosa, Juan Domingo c/ Aracena, Carlos Walberto y/u Otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 22.717) 25/08/2008, voto del Dr. López Mesa.

(10) Ver CAPEL. TRELEW, Sala A, “Sánchez, José Miguel c/ Dislac Trelew SRL s/ accidente de trabajo”, fallo cit.

(11) CNCiv., Sala H, “Gómez, Irene c/ Instituto San Roberto Arzobispado de Buenos Aires y otros”, 30/04/2002, en RCyS 2002-IV-112.

educativos respecto de sus alumnos, quienes deben salir del lugar en perfectas condiciones físicas y morales, pues los representantes legales no deben asumir los riesgos que suelen presentarse cuando colocan a sus representantes en un establecimiento escolar.⁽¹²⁾

Luego de estas precisiones, analizaremos el basamento del nuevo sistema instaurado en la materia por el art. 1767 CCyC.

3 | Análisis de la reforma

El nuevo CCyC, en su art. 1767, se basa en dos ideas-fuerza:

1. Derogación de la presunción de culpa docente.
2. Instauración de una responsabilidad objetiva del establecimiento educativo.

El legislador, según Pizarro, “con criterio sensato y realista, desplaza el epicentro de la cuestión, en materia de legitimación pasiva, desde el director o maestro artesano, hacia el propietario del establecimiento educativo (...) es una responsabilidad objetiva agravada que solo admite como eximente la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor...”.⁽¹³⁾

El legitimado pasivo en la nueva norma pasa a ser el titular de un establecimiento educativo, esto es, quien tiene la licencia a su nombre y la facultad de explotar tal actividad, con prescindencia de si es el propietario o no de los edificios e instalaciones de la escuela o si tiene su uso por locación, comodato u otra vinculación de índole personal.

El legitimado pasivo y responsable normalmente será el titular o titulares de una organización o empresa de aprendizaje bajo supervisión de la autoridad educativa,⁽¹⁴⁾ ya que la enseñanza privada en nuestro país depende de autorizaciones y controles oficiales y no se presta en forma libre, sino reglada.

.....

(12) *Ibid.*

(13) PIZARRO, RAMÓN D., “La responsabilidad del propietario de establecimientos educativos en un acertado fallo”, *op. cit.*

(14) En similar sentido, VILLAGRÁN, SANTIAGO, “La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el Proyecto de Código”, en *La Ley* 2013-A, 635.

Excepcionalmente, en el caso de aquellos establecimientos que dicten cursos no intervenidos por la autoridad educativa, por tratarse de saberes sencillos o de hecho —como conducir automotores o aprender rudimentos de computación— que no requieren de autorizaciones educacionales por parte de autoridades como CONEAU o los Ministerios de Educación de la Nación o de las Provincias, el responsable será el titular de la licencia comercial municipal, que lo faculta a abrir comercio al público.

En realidad, la expresión que utiliza el art. 1767 CCyC es más correcta que la anterior, ya que la expresión “propietarios” daba lugar a cavilaciones respecto de si la legitimación tenía algo que ver con la propiedad de inmuebles; en puridad, las licencias o autorizaciones educativas no son propiedad de nadie, ya que se conceden transitoriamente y en tanto no cambien las circunstancias constatadas al otorgarlas, por lo que no cabe pensar en una atribución permanente y *sine die* de ellas como es la idea que inmediatamente se asocia al concepto de propiedad.

Con la modificación del concepto empleado, la nueva norma ha transparentado una situación con la que la doctrina estaba de acuerdo en general, pero que podía generar dudas, como es la exclusión de la responsabilidad del propietario del bien inmueble en que se sitúa la escuela o establecimiento educativo, si este no era —a la vez— titular de la licencia, supuesto en la cual la distinción es baladí, ya que basta esta última fuente de responsabilidad para comprometerlo.

El titular —legitimado pasivamente— responde porque “es a él a quien compete la organización del centro y, por tanto, la selección y control de su profesorado y demás personal, la determinación de su dotación de personal y material, la ordenación de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, y la gestión y mantenimiento de instalaciones y materiales”.⁽¹⁵⁾

Sentado ello, es dable expresar que la objetividad de la nueva norma es indudable por tres motivos: primero, porque ella lo establece expresamente en su párrafo primero *in fine*: segundo, porque la demostración

(15) GÓMEZ CALLE, ESTHER, “Responsabilidad de padres y centros docentes”, en Reglero Campos, L. Fernando y Busto Lago, J. M. (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 1289.

de la falta de culpa del titular del centro no lo exime de culpa; y tercero, porque el sistema de la nueva norma, al igual que el del art. 1117 CC, es todavía más objetivo que el que les sirvió de fuente a ambas, que fue el art. 1903 del Código Civil español, a cuyo respecto la jurisprudencia española ha juzgado también su carácter objetivo,⁽¹⁶⁾ pese a que se trata de un régimen basado sobre la culpa presunta del centro.⁽¹⁷⁾

Cabe preguntarse cuáles han sido los fundamentos para tomar estas decisiones. La respuesta deberá ser detallada, so pena de no dar cabal explicación del fundamento legislativo.

3.1 | Responsabilidad de los propietarios de establecimientos de enseñanza

El pronunciamiento expreso del legislador en el art. 1767 CCyC ha provocado que las diversas teorías sustentadas con anterioridad hayan dejado de ser útiles para explicar el fundamento de este supuesto de responsabilidad; el drástico cambio legislativo implementado tornó obsoletas a varias doctrinas, por lo que han de encararse nuevas explicaciones del por qué implícito en este subtipo de responsabilidad.⁽¹⁸⁾

Con el texto del art. 1767 CCyC en la mano, puede postularse sin temor a equivocarse que el fundamento de este deber de responder no es ni la *culpa in vigilando*, ni la patria potestad delegada.

Tal deber se basa o aposenta en la voluntad del legislador, que tuvo en mira especialmente la realidad de una actividad, como la educativa, que venía causando crecientes daños, creando *ex nihilo* un nuevo supuesto de responsabilidad, antes difusa aunque no inexistente.⁽¹⁹⁾

(16) Conviene recordar, respecto del perfil general del art. 1903 español, un fallo de la Audiencia Provincial de Sevilla, donde se indicó que la responsabilidad que el art. 1903 del Código Civil impone al titular del centro es éticamente objetiva (Ver AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, sec. 2ª, 13/06/2000, sent. N° 497/2000, ponente: Sra. Gómez-Salvago Sánchez, en *El Derecho*, caso 2000/67626).

(17) GÓMEZ CALLE, ESTHER, "Responsabilidad de padres y centros docentes", *op. cit.*, p. 1289.

(18) LÓPEZ MESA, MARCELO, en López Mesa, Marcelo J. y Trigo, Félix A., *Tratado de la responsabilidad civil*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2010, t. IV, p. 1135 y ss.

(19) LÓPEZ MESA, MARCELO, *Curso de derecho de las obligaciones*, Bs. As., Depalma, 2001, t. III, p. 160.

Ante la modificación legislativa que expresamente encuadra el supuesto dentro de los factores de atribución objetivos, no puede acudirse al factor culpa, que en su momento explicaba correctamente este supuesto, porque si solamente el caso fortuito libera al director del establecimiento, evidentemente la culpa no explica correctamente el deber indemnizatorio del responsable, sino que este debe necesariamente basarse en un factor de atribución objetivo,⁽²⁰⁾ como la norma indica.

Ahora bien, **¿qué factor de atribución de responsabilidad de índole objetiva?** Si el factor de atribución es objetivo, dada las circunstancias en que se enmarcan estos daños, debe ser él o bien el riesgo creado o bien la obligación de garantía.

El nuevo artículo no lo establece, así que deberemos indagarlo en las líneas que siguen.

3.1.1. Riesgo creado

Algunos autores han acudido a una explicación que tiene vieja prosapia, fundando el caso en la teoría del riesgo creado.

En esta dirección se endereza Reyna, para quien la potencial dañosidad de la actividad educativa deriva de las características de los actores del proceso de enseñanza-aprendizaje.⁽²¹⁾ Agrega el citado autor que al decir que “el riesgo que conllevan las actividades que involucran a conjuntos de personas se eleva porque se trata de infantes y adolescentes que, por su desarrollo evolutivo, resultan naturalmente propensos a la realización de actos potencialmente perjudiciales. En suma el factor de atribución será el riesgo de actividad”.⁽²²⁾

(20) GIANFELICI, MARIO, “Caso fortuito, caso de fuerza mayor y la responsabilidad civil de los propietarios de los establecimientos educativos”, en LL 1999-D-591; LÓPEZ MESA, MARCELO, *Curso de derecho de las obligaciones*, op. cit.; REYNA, CARLOS, “Nota al art. 1117 CC”, en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 3-B, pp. 26/27; LÓPEZ MESA, MARCELO J. y TRIGO, FÉLIX A., *Tratado de la responsabilidad civil*, op. cit., t. IV, p. 1136 y ss.; SAGARNA, FERNANDO A., “Ley 24.830: Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos”, op. cit.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, en LL 1998-B-1053 y ss.

(21) REYNA, CARLOS, “Nota al art. 1117 CC”, op. cit., t. 3-B, p. 27.

(22) *Ibid.*

Un legislador que interviniera en el debate de la ley 24.830, base de la nueva regulación, parece haber esgrimido el riesgo creado como fundamento de la responsabilidad de los propietarios de empresas educativas, que luego corporizaría en la ley de 1997. Mathov consideró que el riesgo de que se produzcan daños es un riesgo propio de lo que puede denominarse la “empresa docente”, concebida como unidad económica,⁽²³⁾ si bien no se sabe a ciencia cierta si esta era la opinión que defendía, puesto que en el debate parlamentario mentó al deber de garantía como fundamento.⁽²⁴⁾

Y pareciera ser este el fundamento de un fallo que rechazó el resarcimiento pretendido por la madre de un alumno, justamente por no encontrar riesgo en la fuente del daño. En dicho fallo se expresó que la asociación que regentea un colegio no es responsable por los daños sufridos por la madre de un alumno, que se lesionó al participar de una actividad lúdica en una fiesta escolar, pues no se acreditó —y nada autoriza a suponerlo— que el juego era riesgoso; tampoco se le atribuyó algún tipo de vicio a sus componentes ni a objeto alguno que haya tenido contacto con el cuerpo de la víctima o vinculación con el accidente.⁽²⁵⁾ También se ubican en la posición favorable a admitir al riesgo creado como factor de atribución algunos doctrinarios.⁽²⁶⁾

Hemos dicho ya que somos reacios a generalizar la tesis del riesgo para aplicarla a los casos más variados y a partir de conjeturas muchas veces;⁽²⁷⁾ por ello creemos que, dada la solución adoptada por el legislador de la ley 26.994, el fundamento que mejor explica este supuesto de responsabilidad no es el riesgo sino la garantía.

.....

(23) MATHOV, ENRIQUE, “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos”, en LL 1996-A-1301.

(24) Ver Rev. “Antecedentes parlamentarios”, 1997, Ley 24.830, p. 1646, N° 3.3.

(25) CNCiv., Sala G, “Castro, Mabel Haydée c/ Asociación Católica Irlandesa (colegio Mons. Dillon)”, 26/12/2012, en RCyS 2013-VII, p. 30, voto de la Dra. Areán.

(26) PIZARRO, RAMÓN D., “La responsabilidad del propietario de establecimientos educativos en un acertado fallo”, *op. cit.*, p. 390; DEL MAZO, CARLOS G., “Daños provocados por adolescentes a otro compañero en un establecimiento escolar, ¿existe responsabilidad de los padres del agresor?”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 2, n° 4, p. 72.

(27) Ver CAPEL. TRELEW, Sala A, “Pinilla, Eraldo Andrés c/ Codistel SA s/ Accidente de Trabajo” (Expte. N° 23), 25/06/2013, en *elDial.com*, voto del Dr. López Mesa.

3.1.2. Obligación de garantía

Numerosos autores consideran que el riesgo creado no explica satisfactoriamente el deber de responder en este supuesto, agregando que el fundamento de la responsabilidad que legislaba el art. 1117 CC debe ubicarse en el ámbito del factor garantía.⁽²⁸⁾ Es esta la opinión que sustentamos nosotros también respecto del nuevo art. 1767 CCyC.

La imputación de una severa responsabilidad, de la que solo pueden liberarse probando caso fortuito ha objetivado la imputación del deber de responder. Esta particular solución adoptada por el legislador parece encuadrarse dentro del factor garantía.⁽²⁹⁾

En esta línea, Aída Kemelmajer de Carlucci sostuvo:

La ley [24.830] ha regulado un caso de responsabilidad objetiva; tengo para mí que se trata de una garantía creada por la ley fundada en el riesgo de empresa. No se trata de que la educación sea una actividad riesgosa ni peligrosa, sino que la ley impone, a quien presta el servicio de modo organizado (sea un ente público o privado) el deber de prestarlo sin producir daños. En tal sentido, cabe recordar la jurisprudencia reiterada de la Corte Federal que, refiriéndose a la responsabilidad del Estado afirma que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan su incumplimiento o su irregular ejecución". En esta línea de pensamiento, pero con terminología más conflictiva, en el derecho español se ha dicho que "el fundamento de la responsabilidad de los centros consiste en un defectuoso

(28) Se han pronunciado en favor de esta tesis ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, "Daños causados o sufridos por alumnos (art. 1117 CC)", Foro de Córdoba, 1999, año X, n° 51, p. 75; LÓPEZ MESA, MARCELO J. y TRIGO, FÉLIX A., *Tratado de la responsabilidad civil*, op. cit., t. IV, p. 1137; GIANFELICI, MARIO, "Caso fortuito, caso de fuerza mayor y la responsabilidad civil de los propietarios de los establecimientos educativos", op. cit.; LOIZAGA, E., "Aporte a la anotación del art. 1117 CC", en Alberto Bueres J. (dir.) y Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias...*, op. cit., t. 3-B, p. 80; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", op. cit.; SAGARNA, FERNANDO A., "Responsabilidad del propietario de una escuela y del docente de educación física. Daños causados por una soga elástica con extremo de metal", en *La Ley* 1999-F- 97.

(29) En similar sentido, respecto de la fuente de esta norma, ver CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, JOSÉ L., *Derecho de daños*, op. cit., p. 122.

funcionamiento de las medidas de organización”; palabras similares se encuentran en alguna sentencia argentina que menciona expresamente la *faute du service*, a la manera francesa.⁽³⁰⁾

Similar criterio es aplicable al art. 1767 CCyC. Incluso hay autores que sostienen ambos fundamentos objetivos del deber de responder —riesgo y garantía—, expresando que “las ideas giran en una misma idea de garantía, matizada por consideraciones sobre el riesgo creado o con criterios economicistas, como el aseguramiento de la indemnización”.⁽³¹⁾

4 | Principales soluciones adoptadas por el art. 1767 CCyC

4.1 | Ámbito de aplicación

Determinar el ámbito de aplicación del nuevo art. 1767 CCyC no es tarea fácil, por cuanto su aparente sencillez esconde algunas aristas filosas. Es claro que la norma excluye de su marco regulatorio a los establecimientos de nivel superior o universitario.

Fuera de esta exclusión expresa, ella no hace distinciones, motivo por el cual debe interpretarse que el régimen que estructura se aplica a todos los restantes propietarios de establecimientos educativos públicos o privados, sin limitación alguna.

Pero seguimos sin saber a ciencia cierta cuál es el alcance definitivo de la regla, por cuanto debemos desmontar la tautología, definiendo la expresión “establecimientos educativos” de que se vale la norma.

En palabras de Moeremans:

Quedan comprendidos en la norma todo lugar donde se imparte enseñanza de cualquier tipo que esta sea, o donde se

(30) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, *op. cit.*

(31) MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO, “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el derecho vigente y en el proyecto”, en *Revista de Derecho de Daños*, t. 2014-1, p. 246.

desarrollan o perfeccionan facultades intelectuales y morales del niño o joven sea este un lugar donde se imparte educación en base a una currícula aprobada por la Ley Federal de Educación, sea un establecimiento que imparta enseñanza de idiomas, deportes, computación, conducción de un vehículo o simplemente donde se forme de alguna manera al niño o joven.⁽³²⁾

A su respecto, se ha dicho con agudeza que

la ley contempla todos los supuestos en que la enseñanza se imparte a un menor a través de una organización de tipo empresarial que supone control de una autoridad. Así, por ejemplo, la responsabilidad objetiva no afecta a una maestra de inglés que da clases particulares, pero sí a un instituto, organizado bajo forma de empresa, que tiene una dirección o función equivalente.⁽³³⁾

Creemos que esta es la respuesta más atinada: la expresión “establecimiento” debe comprender a todas las organizaciones establecidas para impartir enseñanza, bajo una forma empresarial, en tanto no estén incluidas en la exclusión prevista en el *in fine* del art. 1767 CCyC.⁽³⁴⁾

No vemos motivo ni fundamento para introducir interpretativamente limitaciones que la normativa no contempla, como el encuadramiento del establecimiento dentro de la Ley federal de Educación, requisito que claramente la norma analizada no contiene.⁽³⁵⁾

(32) MOEREMANS, DANIEL, “Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos en caso de suicidio de un alumno”, en *RCyS*, año XVI, n° 9, septiembre, 2014, p. 39.

(33) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, *op. cit.* En contra, SAGARNA, quien piensa que el art. 1117 CC se aplica solamente a los establecimientos regidos por la Ley Federal de Educación 24.195 (SAGARNA, FERNANDO A., “Ley 24.830: Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos”, *op. cit.*).

(34) En igual sentido, MARQUEZ, JOSÉ FERNANDO, *op. cit.*, p. 241.

(35) LÓPEZ MESA, MARCELO J. y TRIGO, FÉLIX A., *Tratado de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, t. IV, pp. 1144/1148.

Bien se ha resuelto, en similar sentido, que la expresión “establecimientos educativos” prevista, en el art. 1117 CC, 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 Federal de Educación, como ser una Parroquia que brinda clases de catequesis a los niños.⁽³⁶⁾

Y, dentro de esos establecimientos educativos, ¿a qué personas y actividades se aplica esta norma?

Claramente, a los daños causados o sufridos por alumnos menores, es decir que no se aplica a daños sufridos por los padres de los alumnos menores o a terceros que no hubieran sufrido daños causados por tales alumnos, sino por otras causas. En tales supuestos, se aplicarán otras normas, según el caso, como el art. 1757 del nuevo Código, que contempla el tema de las cosas riesgosas, o el art. 1721 CCyC, que funda en la culpa el deber de responder genérico, a falta de otros factores específicos determinados legalmente.

En esta línea se ha dicho en un fallo —en criterio aplicable al nuevo Código, aunque cambiando las numeraciones citadas— que la responsabilidad de un colegio por los daños sufridos por el padre de uno de sus alumnos, que se lesionó al participar de un juego en una fiesta escolar, debe evaluarse bajo la esfera extracontractual estipulada en el art. 1113, en la segunda parte del CC, pues el art. 1117 reglamenta la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales solo por los perjuicios causados o sufridos por estudiantes menores cuando se hallen bajo su control.⁽³⁷⁾

.....

(36) CNCiv., Sala J, “Ibáñez, Margareth c/ Arzobispado de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, 29/03/2012.

(37) CNCiv., Sala G, “Castro, Mabel Haydée c/ Asociación Católica Irlandesa (colegio Mons. Dillon)”, 26/12/2012, fallo cit., p. 30, voto de la Dra. Areán. En otro voto se dijo allí que la asociación que regentea un colegio no es responsable por los daños sufridos por la madre de un alumno, el cual se lesionó al participar de un juego en una fiesta escolar pues, en virtud del principio de buena fe, aquel verosímelmente debió entender, obrando con cuidado y previsión, que al participar de la actividad recreativa podía caerse, sin que tal caída y sus eventuales consecuencias pudieran dar lugar a un reclamo contra la entidad organizadora (voto del Dr. Carranza Casares).

Tampoco se aplica el art. 1767 CCyC a los daños causados en las cosas de los menores o a la pérdida de estas; en ese supuesto, la responsabilidad derivará de otras normas, según el caso, como podría ser la culpa de un empleado, o la guarda negligente de la cosa perdida, si ese fuera el supuesto, pero no se podrán cobijar tales casos bajo la égida de la norma que analizamos.

Se dijo en un fallo que el robo y consecuente pérdida del equipaje de un alumno en un viaje escolar no encuadra dentro de los supuestos comprendidos por el art. 1117 CC para generar la responsabilidad del establecimiento educativo reconvenido, pues el deber de custodia y seguridad que pesa sobre este último se circunscribe a los daños que sustancialmente afecten la integridad física o mental del menor, provocando un perjuicio en su cuerpo o en su psiquis, y tiene como finalidad reintegrar al alumno en las mismas condiciones en las que ingresó al establecimiento.⁽³⁸⁾

Tampoco son subsumibles bajo esta norma los casos de daños producidos luego de que el alumno haya salido del ámbito de control del establecimiento educativo. Así se resolvió en un caso en que se decidió que un establecimiento educativo no es responsable por las consecuencias dañosas del fallecimiento de un menor que fue atropellado por una *traffic* que transportaba a sus alumnos, pues los padres contrataron directamente con el dueño del transporte, quien no tenía dependencia laboral alguna con el colegio; máxime cuando las condiciones de arancelamiento de este específicamente establecían que no se hacía cargo de dicho servicio de traslado.⁽³⁹⁾ Resta, por último, definir qué entiende la norma por "titular del establecimiento educativo".

.....

(38) En igual sentido, se dijo en un fallo santiagueño que la entidad educativa reconvenida carece de responsabilidad por el extravío de los bienes pertenecientes a un alumno en un viaje escolar, ya que ello no integra la idea objetiva de falta del servicio, la que, en el particular, se configuraría por un inadecuado o irregular ejercicio del deber de custodia y seguridad de los alumnos, máxime si, estando vigente el contrato de transporte celebrado con la institución escolar, el reclamo debió haberse canalizado a través de dicha vía, según las disposiciones establecidas por el art. 184 del Código de Comercio respecto de la responsabilidad que contrae el transportador por el daño que sufran los pasajeros durante el transporte (STJ SANTIAGO DEL ESTERO, Sala Civ. y Com., "Asociación Civil Hermanos Misericordistas c/ Pilán, Daniel s/ pago por consignación - casación civil", 20/12/2012).

(39) CNCiv., Sala E, "P., M. J. y otro c/ A., R. A. y otros s/daños y perjuicios", 03/09/2012, en RCyS, 2012-XII, p. 149.

Alguna doctrina ha considerado que es responsable el organizador de la educación, es decir, quien “emprende” el servicio educativo,⁽⁴⁰⁾ que puede o no ser el titular del inmueble donde se dictan las clases, dado que el inmueble puede ser alquilado.⁽⁴¹⁾ El titular puede ser una persona física o jurídica (sociedades comerciales, fundaciones, asociaciones civiles, mutuales, etc.).⁽⁴²⁾

Pero, a partir de allí, la cuestión no es tan sencilla, dada la hibridez e indeterminación del régimen instaurado. El nuevo artículo nos habla de los **daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad escolar.**

La expresión “causados o sufridos por sus alumnos menores” no es la más feliz; a través de ella se regla conjuntamente la responsabilidad contractual y extracontractual, asignando idéntico régimen a los daños que el alumno causare a un tercero (responsabilidad por el hecho de otro) que a los sufridos por el propio alumno (responsabilidad contractual).⁽⁴³⁾

(40) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, *op. cit.*

(41) REYNA, CARLOS, “Nota al art. 1117 CC”, *op. cit.*, p. 21, § 2.a; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, *op. cit.*; LOIZAGA, E., “Aporte a la anotación del art. 1117 CC”, *op. cit.*, p. 42, § 5; SAGARNA, FERNANDO A., “Ley 24.830: Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos”, *op. cit.*; SAGARNA, FERNANDO A., “El legitimado pasivo en la responsabilidad civil de los docentes”, en *DJ 1997-I-907*.

(42) LOIZAGA, E., “Aporte a la anotación del art. 1117 CC”, *op. cit.*

(43) Esta solución ha merecido juicios encontrados de parte de la doctrina. Encomia la solución adoptada por Kemelmajer de Carlucci, quien la consideraba un paso significativo en el inexorable camino hacia la unificación de la responsabilidad (ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, *op. cit.*). Y en la vereda opuesta critica Sagarna, quien le imputa falta de técnica legislativa, considerando que confunde el panorama de la responsabilidad civil y enturbia el título que comprende a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos (SAGARNA, FERNANDO A., “Ley 24.830: Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos”, *op. cit.*). La evolución posterior de los sucesos ha marcado que ambos tenían parte de razón, porque terminó unificándose la responsabilidad en un solo régimen en el nuevo Código Civil y Comercial, pero no se logró del todo, porque quedaron normas sueltas atinentes a supuestos especiales de responsabilidad contractual, en diversas materias, como los arts. 1151 (contrato de compraventa), 1174 (evicción en la permuta), 1232 y 1243 (responsabilidad en el leasing), 1258 y 1277 (responsabilidad en lo locación de obra), 1291 (responsabilidad del transportista de personas), 1309 a 1313 (responsabilidad en el transporte de cosas), 1369 a 1375 (responsabilidad del hotelero), etc.

Indudablemente, estamos ante un régimen que unifica el tratamiento de la responsabilidad refleja del titular del establecimiento por los daños causados por el alumno a un tercero, con la responsabilidad directa contractual del mismo frente a los padres de un alumno lesionado. Ello es indiscutible, lo que no significa que sea atinado o conveniente.⁽⁴⁴⁾

Pero tampoco se trata de un déficit ilevantable, sino de uno que puede ser remontado por el juez en el caso concreto, si analiza la norma y el caso al que se aplica con mesura y sagacidad.

4.2 | Aplicabilidad de la distinción entre docencia pública y privada

La doctrina ha hecho notar que el art. 1117 CC no distingue según que la actividad docente sea cumplida por el Estado o por el particular, estableciendo para ambos idéntico régimen; se ha juzgado favorablemente esta postura, bajo el entendimiento de que no hay razones lógicas para que los mismos daños tengan un régimen jurídico diverso según quién sea el dañador.⁽⁴⁵⁾

Contrariamente a lo que ocurría con el art. 1117 CC, el art. 1767 CCyC es inaplicable a establecimientos educativos públicos, no porque esta norma lo establezca, sino por la aplicabilidad al caso del ensamble normativo formado por ella y los arts. 1764 y 1765 del mismo ordenamiento que extraen la temática de la responsabilidad del Estado —también en esta materia, al tratarse de una manda general— del ámbito del derecho privado, para llevarlo al seno del derecho administrativo. No es este el lugar para analizar en detalle esta decisión, puesto que ello insumiría mucho más espacio del que aquí disponemos.

Pero debe quedar claro que la aplicabilidad del art. 1767 CCyC se acota a los establecimientos privados de educación, que no sean ni de educación superior ni universitaria. Los demás están excluidos de su ámbito de vigencia.

(44) LÓPEZ MESA, MARCELO, en López Mesa, Marcelo J. y Trigo, Félix A., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, op. cit., t. IV, p. 1146 y ss.

(45) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", op. cit.

4.3 | Responsabilidad concurrente entre el propietario del establecimiento educativo y otros legitimados pasivos

Bien ha dicho Daniel Pizarro que la responsabilidad del propietario del establecimiento educativo —en los términos de la norma que analizamos— es sin perjuicio de la que pueda pesar, de modo concurrente, sobre otros legitimados pasivos.⁽⁴⁶⁾

Es cierto que la norma del nuevo art. 1767 CCyC, al igual que el art. 1117 CC todavía vigente y la fuente de ambas —el art. 1903 del Código Civil español—,⁽⁴⁷⁾ suprime directamente toda referencia a la responsabilidad de directores o maestros del establecimiento, pero que la norma no los mencione no significa que no puedan ser responsabilizados concurrentemente con el titular de la entidad educativa si concurren supuestos captados por otras normas, como el art. 1724 CCyC, en alguno de los tipos de culpabilidad que recepta —culpa o **dolo**—.

Como en toda responsabilidad concurrente, tratándose de vínculos y fuentes distintas del deber de responder, los factores de atribución pueden ser —y de hecho lo serán casi siempre en estos casos— distintos para cada uno de los legitimados pasivos.⁽⁴⁸⁾

Y así, el propietario del establecimiento educativo responderá con base en un factor objetivo de atribución —según Pizarro y otros autores, el riesgo y según nosotros, la obligación legal de garantía—, pero los restantes legitimados responderán normalmente a título de algún factor de atribución de índole subjetiva, como la culpa o el dolo, como ocurriría en caso de dependientes del establecimiento, como docentes, supervisores, celadores, etc., que hubieran actuado con culpa —por ejemplo por no controlar bien a los alumnos y no impedir que estos se dañen a sí mismos o dañen a un compañero o tercero— o con dolo —por ejemplo, por cometer un atentado al pudor o un abuso sexual contra un alumno—.

(46) PIZARRO, RAMÓN D., "La responsabilidad del propietario de establecimientos educativos en un acertado fallo", *op. cit.*

(47) GÓMEZ CALLE, ESTHER, "Responsabilidad de padres y centros docentes", *op. cit.*, p. 1288.

(48) Ver sobre las obligaciones concurrentes CAPEL. TRELEW, Sala A, "Davis, A. L. c/ Fiorasi Hnos. imp. y exp. S.C.C. s/ Daños y Perjuicios (Sumario)", 14/10/2011, Expte. 224 - año 2011, en *elDial.com*, voto del Dr. López Mesa.

En el caso de los restantes legitimados pasivos, como celadores, profesores, etc., deberá analizarse si hubo culpa o dolo, a la luz de las constancias de la causa, ya que allí no rige la imputación objetiva que el art. 1767 CCyC formula a los propietarios del establecimiento.

Y es dable destacar, respecto de estos otros legitimados pasivos individuales, que el nuevo régimen no ha establecido presunción de culpa alguna en su contra, por lo que quien los demande deberá alegar y probar la culpa de estos antes de ver acogida su demanda.

5 | Responsabilidad de propietarios de establecimientos educativos.

Presupuestos

Para que quede comprometida la responsabilidad de los titulares de los establecimientos educativos, se requiere la conjunción de los siguientes presupuestos:

5.1 | Acaecimiento de un daño a un alumno o causación de un daño por un alumno a otro o a un tercero

La aplicación de la norma se dispara por el acaecimiento de un daño vinculado con la actividad escolar, y durante el tiempo en que los alumnos están bajo el control de la autoridad escolar, que causara o que sufriera un alumno del centro educativo.

Por ello, dado el tenor de la norma sancionada, discrepamos con Gómez Calle sobre que también el titular del establecimiento respondería por los daños causados por alumnos ajenos al mismo durante actividades organizadas por él —como, por ejemplo, actividades deportivas conjuntas con otros establecimientos, sean deportivas o culturales—. ⁽⁴⁹⁾

Nos parece que tal criterio no es aplicable en nuestro país, en virtud de la norma sancionada, la que menta expresamente que el titular responde

(49) GÓMEZ CALLE, ESTHER, "Responsabilidad de padres y centros docentes", *op. cit.*, p. 1292.

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.

Es así que, si el daño fuera causado por un alumno de otro colegio a uno del demandado, este respondería en los términos del art. 1767 CCyC, pero no porque el daño lo hubiera causado un alumno ajeno, sino porque lo ha sufrido un alumno propio.

En cambio, si el daño causado por un alumno ajeno lo hubiera sufrido un tercero o un alumno de otro establecimiento, el resarcimiento ya no podría serle demandado objetivamente y en virtud del art. 1767 CCyC, sino que el accionante debiera probar que el establecimiento ha actuado con culpa o empleado cosas riesgosas, supuestos captados por otras normas del nuevo ordenamiento y que tienen regulaciones específicas.

5.2 | Minoridad del dañador o del dañado

De acuerdo a la heterodoxa fórmula del art. 1767 CCyC, el titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad.

La nueva norma no recepta la distinción entre las consecuencias de los hechos de los menores según su edad; dicha eliminación de la distinción legal constituye una consecuencia necesaria de los dos cambios sustanciales operados en la reforma —siguiendo la introducida por ley 24.830, la que sigue sustancialmente esta nueva normativa—:

1. la modificación del factor de atribución de la responsabilidad, que de corresponder a un régimen subjetivo pasó a basarse en un sistema indudablemente objetivo, incluso rígidamente objetivo; y
2. el cambio de legitimación pasiva operado, ya que dejó de ser responsable el director del establecimiento, para pasar a serlo su titular.

Como dice Reyna, “... mientras la responsabilidad era de los directores del colegio, basada en la culpa presunta, podía explicarse que no alcanzara a los hechos de los menores de diez años porque su falta de discernimiento impedía que recibieran la influencia de la autoridad de aquellos”.⁽⁵⁰⁾

.....

(50) REYNA, CARLOS, “Nota al art. 1117 CC”, *op. cit.*, p. 28.

Pero la situación ha mutado drásticamente con el cambio del factor de atribución que viró de la culpa a la garantía; en el estado actual de la legislación en nada puede influir la existencia o no de discernimiento en el menor, justamente porque lo que se exige del propietario del establecimiento es el control de la conducta de los alumnos, cargándose sobre él una suerte de garantía, para el caso de incumplimiento de su obligación de control.

Pero así como no es una barrera levantada frente a la indemnización la edad de diez años, sí lo es la de dieciocho; ello, pues la exigencia de minoridad del alumno que causara o padeciera el daño surge expresamente del texto legal que alude a los “**alumnos menores**”, no dando margen para otras interpretaciones.

Alguna doctrina ha cuestionado esta decisión de política legislativa que ya había tomado la reforma de 1997 y mantiene el nuevo Código, afirmando que “con el fundamento de la responsabilidad civil en el riesgo o la garantía, no existen razones que justifiquen la distinción entre mayores y menores de veintiún años”⁽⁵¹⁾ —hoy en día, de 18—.

Respetuosamente no participamos de esta idea. No nos parece mal que se acote la responsabilidad del titular del centro a la minoridad del dañado o del dañador, ya que una responsabilidad objetiva al extremo alguna limitación debe tener, por lo que el acotamiento etario del dañado o del dañador es una limitación plausible.

Los demás supuestos de daños producidos con motivo de la actividad educativa, pero cuyos agentes o víctimas no son alumnos menores, caen dentro de la órbita de aplicación de las normas generales, por lo que no nos parece cuestionable la razonabilidad de la limitación etaria de la aplicabilidad de la norma especial.

Parece que nuestro legislador actual ha visto atinada aquella aguda observación de la actual ministra del Tribunal Supremo de España, Encarna Roca y Trías, quien ha sostenido que los mayores de edad responden por sí mismos, independientemente de la actividad que estén realizando y de si el daño se ocasiona en un centro de enseñanza primaria o media, ya

(51) *Ibid.*

que el legislador supone que los mayores de edad cursan ya enseñanza superior.⁽⁵²⁾ Coincidimos con este criterio.

5.3 | Producción del daño durante una actividad realizada bajo control del establecimiento

El tercer presupuesto requerido para que se configure la responsabilidad del titular del establecimiento educativo radica en que el daño recibido u ocasionado por el menor se haya producido mientras este se encontraba bajo el control de la autoridad educativa.

Esta terminología ha sido cuestionada, afirmándose que “la expresión nos acerca a la idea de culpa presumida por la falta de control por parte del establecimiento, como resabio de la sistemática en vigencia antes de la nueva ley”.⁽⁵³⁾

El argumento es acertado porque se ha tomado la terminología de la reforma española de 1991, que mentaba específicamente “el control o vigilancia” del profesorado del establecimiento (art. 1902 CC), sin advertir que al cambiarse el factor de atribución de responsabilidad de la culpa (en el art. 1903 español) al riesgo o garantía (según la posición que se asuma, en nuestro derecho), esa terminología queda sin apoyatura y no es adecuada.

Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre dicho aspecto, lo cierto es que con la frase atinente al control, lo que el legislador ha hecho es acotar el ámbito de aplicación del art. 1767 CCyC a dos coordenadas:

1. **un espacio:** la escuela, el colegio, el jardín de infantes, etc., y las actividades extraescolares organizadas por el mismo; y
2. **un tiempo:** el que los alumnos están bajo el control de la autoridad escolar, esto es, permanecen en el establecimiento o en salidas organizadas por él y el tiempo posterior razonable para que sean retirados por sus padres o un mayor.⁽⁵⁴⁾

.....

(52) ROCA y TRIAS, ENCARNA, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 80.

(53) REYNA, CARLOS, “Nota al art. 1117 CC”, *op. cit.*, pp. 28/29.

(54) LÓPEZ MESA, MARCELO J. y TRIGO, FÉLIX A., *Tratado de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 1154.

En el derecho español no se discute ya que los daños que un alumno ocasione (en el caso argentino, también los que sufra), durante la jornada escolar dentro del recinto del centro están comprendidos en el art. 1903 CC, sea cual sea el tipo de actividad en cuyo transcurso se produzca: durante una clase, a la espera de su comienzo, en el recreo,⁽⁵⁵⁾ en el tiempo que media desde que finalizan las clases y hasta que los alumnos que se quedan a comer acuden al comedor escolar, durante las comidas, mientras los alumnos se disponen a abandonar el centro (y claro está, antes de que franqueen sus puertas) o mientras se desarrolla cualquier otra actividad organizada en el centro (por ejemplo, una fiesta de fin de curso, una exhibición de bomberos, etc.).⁽⁵⁶⁾

Alguna doctrina ha expresado su criterio en sentido restrictivo respecto de la inclusión de los daños causados durante las comidas y el transporte; se aduce que en la actualidad en España los servicios complementarios como el transporte y el comedor suelen ser prestados por terceros ajenos al establecimiento educativo; sin embargo, la misma autora expresa que si

(55) Cabe hacer una distinción respecto del recreo, dado el distinto factor de atribución de la ley argentina respecto de la española: el Tribunal Supremo declaró en una sentencia bastante reciente (TS ESPAÑA, Sala 1ª, 28/12/2001, sent. N° 1266/2001, ponente: Sr. Asís Garrote, en *El Derecho*, caso 2001/53944) que no se podía atribuir una responsabilidad culposa omisiva al titular del centro educativo, ya que tenía el recreo vigilado por una profesora, que fue la que atendió en el primer momento a la menor lesionada, y que de acuerdo con la prueba practicada, el accidente se produjo cuando practicaban un juego sin riesgo y de general uso entre las niñas de esa edad, por lo que no se puede apreciar actitud omisiva de la vigilante del recreo de las niñas (en igual sentido, sentencias del TS ESPAÑA, Sala 1ª, 10/10/1995, sent. N° 883/1995, ponente: Sr. Ortega Torres, Teófilo, *El Derecho*, caso 1995/5214; ídem, 10/03/1997, sent. N° 210/1997, ponente: Barcala Trillo-Figueroa, en *El Derecho*, caso 1997/1205; Sala 1ª, 08/03/1999, sent. N° 178/1999, ponente: Sr. Morales Morales, en *El Derecho*, caso 1999/5809). En el mismo fallo, dijo el Supremo que supuestos distintos serían cuando los juegos o actividades lúdicas fueran peligrosos y entrañaren algún riesgo, como es el caso contemplado en las sentencias de esta Sala del 18/10/1999 y 11/03/2000, sent. N° 234/2000, ponente: Sr. Villagómez Rodil, en *El Derecho*, caso 2000/2156; supuestos en los que aplicando la doctrina progresiva consistente en imponer la carga de la prueba de la culpa, en vez de sobre los demandantes, en los demandados, inversión de la carga de la prueba, que en este caso, los demandados han acreditado que obraron con la debida diligencia, y el accidente se debió acaso fortuito, por la falta de previsibilidad de un resultado como el que se produjo (TS ESPAÑA, Sala 1ª, 28/12/2001, sent. N° 1266/2001, ponente: Sr. Asís Garrote, en *El Derecho*, caso 2001/53944).

Este criterio no puede ser aplicado en nuestro país, por cuanto al cambiar el factor de atribución de la culpa a la garantía y el perfil general del sistema de responsabilidad por daño sufrido en la escuela, severamente objetivista en el derecho argentino, no cabe aplicar un criterio del Tribunal Supremo que se columpia sobre la culpa o la falta de ella. En nuestro país el titular del establecimiento educativo responde de los daños causados o sufridos por alumnos durante los recreos, excepto caso fortuito.

(56) GÓMEZ CALLE, ESTHER, "Responsabilidad de padres y centros docentes", *op. cit.*, p. 1296.

el comedor es atendido u organizado directamente por el establecimiento educacional, deberá este responder.⁽⁵⁷⁾

Cuando el daño acaece dentro de este espacio y ese tiempo, la consecuencia de ello es que el titular del instituto debe responder.

La norma indudablemente ha seguido la tesis de la art. 1903 del Código Civil español, que responsabiliza al titular del establecimiento educativo por los daños sufridos por el alumno "... durante el período en que se encuentran bajo el control o vigilancia del profesorado, desarrollando actividades escolares, extraescolares o complementarias".⁽⁵⁸⁾

Nuestra norma, desafortunadamente, no ha sido tan precisa como la española, pero tampoco es lamentable en su redacción y con un poco de agudeza, puede interpretarse correctamente.⁽⁵⁹⁾

Por ello, merece retenerse el concepto dado por San Julián Puig, sobre que "al hacer referencia a las 'actividades escolares, extraescolares y complementarias' se está queriendo aludir a que es durante todo ese tiempo cuando pesa sobre el Centro su deber de hacer funcionar adecuadamente sus medidas de organización".⁽⁶⁰⁾

Nuestra norma directamente no hace referencia a esta o aquella actividad, sino que menta genéricamente al tiempo y ocasión en que los alumnos menores se encontraran bajo el ámbito de control del establecimiento educativo.

El titular de un centro educativo responde de los daños causados o sufridos por alumnos, cuando ellos se produzcan en actividades realizadas dentro de la esfera de control del establecimiento, no pudiendo esta órbita ni extenderse *ad infinitum* ni reducirse en forma voluntarista, para liberar al responsable de su falta de previsión.

.....

(57) SAN JULIÁN PUIG, VERÓNICA, *De la responsabilidad civil de los maestros a la responsabilidad civil del titular del centro docente*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 125.

(58) Ver *Código Civil Concordado y Anotado*, Madrid, Universitas SA, 1994, p. 581.

(59) LÓPEZ MESA, MARCELO, en López Mesa, Marcelo J. y Trigo, Félix A., *Tratado de la responsabilidad civil*, op. cit., t. IV, p. 1156.

(60) SAN JULIÁN PUIG, VERÓNICA, *De la responsabilidad civil de los maestros a la responsabilidad civil del titular del centro docente*, op. cit., p. 125.

Pero para analizar si determinado daño queda o no encuadrado en la norma, debe utilizarse un criterio razonable y realista, ajeno a preconceptos artificiosos.

Dada la compatibilidad de ambas normas y que la reforma española de 1991 fue fuente directa y principal de la reforma de nuestro art. 1117 CC y de la nueva norma —art. 1767 CCyC—, resulta de interés repasar algunos pronunciamientos de la justicia española a su respecto, de modo de extraer pautas que puedan ser de interés de aplicar en nuestro derecho o comparar con los criterios sostenidos en estas tierras.

En ese rumbo, es dable consignar que la Audiencia Provincial de Valencia resolvió que:

el artículo 1903 del Código Civil establece en su párrafo 5º, que las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.⁽⁶¹⁾

La jurisprudencia ibérica tiene declarado que, cuando los hechos ilícitos cometidos por menores de edad acaecen durante el periodo de tiempo en que ellos se hallan bajo el control y vigilancia del centro, como los padres no pueden ejercer tales deberes sobre sus hijos, ya que desde el momento de su entrada hasta la salida del Centro sus funciones quedan traspasadas a los profesores, en estos casos hay una omisión de ese deber por parte de estos últimos, al habérseles traspasado la vigilancia y cuidado sobre los menores (sentencias del Tribunal Supremo de fecha 10/12/1996⁽⁶²⁾ y 04/06/1999,⁽⁶³⁾ entre otras).

(61) AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, sec. 8ª, 18/05/2002, sent. N° 310/2002, ponente: Sr. Sánchez Alcaraz, en *El Derecho*, caso 2002/36689.

(62) TS ESPAÑA, Sala 1ª, 10/12/1996, sent. N° 1039/1996, ponente: Sr. González Poveda, en *El Derecho*, caso 1996/9009.

(63) En dicho fallo resolvió el Tribunal Supremo que la responsabilidad de las personas y entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior que establece el art. 1903, en su apartado quinto, por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, se halla condicionada temporalmente en el sentido de que tales daños

Esta es la postura que mantiene la jurisprudencia al declarar —por caso, en la sentencia del 29/12/1998—⁽⁶⁴⁾ que, si bien la obligación de guarda de los progenitores renace desde el momento en que el centro escolar acaba la suya, ello no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente acabada cada clase, cosa por completo absurda, sino que ha de hacerse con la suficiente flexibilidad que cada caso demande, de ahí que si es habitual en el Centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuenten con que hasta entonces están en el Centro y vigilados por su personal.

Relacionada con esta problemática, está la relativa a las actividades complementarias que se realizan fuera del establecimiento. En este punto ha expuesto el Tribunal Supremo que los padres delegan las funciones de control y vigilancia de los alumnos en el centro de enseñanza desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada, sin ser alterada esta situación por la práctica de la salida complementaria que se llevaba a efecto como actividad escolar, siendo por tanto el Colegio Público “T.” del Ministerio de Educación y Ciencia, por medio de su personal, el que tenía exclusivamente a su cargo el deber tuitivo de vigilancia sobre el alumnado, concretado en los profesores referidos, que debía de ser más exquisito sobre niños de tan corta edad, como la menor fallecida.⁽⁶⁵⁾

.....

y perjuicios han de ser causados “durante los periodos de tiempo en que los mismos (los alumnos menores de edad) se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”, lo que encuentra su razón de ser en que, tratándose de una responsabilidad por culpa *in vigilando*, las funciones de guarda y custodia sobre aquellos alumnos solo se transfieren a los profesores o cuidadores del centro desde el momento de la entrada en el mismo de los alumnos hasta su salida de él finalizada la jornada escolar (TS ESPAÑA, Sala 1ª, 04/06/1999, sent. N° 495/1999, ponente: Sr. González Poveda, en *El Derecho*, caso 1999/13269; en igual sentido, sentencias del mismo Tribunal y Sala del 10/11/1990, 03/12/1991, 15/12/1994 y 10/12/1996).

(64) TS ESPAÑA, Sala 1ª, 29/12/1998, sent. N° 1230/1998, ponente: Sr. O’Callaghan Muñoz, en *El Derecho*, caso 1998/30796.

(65) TS ESPAÑA, Sala 1ª, 29/06/2000, sent. N° 660/2000, ponente: Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez, en *El Derecho*, caso 2000/15194.

A la luz de esta jurisprudencia es dable entender que tanto el legislador español como el argentino que se basó en la legislación española, han adoptado **un criterio amplio y flexible** en esta materia:

1. **Amplio**, porque no limita la responsabilidad del propietario del establecimiento a los daños causados como consecuencia del desarrollo de actividades estrictamente curriculares, sino que dicha responsabilidad se extiende a todas las actividades vinculadas a ellas por el hecho de encontrarse organizadas y controladas por la entidad educativa.⁽⁶⁶⁾
2. **Flexible**, porque no establece horarios o límites temporales estrictos para liberar al titular del establecimiento educativo.⁽⁶⁷⁾

La solución implícita adoptada por nuestro legislador y expresamente asumida por el legislador español, se corresponde con las corrientes actualmente imperantes en la educación, que no limitan las actividades docentes al claustro, sino que abre el panorama de los menores, organizando actividades suplementarias, especiales, visitando instituciones oficiales, auspiciando la realización de competencias y actividades deportivas y culturales (olimpiadas matemáticas, pruebas atléticas, etc.), que normalmente no se desarrollan en el ámbito de la escuela.⁽⁶⁸⁾

(66) REYNA, CARLOS, "Nota al art. 1117 CC", *op. cit.*, p. 29; SAGARNA, FERNANDO A., "Responsabilidad civil del establecimiento escolar. Lecciones fuera del colegio", en LL 1999-B-142.

(67) Hemos dicho con anterioridad, en criterio que mantenemos, que juzgamos conveniente esta solución, por cuanto lo contrario implicaría una autorización implícita para exponer a menores de edad a los peligros enormes de estos tiempos, por ejemplo dejándolos fuera del establecimiento educativo quince minutos después de la finalización de la jornada de clases, lo que es inadmisibles (LÓPEZ MESA, MARCELO, en López Mesa, Marcelo J. y Trigo, Félix A., *Tratado de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 1159).

(68) Un buen porcentaje de los daños producidos en la escuela ocurren durante clases o pruebas de educación física; respecto de este supuesto ha dicho Sagarra que "es indudable que no se puede garantizar la incolumidad a los alumnos concurrentes a un establecimiento educativo, si la práctica de deportes se realiza con elementos inadecuados para cada circunstancia. Redes de vóley sostenidas de postes de hierro con salientes sin protección, jabalinas para uso de menores, postes de aros de básquet sin amortiguación, aros deformados, piletas de natación sin vallas, cajones para saltar con fundas protectoras deterioradas o sin ellas, arcos con puntas o ganchos cortantes, etc., son algunos de las innumerables fallas de muchas escuelas argentinas. Y no hay que dar demasiadas vueltas para afirmar que, ante daños causados por deficiencias del material aportado por los titulares de las escuelas para las clases de educación física, los mismos deben responder, salvo circunstancias especialísimas, como el caso fortuito, de difícil constitución" (SAGARNA, FERNANDO A., "Responsabilidad del propietario de una escuela y del docente de educación física. Daños causados por una sogá elástica con extremo de metal", *op. cit.*).

En la medida en que estas actividades extracurriculares o complementarias, sean organizadas y controladas por el titular del establecimiento, por sí o a través de sus empleados (personal directivo, profesores, maestros o preceptores) quedará también durante ellas comprometida la responsabilidad del titular del establecimiento.⁽⁶⁹⁾

Pero debemos decir que nos parece un exceso interpretativo el imputar al establecimiento educativo daños causados a alumnos por automovilistas fuera de la escuela, luego de clases. No compartimos en absoluto el criterio de un fallo que resolvió que es improcedente, para exonerarse de responsabilidad, el argumento de la compañía de seguros citada en garantía en una acción resarcitoria incoada contra un establecimiento escolar por un accidente ocurrido a la salida de la escuela, relativo a que la póliza solo cubre los daños ocurridos dentro de la escuela, pues el ámbito escolar debe ser entendido en sentido amplio, comprendiendo todas las actividades organizadas y controladas por la autoridad educativa y aquellas conexas con la enseñanza.⁽⁷⁰⁾

Se agregó allí que el establecimiento educativo demandado es responsable por los daños que sufrió un alumno al ser embestido por un automóvil al momento de la salida de la escuela, pues si bien dicho siniestro ocurrió fuera del ámbito del establecimiento, no había transcurrido un considerable lapso de tiempo desde el horario de salida, lo cual obligaba a los docentes a ejercer la guarda efectiva sobre los alumnos durante ese período.⁽⁷¹⁾

Nos parece que responsabilizar al establecimiento educativo por daños sufridos por alumnos una vez que han salido de su ámbito de control, al transponer sus puertas, implica hacer beneficencia con dinero ajeno, al adoptar la magistratura una postura que no surge de la interpretación prístina del art. 1117 CC reformado ni del nuevo art. 1767 CCyC. Aun con todas sus deficiencias esta norma no autoriza a tomar tal decisión, siendo ella una interpretación no ya opinable sino, a nuestro juicio, irrazonable de la norma.

(69) REYNA, CARLOS, "Nota al art. 1117 CC", *op. cit.*, p. 29.

(70) CNAC. APEL. CIV., Sala H, "C., J. del C. y otro c/ Vázquez, Gonzalo y otros", 18/12/2007.

(71) *Ibid.*

Por último, cabe preguntarse cuál es la situación en que se ubican los daños causados o sufridos por alumnos, durante el horario escolar, pero fuera de las instalaciones escolares y sin supervisión alguna de docentes o profesores; es el típico caso de los alumnos que realizan una "rabona" o se escapan de la escuela y en esos períodos en que se encuentran sin supervisión alguna de padres o profesores, sufren o causan un daño.

Creemos que la responsabilidad por tales hechos no es la misma, si los alumnos han ingresado al establecimiento y se han escapado luego que si nunca llegaron a él, por haberse hecho la "rabona". Si los alumnos faltaron a clase, engañando a sus padres, el titular del establecimiento no tiene, en nuestro criterio, responsabilidad alguna por cuanto no puede ser él obligado a responder por actos de los alumnos fuera de su ámbito de control. Nos parece que este argumento tiene fundamento legal en el derecho argentino, puesto que el art. 1767 CCyC responsabiliza al titular del establecimiento por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad escolar.⁽⁷²⁾

Quien voluntariamente se sustrae de su obligación de acudir a clases, engaña a sus padres, comúnmente luego falsifica la firma del mismo en alguna comunicación escolar debida a la inasistencia, etc., no puede comprometer con sus actos extraescolares, realizados por su cuenta y riesgo, la responsabilidad del titular del establecimiento educativo; ello, sencillamente, porque se ha sustraído voluntariamente a la esfera de control y vigilancia del establecimiento y sus dependientes, quedando el supuesto marginado de la aplicación del art. 1767 CCyC.⁽⁷³⁾

Distinta es la situación del alumno que, habiendo ido a clases, en algún momento del horario lectivo, se escapa del establecimiento. En este caso creemos que los daños que él sufra o cause son imputables al titular del establecimiento, por cuanto el alumno se ha escapado de la esfera de control del mismo, lo que revela un ineficiente control y vigilancia y lo

(72) LÓPEZ MESA, MARCELO, en López Mesa, Marcelo J. y Trigo, Félix A., *Tratado de la responsabilidad civil*, op. cit., t. IV, p. 1162.

(73) *Ibid.*, t. IV, p. 1162 y ss.

responsabiliza por tales daños; de igual modo ha juzgado la situación la doctrina española⁽⁷⁴⁾ y lo propio ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo en un caso de gran interés.⁽⁷⁵⁾

5.4 | Antijuridicidad de la actuación del propietario del establecimiento

La actuación del propietario del establecimiento educativo debe ser antijurídica, no ya por aplicación del nuevo artículo 1767 CCyC, sino por imperio de su similar 1717 CCyC.

Como no se responde por daños justificados, la actuación del dañador o del obligado a prestar seguridad en este caso quedará comprometida solo cuando su accionar sea antijurídico.

En esta línea se ha dicho en un fallo que la clave para determinar la procedencia de la responsabilidad estatal por acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica, que se da cuando es razonable que se actúe en determinado sentido para evitar los daños en

.....

(74) La doctrina española ha expuesto que el hecho de que el daño tenga lugar fuera del centro docente porque el alumno en cuestión se ha escapado de él no exonerará a su titular cuando la fuga se hubiera podido evitar con una vigilancia y control adecuados; a estos efectos no bastará normalmente con la prohibición de ausentarse en tanto no concluya la jornada escolar, pues es preciso además adoptar las medidas precisas para evitar las fugas, sobre todo cuando menor sea la edad del alumnado o más disminuida se halle su capacidad de discernir (GÓMEZ CALLE, ESTHER, "Responsabilidad de padres y centros docentes", *op. cit.*, p. 1080; GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, "Comentario de la STS", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 32, 1993, p. 635).

(75) El Tribunal Supremo, Sala 1ª, resolvió en 1994 un caso en que un alumno con alguna discapacidad se escapó del centro durante el horario de almuerzo, yendo con unos compañeros a un inmueble industrial cercano abandonado, subió con otros a un ascensor en malas condiciones y terminó falleciendo por los golpes recibidos en dicho inmueble.

Dijo el Supremo allí que "la conducta del personal del Colegio, claramente culposa, por omisión de no guardar y cuidar al alumnado interno y por acción de permitir su salida extemporánea, sin preocuparse si la llevaban a cabo solo los que estaban autorizados para ello, integra actos iniciales decisivos, que si bien no provocaron directamente el suceso, ya que tuvo lugar en instalaciones distintas y no dependientes, sí lo favoreció con categoría de intensidad decisiva, es decir que esta actuación negativa, producida en el primer tiempo de los que conforman el *iter* del accidente, fue causa provocadora de lo sucedido en el periodo temporal siguiente, que hay que situar en el montacargas de referencia y sin lapso interruptivo eficaz para romper la relación de los acontecimientos" (TS ESPAÑA, Sala 1ª, 15/12/1994, sent. N° 1128/1994, ponente: Sr. Villagómez Rodil, en *El Derecho*, caso 1994/9305).

la persona o en los bienes de los particulares y requiere que aquel o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita.⁽⁷⁶⁾

5.5 | Relación causal entre la actuación antijurídica del establecimiento y el daño causado

El nuevo art. 1726 CCyC establece

Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño” y el art. 1736 del mismo Cuerpo edicta que “Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.

.....

Agregó el Supremo en el mismo fallo: “No se puede (...) desconectar la salida o escapada del niño, propiciada por el deficiente actuar de las estructuras de dirección, guardia y vigilancia del Colegio, con su fallecimiento violento, aunque tuviera lugar en otro lugar, pero que indudablemente arranca de su permanencia en un sitio en el que no debería de estar y actúa como causa eficiente del lamentable suceso, sin concurrir ruptura en la relación y si, por contrario, la acreditada falta de diligencia necesaria de un buen padre de familia para prevenir el daño, que refiere el párr. final, art. 1903, en relación al 1104 CC”. Y terminó el más prestigioso Tribunal de habla hispana, diciendo: “Mal puede atribuirse, siquiera por referencia, responsabilidad alguna a los padres de la víctima, pues durante su estancia en el Colegio no ejercían ni podían ejercer reglamentariamente misión alguna de control y vigilancia del menor, lo que correspondía a los empleados escolares encargados de tal cometido, ya que, como dice la sentencia del 03/12/1991, dichas funciones se entienden que los padres las delegan en el Centro, desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada (...) Razones todas que llevan a afirmar que era el Colegio San Francisco, por medio de su personal, el que tenía exclusivamente a su cargo el deber tuitivo de vigilancia sobre el alumnado, que debía de ser más intenso sobre los que ostentaban condición de medio pensionistas, e incluso extrema en referencia a Aitor por sus carencias y deficiencias mentales (TS ESPAÑA, Sala 1ª, 15/12/1994, sent. N° 1128/1994, ponente: Sr. Villagómez Rodil, en *El Derecho*, caso 1994/9305).

Creemos que, con mayor razón todavía, en el derecho argentino el titular del centro educativo es responsable de los daños causados o sufridos por alumnos escapados de las aulas, en horario de clase, por cuanto en estas tierras rige un sistema objetivo de responsabilidad, que acentúa la obligación de control del titular.

(76) SCJ MENDOZA, Sala 1, “Rutillo, Ángela Rosa y ot. c/ Municipalidad de Lujan de Cuyo s/ d. y p. s/ inc.”, 04/03/2013, en *LLGran Cuyo* 2013, junio, p. 518.

De tal modo, si no existe relación causal adecuada con el daño, la más negligente u omisiva de las conductas, incluso la intencionalidad dañosa más desembozada, no compromete la responsabilidad de su autor, ni que hablar de la omisión de seguridad que se debía garantizar. Sin relación causal adecuada con el daño, pues nada hay que resarcir, en ningún caso, a mérito de lo dispuesto por los arts. 1726 y 1736 CCyC.

6 | Exoneración de responsabilidad

El art. 1767 CCyC, a diferencia de su fuente mediata, el art. 1903, párr. 5° del Código Civil español, no admite que el propietario del establecimiento educativo se exonere probando su falta de culpa, al haberse instaurado un régimen de responsabilidad objetiva.⁽⁷⁷⁾ La nueva norma menciona solo como eximente específicamente al caso fortuito.

Pocos han reparado en Argentina que, existiendo dos clases de caso fortuito en los ordenamientos decimonónicos, como el Código de Vélez —uno para el incumplimiento del contrato y otro para la responsabilidad civil, los que tienen elementos en común, pero no son enteramente coincidentes—,⁽⁷⁸⁾ la reforma del art. 1117 CC en 1997 hubiera ameritado pronunciarse sobre cuál de ellos era la pauta a tener en cuenta al momento de juzgar un caso de responsabilidad, como la del propietario de establecimientos educativos, que era un caso de responsabilidad contractual que se encontraba mal ubicado sistemáticamente entre los supuestos de responsabilidad civil aquiliana, como lo estaba también el art. 1118 respecto de la responsabilidad del hotelero.

La reforma integral del ordenamiento por la sanción del nuevo Código ha atenuado estas diferencias, ante la recepción en el seno de las normas de responsabilidad civil de pautas para juzgar la previsibilidad exigible al responsable, con un criterio unificado (ver art. 1728 CCyC sobre previsibilidad contractual).

(77) GIANFELICI, MARIO, "Caso fortuito, caso de fuerza mayor y la responsabilidad civil de los propietarios de los establecimientos educativos", *op. cit.*

(78) DIEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1996, p. 588 y ss.

En consecuencia, merecen tenerse en cuenta algunas de las siguientes pautas sobre el particular:

1. En un fallo se dijo que el propietario del establecimiento educativo solo podrá eximirse de responder por los daños sufridos por un alumno demostrando el caso fortuito ajeno al comportamiento de los educandos, o el hecho de un tercero extraño a los riesgos cubiertos por la obligación de seguridad, no resultando eficaces a tales efectos otras probanzas referidas a su ausencia de culpa ni tampoco, eventualmente, la culpa de un tercero o de la víctima.⁽⁷⁹⁾
2. Ha escrito Sagarna que “para que se mecanice el “caso fortuito” o la “fuerza mayor” como eximente de responsabilidad civil en el art. 1117 CC, deben darse las siguientes condiciones en el evento, más específicamente, ser: a) sobreviniente, b) ajeno al deudor, c) actual, d) imprevisible, e) inevitable, irresistible o insuperable, f) imposible, g) inimputable y h) extraordinario. Obsérvese que el hecho debe ser “ajeno al deudor” porque si es interno no resulta liberatorio, siendo la externalidad una condición *sine qua non* para eximir de responsabilidad civil, sino se trataría del riesgo propio de la actividad que se desarrolla.”⁽⁸⁰⁾
3. Otro elemento de juicio clave para interpretar el alcance del caso fortuito en este supuesto es un fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona, que decidió que “por propia definición el caso fortuito es aquel acontecimiento que no puede preverse y que excluye cualquier tipo de responsabilidad (por actividad dolosa o culposa) del agente” (sentencias del Tribunal Supremo del 05/03/1984, 13/03/1992 y 05/11/1993). No encaja pues en tal concepto el supuesto en que el acontecimiento fuese debido al incumplimiento del deber relevante de previsibilidad por omisión de la atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, situación que impide la excepción que el art. 1105 CC establece, y es que no se puede considerar como suceso imprevisible o inevitable, el que dio lugar a la responsabilidad exigida en la demanda, ya que ni era imprevisible la rotura de un cristal —elemento que entraña un cierto riesgo— a consecuencia de los juegos de los niños, ni se puede considerar tampoco inevitable la producción del resultado lesivo, ya que bastaba para conjurar —o por lo menos disminuir— el peligro con utilizar vidrios con un mínimo nivel de seguridad.”⁽⁸¹⁾

.....

(79) CNCIV., Sala B, “Roscano, Vicente y otros c/ Instituto San Pío X”, 09/10/1997, en LL 1999-D-589.

(80) SAGARNA, FERNANDO A., “Responsabilidad civil del establecimiento educativo para alumnos con capacidades distintas. La eximente ‘caso fortuito’”, en LL, 2010-E, 15.

(81) AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, sec. 16ª, 31/07/2001, ponente: Sra. Zapata Camacho, en *El Derecho*, caso 2001/55124.

6.1 | Ahora bien: ¿qué extremos de hecho pueden configurar caso fortuito?

Algunas doctrinas y jurisprudencias argentinas han considerado que el hecho de un tercero no constituye causal de excusación del propietario del establecimiento.⁽⁸²⁾

Otros doctrinarios han pensado diferente, exponiendo que aun cuando la norma no menciona esta causal de exoneración, ella igualmente opera cuando ese hecho es abstractamente imprevisible y absolutamente inevitable.⁽⁸³⁾

Evidentemente, es esta última la opinión que compartimos; si bien la expresión utilizada en el art. 1767 CCyC puede no ser la más correcta, de ella surge sin demasiado esfuerzo que el hecho de un tercero, en la medida en que sea imprevisible o inevitable, excusa al propietario. Ello simplemente, porque en nuestro sistema jurídico lo que es inevitable y/o imprevisible configura caso fortuito, lo que está específicamente previsto en la norma como causal de exoneración de responsabilidad.⁽⁸⁴⁾

Útil es advertir que no hace falta la acumulación de los dos caracteres del *casus*, inevitabilidad e imprevisibilidad; ello, ya que la norma no lo exige y, por ende, basta con la acreditación de uno solo de ellos para exonerar de responsabilidad al demandado.

Haciendo ello a un lado, cabe preguntarse si ocurre lo mismo con el hecho de la víctima: ¿es el hecho de la víctima también una causal de exoneración del propietario?⁽⁸⁵⁾

.....

(82) SAGARNA, FERNANDO A., "Ley 24.830: Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos", en JA 1997-III-937; CNCiv., Sala B, "Rosciano, Vicente y otros c/ Instituto San Pío X", fallo cit.

(83) GIANFELICI, MARIO, "Caso fortuito, caso de fuerza mayor y la responsabilidad civil de los propietarios de los establecimientos educativos", *op. cit.*; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", *op. cit.*

(84) LÓPEZ MESA, MARCELO, en López Mesa, Marcelo J. y Trigo, Félix A., *Tratado de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 1146 y ss.

(85) Apréciese que no hablamos de la culpa de la víctima sino del hecho de la víctima; ello no es casual, sino que tiene por motivo que en numerosos supuestos la víctima será un niño de menos de diez años, lo que impide atribuirle culpa alguna, dado que carece de discernimiento.

En este caso, la respuesta no es tan simple, justamente porque esta causal de exoneración en alguno de los supuestos colisiona con el sistema establecido en la norma.

El legislador estableció un sistema de responsabilidad de base objetiva, en el que los titulares de establecimientos educativos responden por daños causados o sufridos por sus alumnos menores, cuando se hallen bajo el control de la autoridad escolar, salvo que probaren el caso fortuito.

El propósito de la ley de acuerdo a su texto y a sus fuentes interpretativas fue justamente impedir la excusación liviana del responsable, fundado en trivialidades atinentes a la presunta culpa de niños menores.

Por ello creemos que debe hacerse una distinción entre dos supuestos: en lo atinente a los daños causados por alumnos y sufridos por terceros ajenos a la actividad educativa, consideramos que la culpa de la víctima es un factor excusatorio pleno, como ocurre en cualquier otro supuesto, a mérito de lo dispuesto en el art. 1729 CCyC, primera parte, que es la regla general en la materia.

En cambio, si los daños son sufridos por un alumno menor, el hecho de la víctima no excusa salvo que fuera imprevisible o inevitable, justamente porque la norma extrae el caso del ámbito de aplicación de la regla general del art. 1729 CCyC sobre hechos del damnificado, dándole una regulación específica en el art. 1767 CCyC.

El art. 1767 CCyC carga sobre las espaldas de los propietarios de estos establecimientos la responsabilidad por los daños sufridos por los alumnos, cuando se encontraren bajo el control de la autoridad escolar. Consideramos que la mención de la norma al "control de la autoridad escolar" no ha sido casual ni impensada, motivo por el cual entendemos que dicho control impide alegar la culpa o el hecho de la víctima, cuando este fuera un alumno menor, pues la norma exige el control de sus conductas por parte de la autoridad educativa, bajo pena de responsabilizarla en caso contrario. El deber de control y el hecho de la víctima constituyen dos caras de una misma moneda: la una esconde la otra a la mirada.

Si ello es así, la falta de control resulta incompatible con la alegación de excusación por el hecho de la víctima, por cuanto, precisamente, el hecho de la víctima ha sido posibilitado justamente por la falta de control.

Contrariamente a otra doctrina,⁽⁸⁶⁾ por nuestra parte no nos parece necesario distinguir situaciones a partir de la edad del menor, toda vez que como la norma nada distingue, sería avanzar sobre su texto sentar una distinción a ese respecto; sin perjuicio de ello, de *lege ferenda*, tal vez sería conveniente prever lo relativo a los efectos de la culpa de los alumnos de más de catorce años, puesto que no parece justo mantener un sistema que obligue al propietario de todo evento que puedan realizar individuos que comprenden —o **debieran comprender**— con claridad las limitaciones de su actuación y las consecuencias de no atender a ellas.⁽⁸⁷⁾

Y decimos que no nos parece necesario distinguir, por cuanto entendemos que, a *contrario sensu*, la norma modificada tomó partido por este criterio: como no puede presuponerse la falta de objetivo de la manda, ni la equivocación del legislador, no puede juzgarse sin un motivo concreto la eliminación de la distinción de la situación de los menores según tengan más o menos de diez años, la que contenía el art. 1117 CC original y que el texto del nuevo Código no ha receptado.

Si el reformador suprimió una distinción que el legislador original había receptado, evidentemente esa supresión tiene un objeto, por lo que no cabe reeditarla hermenéuticamente, cuando la misma ha sido quitada del texto legal. Ello así, no podemos compartir de *lege lata* el criterio de distinguir las consecuencias del hecho de la víctima según la edad de esta,⁽⁸⁸⁾ aun cuando de *lege ferenda* tal vez sería deseable trazar tal distinción, ya que no es lo mismo juzgar los actos de menores impúberes que los de adolescentes que casi están arribando a la mayoría de edad.

De tal modo, nos parece claro que la línea divisoria entre la responsabilidad del titular del centro educativo y su irresponsabilidad no es cuestión de teorizaciones, sino de analizar en el caso concreto desde el punto de mira del art. 1728 CCyC, si era previsible o no la conducta dañosa y, si siendo previsible, la misma era evitable o no, entendiendo los conceptos de

(86) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", *op. cit.*

(87) LÓPEZ MESA, MARCELO, en López Mesa, Marcelo J. y Trigo, Félix A., *Tratado de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, t. IV, p. 1167 y ss.

(88) *Ibid.*, t. IV, p. 1167 y ss.

previsible y evitable no como conceptos absolutos, sino como conceptos cruzados o matizados por el de razonabilidad, que a ambos ilumina y aclara.

Hasta allí no vemos mayor inconveniente. Pero algunos tribunales han extralimitado la obligación de control a cargo de la autoridad educativa o escolar, llevándola a extremos disfuncionales, como por ejemplo ocurrió en un caso en el que se resolvió que el establecimiento educativo es responsable ante el daño sufrido por un menor de edad que, habiendo sido acompañado por su progenitor hasta el ingreso y luego de ser confiado a la custodia del cuerpo docente, atravesó un patio, trepó un portón y cayó, atento la falta de configuración de un supuesto de caso fortuito debido a que no era imprevisible que pudiera obrar como lo hizo, teniendo en cuenta sus circunstancias personales —corta edad y espontaneidad e impulsividad— y que está en etapa de pleno crecimiento y aprendizaje.⁽⁸⁹⁾

Creemos por nuestra parte que no debe extralimitarse al infinito la obligación de previsión de los titulares de establecimientos educativos, porque previsible es toda circunstancia o resultado no anómalo. El problema es que no puede establecerse un nivel de exigencia desmedido de previsión, sino que esa previsión debe acotarse a los resultados más probables, más corrientes, no a posibilidades remotas, casuales o inverosímiles en general. Y esta idea no es una invención nuestra, sino que surge prístinamente de alinear el art. 1767 CCyC con su similar 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”.

En este caso estamos frente a una responsabilidad derivada de una obligación de seguridad, integrante de un contrato, con lo que ese art. 1728 CCyC no debiera ser marginado del ensamble normativo a aplicarse al caso.

Y, consecuentemente, debe aplicarse la pauta de una previsión media, ni excesivamente exigente ni lindante con la molicie, exigible al prestador del servicio de enseñanza, ya que la norma habla de las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración.

.....
(89) CAPEL. CONT. ADM. SAN MARTÍN, “Ledesma, Julio Roberto y otra c/ Escuela N° 1 Cosme Beccar - Gdo. Pcia. de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, 07/06/2011, en LLBA, 2011 septiembre, p. 924.

Por otra parte, entendemos que no puede esperarse del establecimiento educacional una previsión que anticipe las posibles actitudes de cualquier "tarambana". La escuela no está ni preparada —ni destinada— a salvar las omisiones familiares en la formación actitudinal y conductual de los niños.

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 solo se justifican en vándalos, antisociales o inadaptados, mas no en hijos menores de familias de desenvolvimiento normal, donde alguno de los padres, madres o abuelos ejercen una autoridad plausible de modo razonable, pero no débil.

Autoridad y debilidad son términos incompatibles. Firmeza, autoridad y razonable ejercicio de ella es lo que corresponde esperar y exigir en este y en cualquier caso equiparable.

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, como no sea dejar libre al menor por faltas injustificadas o no renovarle la plaza para el año siguiente, en casos verdaderamente de excepción. Toda otra facultad disciplinaria ha sido teñida ideológicamente de una coloratura discriminatoria —o, incluso, represiva— y desactivada como tal.

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.

Agudamente ha expresado Ramón Daniel Pizarro:

La realidad cambió. La dinámica escolar mudó su naturaleza; de aquella enseñanza personalizada, doméstica, no quedó casi nada. El proceso de enseñanza aprendizaje pasó a desenvolverse en circunstancias muy diversas, entre las que la masividad es la nota más saliente. Variaron los parámetros de conducta, las contenciones familiares de los menores, los niveles

de respeto y consideración que merecen los docentes por parte de toda la comunidad argentina y particularmente del propio Estado; los cartabones de conducta de toda la sociedad argentina, de la cual los menores forman parte. En todos los casos, para peor.⁽⁹⁰⁾

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 en algunos casos extremos, involucrando al Poder Judicial en la decisión de disputas menores, muchas veces de conventillo o producidas por el empecinamiento, la obcecación o mera tontería de los padres, de los niños o de las autoridades escolares y que nunca debieron llegar a tribunales.

Volvemos así a nuestra concepción de que no puede tomarse a la escuela y a sus propietarios como variables de ajuste de una sociedad que ha terminado por plasmar un descontrol de los menores, al aflojar todo control parental sobre los mismos y al darles a estos una excesiva autonomía personal, muchas veces no compatible con su propia seguridad.

El colegio debe, entonces, prever las conductas más probables, más corrientes, en la actual coyuntura social y económica, lo que dista mucho de ser un ideal, pero que tampoco puede convertirse en una utopía.

Por ejemplo, prever que los menores puedan ir armados o que asuman conductas francamente delictivas hacia compañeros excede el deber de previsión de la autoridad escolar, porque la previsión exigible no puede desnaturalizar la ecuación económica del contrato de enseñanza, por la imposición de medidas onerosas de prevención de supuestos excepcionales, delictivos o de improbable acaecimiento.

Control, previsibilidad y costos de las medidas conducentes a ello conforman una ecuación global, integral, compleja, que no puede disociarse, so riesgo de buscar un bolsillo profundo o un pagador, en vez de un responsable.

.....

(90) PIZARRO, RAMÓN D., "La responsabilidad del propietario de establecimientos educativos en un acertado fallo", *op. cit.*

7 | Obligación de contratar un seguro

El art. 1767 CCyC exige, además, a los titulares de establecimientos educativos la contratación de un seguro de responsabilidad civil; esa medida tiene por norte garantizar a la víctima del daño una adecuada reparación.⁽⁹¹⁾

Como el art. 1767 CCyC no hace distinción alguna, el seguro a contratar deberá contemplar como riesgo tanto el daño causado como el sufrido por los alumnos del establecimiento educativo.⁽⁹²⁾

El obligado a la toma del seguro es el titular del establecimiento educativo.⁽⁹³⁾

Este aseguramiento, en teoría, lograría cargar las consecuencias económicas del resarcimiento sobre el asegurador, quien se encontraría *a priori* en mejores condiciones de solventarlas, por poseer una estructura profesional de análisis y previsión de siniestros, que le lleva a optimizar la ecuación financiera y a reasegurarse, cuando ello resulte conveniente.

Además, el aseguramiento compulsivo, también en teoría, permite hacer a un lado el riesgo de insolvencia del obligado a resarcir; por último, el tercer beneficio que se ha tenido en cuenta al establecer la exigencia de seguro obligatorio es evitar el impacto que la condena a indemnizar traería sobre la actividad educativa, que podría llevarla a su cesación, si el pago de la indemnización obligara a la ejecución de las instalaciones y efectos del establecimiento.⁽⁹⁴⁾

Si bien no dudamos de los nobles motivos que llevaron a consagrar esta exigencia, la contemplación de la realidad argentina, especialmente en

(91) MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, G., "Función actual de la responsabilidad civil", en Concepción Rodríguez, José Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 37 y ss.

(92) REYNA, CARLOS, "Nota al art. 1117 CC", *op. cit.*

(93) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", *op. cit.*

(94) REYNA, CARLOS, "Nota al art. 1117 CC", *op. cit.*, p. 34.

materia de seguros, demuestra que en los últimos años frecuentemente el seguro obligatorio no ha dado los resultados buscados al imponerlo. Ello ocurre así por varias razones, entre las que sobresale que el Estado se ha mostrado ineficaz o impotente para controlar el cumplimiento de esta exigencia, lo que a la larga termina haciendo voluntaria esa obligatoriedad inicial.⁽⁹⁵⁾

Por caso, en materia de circulación automotor, se impusieron una serie de verificaciones técnicas mínimas del vehículo y el seguro obligatorio como condiciones para circular,⁽⁹⁶⁾ y —todos los días sin excepción— uno comprueba que por nuestras calles, avenidas y rutas circulan infinidad de vehículos que no cumplen ninguna de ambas exigencias, ya que son literalmente vetustos, no cumplen los requisitos ni de estado de conservación ni de aseguramiento.⁽⁹⁷⁾

No vemos por qué en este punto la situación deba ser distinta, ya que la inexistencia de controles relaja el cumplimiento de las obligaciones y así, como el establecimiento puede no contratar el seguro, puede pasar también que cumpla su obligación, pero la compañía aseguradora finalmente no responda o haya quebrado.⁽⁹⁸⁾

La remisión de la contratación del seguro a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora, sin otras medidas de control, hace que la manda constituya una expresión de deseos, que esperemos se cumpla, pero que no estamos seguros de que lo haga.

.....

(95) LÓPEZ MESA, MARCELO, en López Mesa, Marcelo J. y Trigo, Félix A., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. IV, p. 1169.

(96) Ver art. 68, ley 24.449.

(97) Sobre el particular ver LÓPEZ MESA, MARCELO, "Responsabilidad por accidentes de automotores", Bs. As., La Ley, 2014, t. I, pp. 419/485.

(98) No debe olvidarse que nuestro país, en las décadas de 1980 y 1990, lamentablemente, ha sido escenario del más difundido caso de quiebra masiva de empresas aseguradoras de que se tenga memoria. En esta línea, dice Kemelmajer de Carlucci que "tampoco es totalmente cierto que el seguro resuelva el problema en forma inmediata; la indemnización llegará razonablemente rápido siempre que no se decrete la liquidación de la aseguradora, riesgo frecuente en los tiempos que corren" (KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", *op. cit.*).

8 | La jurisprudencia de nuestros tribunales en torno al art. 1117 CC

Seguidamente repasaremos la interpretación de esa norma a la luz de los principales criterios seguidos por nuestros tribunales, tema en el que seguiremos de cerca cuanto dijéramos al respecto en nuestro “Sistema de jurisprudencia civil”.⁽⁹⁹⁾

Hemos ya dicho y reiteramos aquí que, dada la equivalencia sustancial de la nueva norma con el texto del art. 1117 CC, texto según ley 24.830, tales criterios seguirán teniendo vigencia luego del 15/08/2015.

Obvia aclaración es que no estamos de acuerdo con todos los criterios que espigamos debajo, pero creímos necesario referirlos a todos para que el muestreo jurisprudencial estuviera completo.

8.1 | Principales criterios en torno al art. 1117 CC

8.1.1. Interpretación de la norma

- a. El art. 1117 CC se encuentra signado por las siguientes líneas directrices:
 - 1) abandona la culpa presumida del docente, por lo que quien pretenda hacer responsable al docente o al director del colegio debe probar su culpa;
 - 2) consagra categóricamente la responsabilidad objetiva del centro de estudios; y 3) establece un régimen único, eliminando en este ámbito la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.⁽¹⁰⁰⁾
- b. La interpretación del art. 1117 CC en su actual redacción, autoriza como principio, la imputabilidad del establecimiento educativo por el daño sufrido por los alumnos, y su consiguiente responsabilidad, en los casos en que el daño ocurre dentro del ámbito horario y circunstancias propias del acontecer docente, sometido a la esfera de contralor de las autoridades o de los profesores.⁽¹⁰¹⁾

.....

(99) LÓPEZ MESA, MARCELO, *Sistema de jurisprudencia civil*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012, t. II, p. 2491 y ss.

(100) SCJ MENDOZA, Sala 1, “Mattus y otros c/ Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza”, 20/02/2003, en *LL Gran Cuyo* 2003 (junio), p. 371.

(101) CNCIV., Sala B, “M. C., P. E. c/ González, Mario y otros”, 26/06/2008, en *RCyS* 2008-IX, 50.

8.1.2. Establecimiento educativo: deberes a su cargo

- a. La obligación asumida por los establecimientos educativos conlleva la de poner en juego mecanismos y conductas tendientes a superar las características de los comportamientos de los menores, de modo que el alea inherente a la dificultad de prever sus acciones deba cargarse a la cuenta del deudor de la obligación de su cuidado, cuya liberación no será posible mediante la demostración de una conducta del menor a la se repute inesperada o imprevisible.⁽¹⁰²⁾
- b. El instituto de enseñanza debe realizar lo necesario para reintegrar al menor en las mismas condiciones en que se lo entregaron sus padres.⁽¹⁰³⁾ El establecimiento educativo tiene un deber de vigilancia respecto de los alumnos, por lo que para eximirse de responsabilidad por el daño causado a un educando en horas de clase debe probar que no pudo impedir el daño.⁽¹⁰⁴⁾
- c. Las instituciones educativas se encuentran tácitamente obligadas —a través de sus representantes— a devolver a los estudiantes menores de edad, al término de la actividad, en las mismas condiciones físicas y morales en las que los hubieran recibido, razón por la cual si aquellos sufren daños durante el desarrollo de sus actividades curriculares, nacerá la obligación de aquellas de indemnizarlos.⁽¹⁰⁵⁾
- d. Si el alumno sufre un daño durante el desarrollo de las actividades realizadas bajo el control de la autoridad educativa, nace la obligación del propietario del establecimiento de indemnizar los perjuicios sufridos, por incumplimiento del deber de seguridad de rango contractual.⁽¹⁰⁶⁾ Cabe responsabilizar al establecimiento educativo por los daños sufridos por un alumno al chocar con otro durante una práctica de rugby desarrollada en el campo de deportes de la referida entidad desde que dicho acontecimiento no constituye un caso fortuito, en tanto se trata de un hecho que podría haber sido evitado mediante el uso del correspondiente protector bucal.⁽¹⁰⁷⁾

(102) CCONT. Y ADM. TUCUMÁN, Sala I, "Zanzul, Francisco Guillermo y otra c/ Provincia de Tucumán y otra s/daños y perjuicios", 25/06/2012.

(103) CAPEL. CIV. Y COM. LOMAS DE ZAMORA, Sala 2, "Amen", 14/08/2003.

(104) CNAC. CIV. Y COM. FED., Sala I, "Mattioli, Carlos A. y otro c/ Prado, Jorge E. y otros", 18/04/2000, en RCyS 2001-408.

(105) CNCIV., Sala H, "Delgadillo, Julio y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ interrupción de prescripción", 08/07/2011.

(106) CNCIV., Sala C, "G., E. M. y otro c/ Colegio Galileo Galilei S. A. E. y otro", 04/09/2007, en JA 2007-IV, 466 y RCyS 2007, 1066.

(107) *Ibid.*

- e. Tratándose de menores de 7 años de edad, la obligación de prudencia y diligencia del establecimiento educacional se acentúa considerablemente, debido a que su falta de discernimiento los hace proclives a causarse y causar daños a terceros.⁽¹⁰⁸⁾

8.1.3. Responsabilidad del establecimiento educativo

- a. La obligación de enseñanza conlleva el deber de seguridad que gravita sobre los funcionarios que la imparten, aún considerada como la obligación accesoria de tomar todas las razonables medidas de vigilancia necesarias para evitar a los alumnos los daños que las circunstancias hagan previsibles.⁽¹⁰⁹⁾ Tratándose de daños sufridos por los alumnos, el deber de reparar del establecimiento educacional surge del incumplimiento de una obligación de seguridad asumida por su titular.⁽¹¹⁰⁾
- b. Siendo la responsabilidad del establecimiento educacional por los daños sufridos por los alumnos de naturaleza objetiva, es irrelevante todo intento de probar la no culpa en el cuidado y vigilancia.⁽¹¹¹⁾
- c. Debe responsabilizarse al establecimiento educativo por las lesiones que sufrió un menor que cayó de un juego situado en el patio de su propiedad, pues el accionado estaba obligado a preservar la integridad física del niño de acuerdo con el deber de seguridad que el art. 1117 CC establece, siendo irrelevante la prueba de su "no culpa".⁽¹¹²⁾
- d. El instituto educativo demandado resulta responsable ante los daños y perjuicios padecidos por un alumno que sufrió fracturas al ser empujado por uno de sus compañeros en una clase de educación física pues, siendo que el hecho aconteció dentro de sus instalaciones y mientras el estudiante se encontraba a cargo de docentes, tanto su cuidado como la vigilancia del agresor se encontraba en cabeza del colegio, en tanto la obligación asumida por este contempla no solo la de educar, sino también un indudable deber de seguridad.⁽¹¹³⁾
- e. El propietario del establecimiento educativo es responsable por las lesiones que sufrió un alumno al ser atacado por un compañero durante el recreo, pues el hecho bien pudo haber sido evitado si se hubiera adoptado una conducta diligente por quienes tenían a su cargo la custodia y cuidado de los menores, en

(108) CNCiv., Sala I, "R., S. B. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros", 06/07/2004.

(109) SCJ Bs. As., 11/06/2008, en RCyS 2009-II, 89.

(110) SCJ MENDOZA, Sala 1, "Arias, Juan D. y otros c/ Dirección General de Escuelas", 17/11/2003.

(111) *Ibid.*

(112) CNCiv., Sala K, "Corfield, Carlos c/ Plaul, Adriana G. y otros", 20/12/2004, en LL 2005-B-473.

(113) CNCiv., Sala A, "G., R. J. c/ Babar Bilingual School Dominique Seguin", 03/07/2009.

- tanto fue acreditado que la agresión fue el corolario de una pelea desarrollada durante toda la jornada, que tornaba absolutamente previsible la producción de algún desenlace trágico.⁽¹¹⁴⁾
- f. Es responsable el colegio por los daños sufridos por un alumno en razón de riesgos excepcionales creados en ámbitos destinados al uso de los niños, mediante la autorización de que se instalasen cosas peligrosas para ellos.⁽¹¹⁵⁾
 - g. El demandado es responsable, en los términos del art. 1117 CC, por la muerte de un alumno que se ahogó en un campamento, pues la contingencia consistente en bañarse en una pileta se trató de una actividad fuera de planificación, que debió ser controlada o verificada previamente la existencia de guardavidas, personal idóneo, equipos y medios de transporte.⁽¹¹⁶⁾
 - h. El colegio demandado es responsable por los daños que sufrió un alumno al ser agredido por compañeros, pues, la circunstancia de que los niños se hallaran en la institución educacional cuando cometieron el hecho dañoso constituye una causal inconfundible que exonera de responsabilidad a sus padres como lo dispone el art. 1115 CC, pues han transferido la guarda de sus hijos al establecimiento.⁽¹¹⁷⁾
 - i. El centro de día al que asistía una menor discapacitada debe responder por los daños y perjuicios derivados del abuso sexual que esta sufrió en sus instalaciones por parte de otro menor con discapacidad, en tanto se incurrió en un incumplimiento del deber de vigilancia que pesaba como obligación de seguridad y que se presentaba como de imprescindible y especial cumplimiento debido a las patologías de los concurrentes.⁽¹¹⁸⁾

8.1.4. Responsabilidad por daños sufridos en establecimientos escolares: legitimados pasivos

- a. Son responsables del accidente que sufrió un alumno el colegio bajo cuya guarda se encontraba y la empresa dueña de las instalaciones que entrañaban un claro riesgo: el primero, como derivación del contrato de enseñanza; y la segunda, de orden extracontractual.⁽¹¹⁹⁾

(114) CAPEL. CIV. Y COM. AZUL, Sala II, "A. H. A. y ot. c/ B. M. H. y otros s/daños y perjuicios", 14/05/2013, en *LLBA* 2013 (septiembre), p. 885 y *ED* 254-315.

(115) CNCIV., Sala F, "González, Pedro c/ Miniphone S.A. y otros", 23/12/2003, en *JA* 2004-III-352.

(116) CAPEL. CIV., COM., LAB. Y MINERÍA NEUQUÉN, Sala III, "M., J. C. y otro c/ D., J. D. y otro", 03/09/2012, en *LL Patagonia*, 2013 (abril), p. 856.

(117) CNCIV., Sala L, "G., R. M. c/ Inst. Inmaculada Concepción de Nuestra Sra. de Lourdes y otros", 02/02/2012, en *RCyS* 2012-IV, p. 145.

(118) CAPEL. CIV. Y COM. JUNÍN, "G., M. D. C. c/ D., M. E. y otros s/daños y perj. por del. y cuasid. sin uso autom.", 15/11/2011, en *RCyS*, 2012-II, 18.

(119) CNCIV., Sala F, 23/12/2003, fallo cit.

- b. La responsabilidad objetiva del colegio por los daños causados a sus alumnos no puede extenderse al organizador del evento deportivo en el que se produjo el perjuicio, pues no puede entenderse que el empresario haya asumido una obligación de seguridad frente a los colegios participantes respecto de las contingencias propias del deporte.⁽¹²⁰⁾

8.1.5. Presunciones y prueba de la responsabilidad del establecimiento

A efectos de obtener el resarcimiento correspondiente por los daños sufridos el damnificado, en el caso de ilícitos civiles cometidos en ocasión de la enseñanza, solo deberá probar la condición de alumno, la lesión, la relación de causalidad entre el ilícito cometido por otro alumno o generado por la cosa, y que había control de la autoridad educativa.⁽¹²¹⁾ Si el daño se produjo dentro del establecimiento educativo, aunque el alumno no haya sido citado ese día para alguna actividad específica, debe presumirse que acaeció mientras este estaba bajo el control de la autoridad educativa, toda vez que le fue permitido el acceso al colegio.⁽¹²²⁾

8.1.6. Causales de exoneración del establecimiento educativo

- a. Tratándose del propietario de un establecimiento educativo y del deber de responder que pesa a su respecto con relación a los daños que sufran los alumnos, se aplica un régimen de presunciones de responsabilidad *iuris tantum*, aunque con cierta rigidez en cuanto a la demostración del eximente de responsabilidad, porque solo podrá relevarse de responder demostrando el caso fortuito, sin que a tal fin alcance con la comprobación de la inculpabilidad ni eventualmente con la culpa de un tercero o de la víctima.⁽¹²³⁾
- b. La participación que el alumno agredido en horas de clase pueda haber tenido en los hechos que culminaron en el evento dañoso no tiene influencia alguna en la responsabilidad que compete al establecimiento educativo.⁽¹²⁴⁾

.....

(120) CNCiv., Sala E, "Tissera, Eduardo y otros c/ Colegio San Andrés y otros", 20/05/2003, en LL 2003-F-674, voto del Dr. Calatayud.

(121) CNCiv., Sala C, "Ronqui, María I. y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios", 29/06/2006.

(122) *Ibid.*

(123) CNCiv., Sala B, 26/06/2008, fallo cit.

(124) CNAC. CIV. Y COM. FED., Sala I, 18/04/2000, fallo cit.

- c. El solo conocimiento de los riesgos de la navegación por los padres de los alumnos del Liceo Naval no excluye ni limita la responsabilidad de la Armada Argentina, en la medida en que el deceso se produjo por negligencia de un dependiente de esta, y mientras los muchachos se encontraban bajo la guarda, el cuidado y el control de la institución educativa.⁽¹²⁵⁾
- d. No puede atribuirse a los padres la culpa del accidente sufrido por una niña en el instituto de enseñanza, pues no estaba bajo su guarda.⁽¹²⁶⁾
- e. Solo el caso fortuito ajeno al responsable o al riesgo propio de la tarea es idóneo para liberar de responsabilidad al establecimiento educativo, ello conforme a lo establecido en el art. 1117 CC reformado por la ley 24.830.⁽¹²⁷⁾
- f. El establecimiento educativo no responde por los perjuicios que habría sufrido un alumno como consecuencia del supuesto maltrato dispensado en la escuela, pues no solamente no se acreditaron los hechos invocados, sino que se probó que las patologías presentadas por el menor eran preexistentes a su ingreso y ajenas al riesgo propio de la actividad educativa, como así también que las reacciones que adoptaba intempestivamente eran imprevisibles y, en consecuencia, inevitables.⁽¹²⁸⁾

8.1.7. Caso fortuito

- a. La expresión “caso fortuito” contenida en el art. 1117 CC como única eximente debe ser entendida en sentido amplio, comprensiva de todo hecho que se presente como imprevisible e inevitable, caracteres que puede, excepcionalmente, tener la conducta de la propia víctima cuando el menor tiene más de 10 años.⁽¹²⁹⁾
- b. No existe caso fortuito si, con una diligencia razonable, pudo evitarse el daño producido al menor ya que la verificación de las condiciones aptas para el cuidado de niños aparece comprendida en el inexcusable deber de seguridad ínsito en el contrato celebrado.⁽¹³⁰⁾ Solo el caso fortuito ajeno al comportamiento

.....

(125) CNAC. CIV. Y COM. FED., Sala I, 14/04/2005, “Carriero”, AP Online 1/1007243.

(126) CAPEL. CIV. Y COM. LOMAS DE ZAMORA, Sala 2, “Amen”, fallo cit.

(127) CNCIV., Sala C, 04/09/2007, fallo cit.

(128) CNCIV., Sala H, “R., P. B. c/ Escuela Nro. 3 Juan Ángel Golfarini y otros s/ daños y perjuicios”, 18/03/2013. Se aclaró en ese fallo que las estrategias llevadas adelante por un establecimiento educativo para contener a un alumno con una patología psicofísica preexistente —en el caso, apartarlo de sus otros compañeros en situaciones de crisis, acompañarlo con una maestra de recuperación, asignarle jornadas escolares reducidas— no constituyen un supuesto de discriminación, ya que el trato dispensado no resultó arbitrario sino que obedeció a las particulares características personales del niño.

(129) SCJ MENDOZA, Sala 1, 20/02/2003, fallo cit.

(130) CNCIV., Sala A, “Bustos de Cora”, 08/07/2004.

de los educandos o el hecho de un tercero extraño a los riesgos cubiertos por la obligación de seguridad del establecimiento educacional resultan aptos para lograr la liberación de responsabilidad de este.⁽¹³¹⁾

- c. Los establecimientos educativos deben responder por las lesiones de sus alumnos, aun cuando el daño se haya producido por caso fortuito, si se trata de una contingencia previsible en abstracto para el colegio.⁽¹³²⁾ El empujón que un compañero propina a otro durante el recreo, provocándole daños o lesiones, no puede ser considerado como caso fortuito y eximir de la responsabilidad objetiva a los propietarios de los establecimientos educativos.⁽¹³³⁾
- d. No configura caso fortuito que exima de responsabilidad al establecimiento educativo por los daños ocasionados a un alumno el hecho de arrojar los alumnos lapiceras y otros útiles durante la clase si surge que se trataba de un hecho reiterado y por ende previsible, para nada ajeno a la actividad educativa.⁽¹³⁴⁾

8.1.8. Culpa de la víctima

- a. El art. 1117 CC, al imponer a los propietarios de los establecimientos educativos como sujeto pasivo de la responsabilidad por los daños causados y sufridos por los alumnos menores de edad cuando se hallaren bajo su control y solo excusar esa responsabilidad en el caso en que probaran el caso fortuito, consagra un caso extremo de responsabilidad objetiva que excluye tanto la eximente de falta de culpa como la culpa de la víctima o de un tercero.⁽¹³⁵⁾
- b. El hecho de que la alumna damnificada pudiera tener pleno discernimiento y voluntad al contar con diecisiete años de edad y que conociera los riesgos propios de la actividad que estaba llevando a cabo junto con sus compañeros —en dicho caso, la conducta negligente consistió en correr dentro de un aula en espacios reducidos—, no deslinda la responsabilidad de la institución educativa por el daño que aquella sufrió, más la circunstancia de que el accionar responsable de esta haya ocasionado el daño, debe meritarse al cuantificar la indemnización por daño moral.⁽¹³⁶⁾

.....

(131) CNCiv., Sala I, "R., S. B. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros", fallo cit.

(132) CAPEL. CIV. COM. CÓRDOBA 6ª NOM., "Tissera, Ricardo A. c/ Instituto Secundario José Hernández", 21/10/2002, en *LLC*, 2003 (mayo), p. 486.

(133) 4ª CAPEL. CIV. COM. MINAS, DE PAZ Y TRIB., MENDOZA, "Núñez, María E. R. c/ Dirección General de Escuelas", 25/02/2004, en *LL Gran Cuyo*, 2004 (noviembre), p. 990.

(134) CNCiv., Sala M, "P., G. S. y otro c/ Orden de los Frailes Menores Capuchinos", 07/11/2005.

(135) CAPEL. CIV. Y COM. MERCEDES, Sala I, "Sfoggia, María M. c/ Provincia de Mendoza y otros", 09/10/2008.

(136) CAPEL. CIV. Y COM. RESISTENCIA, Sala III, "Medina, María José c/ Provincia del Chaco (Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología) y/o q.r.r.", 21/04/2009.

8.1.9. Caso fortuito: concepto y supuestos diversos

- a. La expresión “caso fortuito” (art. 1117 CC), aun respecto de los daños sufridos por los alumnos, debe ser entendida en sentido amplio, comprensiva de todo hecho que se presente como imprevisible e inevitable, —caracteres que puede, excepcionalmente, tener la conducta de la propia víctima—. Para la determinación de tales recaudos hay que atender a las circunstancias del caso, y especialmente a la edad del menor.⁽¹³⁷⁾ Dicha expresión como única eximente debe ser entendida en sentido amplio, comprensiva de todo hecho que se presente como imprevisible e inevitable, caracteres que puede, excepcionalmente, tener la conducta de la propia víctima cuando el menor tiene más de diez años. Para la determinación de tales recaudos debe atenderse a las circunstancias del caso, y especialmente a la edad del menor.⁽¹³⁸⁾
- b. No existe caso fortuito si con una diligencia razonable pudo evitarse el daño producido al menor ya que la verificación de las condiciones aptas para el cuidado de niños aparece comprendido en el inexcusable deber de seguridad ínsito en el contrato celebrado.⁽¹³⁹⁾ Solo el caso fortuito ajeno al comportamiento de los educandos o el hecho de un tercero extraño a los riesgos cubiertos por la obligación de seguridad del establecimiento educacional resultan aptos para lograr la liberación de responsabilidad de este.⁽¹⁴⁰⁾
- c. Los establecimientos educativos deben responder por las lesiones de sus alumnos, aun cuando el daño se haya producido por caso fortuito, si se trata de una contingencia previsible en abstracto para el colegio, lo que ocurre cuando las mismas suelen ocurrir según el curso natural y ordinario de las cosas.⁽¹⁴¹⁾ El empujón que un compañero propina a otro durante el recreo provocándole daños o lesiones no puede ser considerado como caso fortuito y eximir de la responsabilidad objetiva prevista en el nuevo texto del art. 1117 CC, para los propietarios de los establecimientos educativos.⁽¹⁴²⁾
- d. El establecimiento educativo que organizó y supervisó un partido de fútbol es responsable en los términos del art. 1117 CC ante el daño sufrido por un alumno

.....

(137) SCJ MENDOZA, Sala 1, “Arias, Juan D. y otros c/ Dirección General de Escuelas”, fallo cit.

(138) SCJ MENDOZA, Sala 1, “Mattus, Jorge C. c/ Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza”, 20/02/2003.

(139) CNCIV., Sala A, “Bustos de Cora de Ghini, Lucas y otros c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles y otros”, 08/07/2004.

(140) CNCIV., Sala I, “R., S. B. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, fallo cit.

(141) CAPEL. CIV. COM. CÓRDOBA 6ª NOM., “Tissera, Ricardo A. c/ Instituto Secundario José Hernández”, fallo cit.

(142) 4ª CAPEL. CIV. COM. MINAS, DE PAZ Y TRIB., MENDOZA, “Núñez, María E. R. c/ Dirección General de Escuelas”, fallo cit.

menor de edad, toda vez que no se configura imprevisibilidad alguna que pueda eximirlo de responsabilidad debido a que la posibilidad de que se produzca un choque entre dos jugadores y uno resulte lesionado es algo natural, máxime si se considera que en el caso los mismos organizadores no podían ignorar que, haciendo participar también a los alumnos mayores de edad, la mayor contextura física de estos podía causar lesiones a los menores, como finalmente ocurrió.⁽¹⁴³⁾

- e. El establecimiento educativo resulta responsable por el accidente sufrido por una alumna de 9 años que al ingresar corriendo del recreo impactó con una puerta de vidrio que le produjo fractura de tibia, pues aquel no probó que la conducta de la víctima haya tenido tal grado de irrazonabilidad, anormalidad y temeridad que permitan apreciarla como un caso fortuito, imprevisible e inevitable.⁽¹⁴⁴⁾
- f. No configura caso fortuito que exima de responsabilidad al establecimiento educativo por los daños ocasionados a un alumno el hecho de arrojar los alumnos lapiceras y otros útiles durante la clase si surge que se trataba de un hecho reiterado y por ende previsible para nada ajeno a la actividad educativa, máxime si las alumnas declararon que la clase se hallaba fuera del control de la profesora de turno quien no mostraba carácter para mantenerlo ordenado.⁽¹⁴⁵⁾

8.1.10. Actos de un tercero

Es responsable la institución educativa de las lesiones recibidas por un alumno por el accionar de un tercero desconocido que se dio a la fuga, lo que se había producido en ocasión de haber concurrido a una instalación deportiva fuera del predio escolar a fin de realizar este tipo de prácticas a cargo de docentes del instituto (conf. causa N° 5595/93, in re "Romano", fallo del 11/03/1997), y más cerca en el tiempo, a la Armada Argentina por el fallecimiento de un grupo de cadetes del Liceo Naval Almirante Brown en navegación de instrucción por el Río de la Plata (ver "Carreiro", fallo del 14/04/2014).⁽¹⁴⁶⁾

8.1.11. Ausencia de responsabilidad del titular del centro

El establecimiento educativo, su director y un docente no pueden ser responsabilizados ante el daño sufrido por un alumno que fue golpeado por un compañero fuera del establecimiento y durante un receso concedido

(143) CAPEL. CIV. Y COM. MERCEDES, Sala I, "Sfoggia, María M. c/ Provincia de Mendoza y otros", fallo cit.

(144) 2ª CAPEL. CIV., COM., MINAS, DE PAZ Y TRIB. MENDOZA, "Calibar, Carla S. c/ Dirección General de Escuelas", 08/11/2005, en LL *Gran Cuyo* 2006 (febrero), p. 110.

(145) CNCiv., Sala M, "P., G. S. y otro c/ Orden de los Frailes Menores Capuchinos", fallo cit.

(146) CNAC. CIV. Y COM. FED., Sala I, "Bea, Héctor y otro c/ Estado Nacional s/ Daños y Perjuicios", 17/05/2005.

por el profesor en el marco de una clase de apoyo dictada en un día sábado y de voluntaria asistencia, pues el accidente no ocurrió en la escuela ni los partícipes estaban en ese momento bajo la supervisión de las autoridades del establecimiento, y pretender una permanente observación sobre cada uno de los alumnos que eran libres de quedarse o alejarse al no tratarse de una jornada hábil, se exhibe a priori como una exigencia desmesurada.⁽¹⁴⁷⁾

8.1.12. Responsabilidad del director de establecimientos educativos

- a. El “director” del colegio, en los términos del art. 1117 CC no es solo el “director registral” sino, en términos muy generales, toda aquella persona que de uno u otro modo ejerce funciones directivas en institutos de enseñanza —directores propiamente dichos, rectores, regentes, prefectos, etc.—.⁽¹⁴⁸⁾
- b. El texto del art. 1117 CCyC deslegitima pasivamente a la directora del establecimiento educativo por los daños sufridos por un alumno, de modo que a su respecto rige pura y plenamente el art. 1109 del mismo ordenamiento, razón por la cual es el damnificado quien debe demostrar la culpa del director.⁽¹⁴⁹⁾
- c. Sin embargo, en otro fallo se dijo que tanto la jurisprudencia como la doctrina han declarado pertinente, en principio, aplicar el art. 1113 CC respecto de los institutos educativos con relación a los alumnos durante las horas en que asisten, lo cual lleva a los directores de los colegios a asumir las consecuencias de los actos de estos que perjudiquen a terceros, sin perjuicio, claro está, de los específicos supuestos eximentes. Correlativamente con ello, cuando se deben cumplir tareas (educativas o recreativas) fuera de las instalaciones de la institución, es posible afirmar que quien debe responder es quien tiene la guarda del menor por encontrarse a su cargo, lo que viene impuesto implícitamente por el deber de vigilancia y seguridad personal de los alumnos, lo que alcanza a la integridad física de estos, por lo cual deben tomar todas las medidas que la prudencia común y las circunstancias del caso exijan a poco que se repare que la esfera de custodia de los padres ha sido entregada a quienes los reemplacen (902, 1115). En alguna medida esta tesis ha sido receptada en un fallo de la Sala 2 del fuero, cuando —no tratándose de un caso idéntico al de autos— se atribuyó la responsabilidad sobre quien cabía el cuidado de alumnas adolescentes alojadas en un hotel que fue robado, mediante la omisión de haber adoptado los resguardos de guardia o custodia que exigía la naturaleza de las cosas, en las circunstancias de lugar y tiempo que le tocó vivir (ver caso “Moralejo”, del 12/10/1995).⁽¹⁵⁰⁾

(147) CNCiv., Sala B, 26/06/2008, fallo cit.

(148) CNCiv., Sala D, “Lanzillotta, Humberto J. y otro c/ Escuela del Sol y otro”, 18/03/1998.

(149) CCNCiv., Sala B, “Rosciano, Vicente y otros c/ Instituto San Pío X”, fallo cit.

(150) *Ibid.*

- d. La directora de un centro de día no puede ser responsabilizada personalmente por los daños y perjuicios sufridos por una menor discapacitada que sufrió un abuso sexual en sus instalaciones por parte de otro menor con discapacidad, dado que una falla organizacional en la prestación del servicio no significa que hubiera obrado con negligencia ni que estuviera ausente o dejara de impartir órdenes o instrucciones necesarias.⁽¹⁵¹⁾

9 | Comparación entre el art. III7 CC y el nuevo art. 1767 CCyC

Para permitir una rápida comparación de los principales cambios entre el viejo y el nuevo sistema de responsabilidad, nos pareció útil insertar la siguiente tabla:

Aspectos a considerar	Art. III7 CC original	Art. III7, ley 24.830	Art. 1767 CCyC
Sistema de responsabilidad	De base subjetiva	Objetivo agravado	Objetivo agravado
Seguro obligatorio	No contempla	Seguro obligatorio	Seguro obligatorio
Legitimación pasiva	Directores de colegios y maestros artesanos	Propietarios de establecimientos educativos	Titulares de un establecimiento educativo
Factor de atribución	Culpa <i>in vigilando</i>	Obligación legal de garantía	Obligación legal de garantía
Sujetos por los que se responde	Alumnos o aprendices mayores de 10 años	Alumnos menores de edad, actuando bajo el control del establecimiento	Alumnos menores de edad, actuando bajo el control del establecimiento
Daños que resarce	Daños causados por alumnos o aprendices	Daños causados o sufridos por alumnos menores cuando se hallaren bajo el control de la autoridad educativa	Daños causados o sufridos por alumnos menores cuando se hallaren bajo el control de la autoridad escolar

.....

(151) CAPEL. CIV. Y COM. JUNÍN, "G., M. D. C. c/D., M. E. y otros s/daños y perj. por del. y cuasid. sin uso autom.", fallo cit.

Aspectos a considerar	Art. 1117 CC original	Art. 1117, ley 24.830	Art. 1767 CCyC
Eximentes de responsabilidad	Falta de culpa	Caso fortuito	Caso fortuito
Ámbito de aplicación de la norma	Sin especificar	Establecimientos públicos o privados de enseñanza, no terciarios o universitarios	Establecimientos privados de enseñanza, no superior o universitarios

10 | Observaciones

Habrá podido verse, hasta aquí, que el terreno donde se aposenta el tema abordado es difícil, está plagado de estrechos desfiladeros que hacen al viaje apasionante, aunque ciertamente peligroso para los aficionados, que fácilmente pueden perderse o caer en abismos insondables.

Se requerirá, por tanto, de la labor profesional de jueces y abogados, en especial, de jueces experimentados y conocedores de su *mettier*, para extraer del nuevo Código Civil y Comercial en todas las materias —y especialmente en esta— los mejores frutos.

Como cierre de este estudio, me gustaría transcribir las palabras del gran maestro español Alejandro Nieto:

Frente a la opinión dominante (que no unánime), mi tesis (...) consiste en la afirmación de que **en la ley** (aquí en el sentido de ordenamiento jurídico) **no se encuentra la solución de los conflictos singulares** debido a que, como es patente, es abstracta y general mientras que los conflictos forenses son individuales y concretos. Hay, por tanto, un salto funcional entre la ley y la sentencia y, por ello mismo, son distintos sus autores: el legislador y el juez. El legislador sabe perfectamente que él no puede resolver los conflictos concretos y en consecuencia encomienda tal tarea a otro sujeto distinto —el juez—, de la misma manera que el juez sabe que el objeto de sus sentencias es la solución del conflicto singular —y nada más— cuyo conocimiento se le ha sometido.⁽¹⁵²⁾

(152) NIETO, ALEJANDRO, "Sobre los abogados", en Nieto, Alejandro y Fernández, Tomás Ramón, *El Derecho y el revés*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 44.

Y agrega el citado catedrático español:

Sentado esto, ¿para qué vale entonces la ley? El Poder Legislativo, ya que no puede resolver conflictos individuales **sienta criterios, orientaciones, directrices que pone a disposición del juez**, para que este resuelva bajo su propia responsabilidad. El juez tiene en una mano los “hechos” (que selecciona y valora por su cuenta) y en otra los textos legales (que también selecciona y de los que elabora las normas jurídicas subsiguientes) y, conjugando ambos elementos, dicta sentencia. Las leyes sin los hechos son inertes, de la misma manera que los conflictos de intereses sin las leyes solo podrían ser resueltos extrajudicialmente (juicios de equidad, convenios entre partes). La sentencia es la solución jurídica de los conflictos concretos o, en otras palabras, la “encarnación” de la ley.⁽¹⁵³⁾

Esperemos que las sentencias judiciales que se dicten aplicando el Código Civil y Comercial cumplan su cometido e, inteligentemente, logren hacer enraizar rápidamente y en forma sustentable la nueva norma en el viejo suelo de nuestro derecho civil, para beneficio del pueblo, que es el destinatario final de leyes y sentencias.

Un juez inteligente y dedicado puede hacer justicia sustancial con este Código, como pudo hacerla con el Código de Vélez.

Claro que se necesitará de muchos magistrados de esta categoría, al menos durante los primeros años de vigencia de la norma, para que los objetivos buscados al sancionarla se concreten.

.....

(153) NIETO, ALEJANDRO, “Sobre los abogados”, *op. cit.*, p. 44.

Derecho a la educación inclusiva en la legislación y las políticas educativas. Algunas reflexiones⁽¹⁾

por **SOFÍA MINIERI**⁽²⁾

I | Introducción

El 21 de diciembre de 2008, el Congreso Nacional sancionó la ley 26.378 a través de la cual el Estado argentino ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPCD), el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI. La CDPCD no solo consagra un nuevo paradigma en materia de discapacidad sino que, además, reafirma que el derecho de las personas con discapacidad (en adelante, PCD) a la educación es un derecho a la educación inclusiva. En otras palabras, la CDPCD enfatiza que los alumnos con discapacidad tienen derecho a aprender en escuelas comunes, junto a alumnos sin discapacidad, y a recibir una educación de calidad que responda a sus necesidades, deseos e intereses.

Sin embargo, más de seis años después de haber ratificado la CDPCD, el Estado argentino aún no ha avanzado en el pleno reconocimiento del derecho a la educación inclusiva. En consecuencia, un gran número de niños, niñas y jóvenes con discapacidad que viven en Argentina no asiste

.....

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogada graduada de la Universidad Torcuato Di Tella (2012). Durante 2012, se desempeñó como asesora jurídica de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Actualmente se desempeña como abogada en el Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Asociación por los Derechos Civiles.

a la escuela. Asimismo, aquellos alumnos que sí concurren a un establecimiento de educación común deben enfrentar un sinnúmero de barreras para acceder a una educación inclusiva.

En las páginas que siguen, comenzaré describiendo el Modelo de Derechos Humanos, el nuevo paradigma sobre la discapacidad consagrado en la CDPCD (Sección I). A la luz de este paradigma, analizaré el contenido y alcance del derecho de las PCD a la educación inclusiva (Sección II). Asimismo, sobre la base de este análisis, esbozaré algunas reflexiones fundamentales sobre los avances y desafíos pendientes en el reconocimiento de ese derecho en la legislación y las políticas públicas educativas (Sección III). Finalmente, describiré cómo la omisión del Estado en avanzar en el pleno reconocimiento del derecho a la educación inclusiva impide que las PCD tengan acceso a una educación de calidad en las escuelas comunes argentinas (Sección IV).

2 | La CDPCD y un nuevo paradigma sobre la discapacidad

Tal como señala Agustina Palacios,

la CDPCD aporta un cambio de mirada sobre la discapacidad: deja de conceptualizarla como una limitación de la persona, para redefinirla desde la construcción de las relaciones sociales y desde las dinámicas de construcción y exclusión de “otros”, legitimadas en nuestras sociedades a través de barreras —arquitectónicas, comunicacionales, culturales, sociales y legales— que impiden el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad para las personas con diversidad funcional.⁽³⁾

En términos más precisos, la CDPCD determinó la consolidación del Modelo de Derechos Humanos, un nuevo paradigma de la discapacidad que retoma muchos de los postulados fundamentales del Modelo Social de Discapacidad.⁽⁴⁾

(3) PALACIOS, AGUSTINA, “La necesidad de adecuación de la Ley de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica”, en *Discapacidad, Justicia y Estado: género, mujeres, niñas y niños con discapacidad*, Pablo O. Rosales (dir.), Bs. As., Ediciones Infojus, 2013, p. 143.

(4) Ver ORLANDO, MAGDALENA, “Una mirada complementaria de la educación inclusiva en Argentina”, Asociación por los Derechos Civiles, 2013, [en línea] <http://www.adc.org>.

A la luz del Modelo Social de Discapacidad, que comienza a perfilarse en Estados Unidos e Inglaterra a finales de la década de 1970, “las causas que originan la discapacidad no son individuales —de la persona afectada—, sino sociales —por la manera en que se encuentra diseñada la sociedad”.⁽⁵⁾ Así, la discapacidad no está configurada por una “patología” o “déficit percibido” de las personas, sino por “factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con diversidad funcional, vivir una vida en sociedad”.⁽⁶⁾

En consonancia con esta concepción de la discapacidad, el inciso e) del Preámbulo de la CDPCD describe a la discapacidad como “un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con déficits y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Asimismo, el art. 1º CDPCD establece que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

El mismo artículo enfatiza que el propósito de la CDPCD “es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las PCD, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Así, al caracterizar a la persona con discapacidad, el Modelo de Derechos Humanos plasmado en la CDPCD pone el foco “en primer término, en su condición de ser humano en igualdad de derechos y dignidad que los demás y, en segundo lugar, en una condición (la discapacidad) que le acompaña, y que requiere en determinadas circunstancias de medidas específicas para garantizar el goce y ejercicio de los derechos, en igualdad de condiciones que el resto de las personas”.⁽⁷⁾

ar/2013/wp-content/uploads/2013/12/ANEXOS-Informe-Educaci%C3%B3n-Inclusiva.pdf, p. 5.

(5) PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2008, p. 103.

(6) *Ibid.*, p. 123.

(7) PALACIOS, AGUSTINA y BARIFFI, FRANCISCO, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2007, p. 23.

Tal como describiremos en la sección que sigue, para promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad del derecho de las PCD a la educación, el Modelo de Derechos Humanos consagrado en la CDPCD exige “un compromiso moral con la inclusión de todas las personas dentro de un sistema educativo, como parte de un compromiso más amplio que aspira a la inclusión de todas las personas dentro de la sociedad”.⁽⁸⁾

3 | El derecho a la educación inclusiva en la CDPCD

En virtud de lo dispuesto en el art. 24 CDPCD, los Estados parte de la Convención “reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida”.

De esta manera, “el artículo 24 de la Convención (...) reafirma el derecho de las personas con discapacidad a la educación y (...) señala que la educación inclusiva es el medio de hacer efectivo el derecho universal a la educación para las personas con discapacidad”.⁽⁹⁾

Ahora bien, pese a que la CDPCD no consagra un nuevo derecho, su aprobación significó un paso decisivo a la hora de promover el derecho de las PCD a la educación inclusiva por, al menos, dos razones. En primer lugar, a diferencia de otros documentos internacionales que la precedieron, la Convención es un tratado vinculante para los Estados partes. Esto determina que la Convención no se limite a esbozar el principio de inclusión educativa, sino que establezca en forma expresa que el derecho a la educación de las PCD es un derecho a la educación

.....

(8) PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., p. 132.

(9) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”, 18/12/2013, A/HRC/25/29, parág. 18.

inclusiva y que los Estados tienen el deber de garantizar este derecho.⁽¹⁰⁾ Asimismo, la Convención “avanza un paso más, al determinar los estándares básicos y los medios instrumentales”⁽¹¹⁾ que los Estados deben implementar para garantizar ese derecho. De esta manera, presenta “una ventaja central: se expide sobre el ‘qué’ hacer en términos de la dirección estratégica, aunque reconociendo que el ‘cómo’ (formas, tiempos, prioridades, etc.) dependerá de las condiciones de cada sociedad”.⁽¹²⁾

Así, el art. 24 CDPCD dispone que, al hacer efectivo el derecho a la educación inclusiva, los Estados deben adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar que “las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad”. En virtud de lo dispuesto en esta disposición, los alumnos con discapacidad tienen derecho a aprender en escuelas comunes, junto a alumnos sin discapacidad. En consecuencia, los Estados “deben crear bajo los auspicios del respectivo Ministerio de Educación un sistema educativo inclusivo que prohíba el rechazo en las escuelas convencionales por motivos de discapacidad”.⁽¹³⁾

No obstante, debe tenerse en cuenta que, a fin de promover el derecho a la educación inclusiva, no basta con que los Estados garanticen que los alumnos con discapacidad sean admitidos en las aulas comunes. Por el contrario, las autoridades educativas deben asegurarse de que los alumnos con discapacidad, al igual que el resto de los alumnos, reciban una educación de calidad que responda a sus necesidades, deseos e intereses. Con ese fin, la CDPCD obliga a los Estados a realizar ajustes razonables

(10) *Ibid.*

(11) ACUÑA, CARLOS; BULIT GOÑI, LUIS; CHUDNOVSKY, MARIANA y REPETTO, FABIÁN, “Discapacidad: derechos y políticas públicas” en Acuña, Carlos y Bulit Goñi, Luis (comps.), *Políticas sobre la Discapacidad en la Argentina. El desafío de hacer realidad los derechos*, Bs. As., Editorial Siglo Veintiuno, 2010, p. 26.

(12) *Ibid.*

(13) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación... cit., § 71.

para responder a las necesidades individuales de los alumnos y poner a su disposición medidas de apoyo personalizadas y efectivas.⁽¹⁴⁾

De esta manera,

Los sistemas educativos inclusivos están diseñados para atender a una colectividad de estudiantes diversos; ahora bien, aun los sistemas educativos inclusivos más avanzados pueden presentar lagunas en su diseño debido a las necesidades específicas de los estudiantes. Ante esa situación, un sistema inclusivo debería revisar su práctica para determinar si es posible subsanar esas lagunas de forma sistémica o mediante ajustes razonables.⁽¹⁵⁾

El art. 2° CDPCD define a los ajustes razonables como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. En el caso del derecho a la educación inclusiva, la adopción de ajustes razonables está orientada a “garantizar que toda persona con discapacidad tenga acceso a la educación en el sistema existente en condiciones de igualdad con los demás”.⁽¹⁶⁾

El art. 24 CDPCD también obliga a los Estados a garantizar que “se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva”⁽¹⁷⁾ y “se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión”.⁽¹⁸⁾ Las medidas de apoyo deben definirse caso a caso, tomando en cuenta las necesidades, intereses y deseos de

(14) Art. 24, inc. 2. c), d) y e) CDPCD.

(15) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación... cit., § 42.

(16) *Ibid.*, parág. 41. Debe enfatizarse que la denegación de ajustes razonables constituye una forma de “discriminación por motivos de discapacidad” prohibida por la CDPCD (ver art. 2° CDPCD).

(17) Art. 24, inc. 2. d) CDPCD.

(18) Art. 24, inc. 2. e) CDPCD.

cada alumno en particular y de las barreras presentes en el ámbito escolar que impiden u obstaculizan su inclusión educativa. Estas medidas suelen incluir la asistencia de maestras de apoyo, modificaciones a los programas de estudio, adaptaciones pedagógicas en los métodos de enseñanza y evaluación, adecuaciones edilicias, provisión de materiales adaptados a las características de los alumnos, entre muchas otras.

De esta manera, el reconocimiento del derecho a la educación inclusiva requiere modificar mucho de los rasgos fundamentales de los sistemas educativos. En la actualidad, por regla, todos los estudiantes que asisten a escuelas comunes aprenden siguiendo un plan de estudio común que es diseñado sobre la base de las características y necesidades de aquellos alumnos considerados "normales". A la luz de este plan de estudios, se espera que todos los estudiantes aprendan los mismos contenidos, siguiendo los mismos métodos de enseñanza y el mismo tiempo de aprendizaje. Por el contrario, en un sistema educativo inclusivo, las escuelas reconocen y valoran la diversidad. En consecuencia, los planes de estudio, los tiempos de aprendizaje y los métodos de enseñanza son diseñados e implementados tomando en cuenta las necesidades, intereses y características de cada alumno,⁽¹⁹⁾ incluidos los alumnos con discapacidad.

Además, el art. 24 CDPCD obliga a los Estados a facilitar "el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos (...) [y] el aprendizaje de la lengua de señas".⁽²⁰⁾ Asimismo, los Estados deben "asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona".⁽²¹⁾ Esta disposición procura "garantizar que las personas que tropiezan con barreras de comunicación no queden excluidas del sistema general de educación y que reciban instrucción en los lenguajes, los modos y los medios de comunicación apropiados en

.....

(19) Para un análisis detallado de este punto ver UNESCO, *"Guidelines for Inclusion: Ensuring Access to Education for All"*, 2005 y PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit.

(20) Art. 24, párrafo 3 CDPCD.

(21) *Ibid.*

entornos que les permitan alcanzar su máximo desarrollo no solo académico sino también social".⁽²²⁾

Finalmente, el art. 24 CDPCD impone a los Estados la obligación de "formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos".⁽²³⁾ La formación docente deberá incluir "la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad".⁽²⁴⁾

4 | El derecho a la educación inclusiva

La CDPCD fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13/12/2006. Al día siguiente, el 14/12/2006, el Congreso Nacional sancionó la Ley de Educación Nacional 26.206. La ley "regula el ejercicio del derecho de enseñar y aprender"⁽²⁵⁾ y fija las bases para el diseño e implementación de las políticas públicas en materia educativa por parte de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Si bien la Ley de Educación Nacional 26.206 refiere al "principio de inclusión educativa",⁽²⁶⁾ la norma no garantiza el derecho de las personas con discapacidad a la educación inclusiva por, al menos, cuatro motivos. En primer lugar, la ley establece una Modalidad de Educación Especial, "destinada a asegurar el derecho a la educación de las personas con discapacidades, temporales o permanentes, en todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo".⁽²⁷⁾ En términos más precisos, a la luz de lo dispuesto en el art. 42 de la ley 26.206, la Modalidad de Educación Especial "brinda

(22) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación... cit., § 22.

(23) Art. 24, párr. 4 CDPCD.

(24) *Ibid.*

(25) Art. 1° de la Ley de Educación Nacional 26.206.

(26) Art. 42 de la Ley de Educación Nacional 26.206.

(27) *Ibid.*

atención educativa en todas aquellas problemáticas específicas que no puedan ser abordadas por la educación común”.

De esta manera, la Ley de Educación Nacional adopta un enfoque de la segregación. Tal como sostuvo la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “la segregación tiene lugar cuando un estudiante con [discapacidad] (...) es remitido a un centro educativo diseñado específicamente para responder a una deficiencia concreta, normalmente en un sistema de enseñanza especial”.⁽²⁸⁾ Por el contrario, “[d]esde la perspectiva de la educación inclusiva las diferencias son consustanciales a la naturaleza humana, cada niño es único e irrepetible, y se conciben como una oportunidad para enriquecer los procesos de aprendizaje, lo cual significa que deben formar parte de la educación para todos, y no ser objeto de modalidades o programas diferenciados”.⁽²⁹⁾ En consecuencia, en 2012, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad instó al Estado argentino a “tomar las medidas necesarias para que los estudiantes con discapacidad inscritos en escuelas especiales se incorporen a las escuelas inclusivas”.⁽³⁰⁾

En la Ley de Educación Nacional, el paradigma de la segregación escolar de los alumnos con discapacidad en escuelas especiales se combina con el enfoque de la integración escolar.⁽³¹⁾ Así, el art. 42 de la ley 26.206 establece que “[e]l Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, garantizará la integración de los/as alumnos/as con discapacidades en todos los niveles y modalidades según las posibilidades de cada persona”.

En el mismo sentido, el enfoque de la integración escolar promueve la escolarización de los niños y niñas con discapacidad en las escuelas comunes, siempre que el alumno esté en condiciones de adaptarse, con los apoyos

.....

(28) *Ibid.*

(29) BLANCO GUIJARRO, ROSA, “Marco conceptual sobre educación inclusiva”, en *La educación inclusiva: el camino hacia el futuro*, Ginebra, UNESCO, 2008, [en línea] http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/Policy_Dialogue/48th_ICE/CONFINTED_48_Inf_2_Spanish.pdf

(30) COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012)”, CRPD/C/ARG/CO/1 [en línea] <http://bit.ly/1s0iU4r>, § 38.

(31) En relación a este punto, ver ORLANDO, MAGDALENA, “Una mirada complementaria de la educación inclusiva en Argentina”, Asociación por los Derechos Civiles, *op. cit.*

necesarios, a los métodos de enseñanza y organización educativa de esas escuelas. Así, el alumno con discapacidad es “aceptado” en la escuela común, donde se le permite aprender con niños “normales”. Sin embargo, la organización de la escuela común no es revisada y adecuada a las necesidades, intereses y rasgos propios de cada uno de los alumnos, incluidos aquellos con discapacidad. Por el contrario, el alumno con discapacidad es quien debe adaptarse a métodos de enseñanza y organización educativa que fueron desarrollados teniendo en cuenta las necesidades e intereses de estudiantes considerados “normales”. En caso de que no pueda hacerlo, siguiendo el paradigma de la segregación, se dispone su escolarización en una escuela de educación especial.

Por otra parte, la ley 26.206 lesiona el derecho a la educación inclusiva porque no contiene una disposición que prohíba que las escuelas comunes rechacen la inscripción o discriminen a un alumno por motivos de discapacidad. En relación a este punto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos enfatizó que, a la luz de lo dispuesto en el art. 24 párrafo 2. a) CDPCD, las leyes de educación deben contener “una cláusula explícita contra el rechazo en la que se prohíba la denegación de la admisión en la enseñanza general y se garantice la continuidad de la educación”.⁽³²⁾

Finalmente, la Ley de Educación Nacional infringe el derecho a la educación inclusiva porque no promueve un proceso de transformación del sistema educativo orientado a lograr que todas las escuelas comunes estén en condiciones de incluir a todos los alumnos en sus aulas. Esto así porque, tal como ha reconocido la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el pleno reconocimiento del derecho a la educación inclusiva requiere emprender un proceso de transformación de los sistemas educativos que comprenda “a) la aprobación de una ley de educación inclusiva que contenga una definición clara de ese tipo de educación y una cláusula ‘contra el rechazo’ que proteja de la discriminación y contemple ajustes razonables; y b) la elaboración de un plan de transformación a fin de crear las condiciones necesarias para lograr la inclusión”.⁽³³⁾

(32) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación... cit., § 26.

(33) *Ibid.*, § 56.

Ahora bien, más de seis años después de haber ratificado la CPDCP,⁽³⁴⁾ el Estado argentino no ha avanzado en este proceso de transformación del sistema educativo argentino a fin de garantizar el derecho a la educación inclusiva. Por el contrario, en 2011, el Consejo Federal de Educación —organismo de concertación, acuerdo y coordinación de la política educativa nacional—⁽³⁵⁾ aprobó la resolución 155/2011⁽³⁶⁾ que refuerza a la segregación e integración como pilares fundamentales de la educación de las PCD en Argentina.

La resolución explica que “Garantizar el derecho a la educación de todas las personas con discapacidad exige que todos los/as alumnos/as con discapacidad estén en aquella escuela que los beneficie en mayor medida”.⁽³⁷⁾ Así, desde la perspectiva del Estado argentino, el derecho a la educación inclusiva no exige que todos los alumnos estén en la misma escuela, sino que todos los alumnos estén presentes en el sistema educativo. En otras palabras, según las autoridades educativas argentinas, la escolarización de un alumno con discapacidad en una escuela especial es compatible con los postulados fundamentales del principio de inclusión educativa.

Sobre la base de esta idea rectora, la resolución 155/2011 promueve la integración de los alumnos con discapacidad como “una estrategia educativa que tiende a la inclusión de los/as alumnos/as con discapacidad, siempre que sea posible, en la escuela de educación común”.⁽³⁸⁾ Ahora bien, la resolución deja en claro que “[e]n aquellos casos en que la complejidad de la problemática de los/as alumnos/as con discapacidad requiera que su trayectoria escolar se desarrolle en el ámbito de la escuela especial, se diversificará el currículum para acceder a los contenidos escolares, con los apoyos personales y las configuraciones de apoyo necesarias”.⁽³⁹⁾

.....

(34) El 21/04/2008 el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.378, a través de la cual el Estado argentino ratificó la CDPCD.

(35) Ver [en línea] <http://portal.educacion.gov.ar/consejo/2009/12/04/el-consejo/>

(36) CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN, resolución 155/2011, 13/10/2011, [en línea] <http://www.me.gov.ar/consejo/resoluciones/res11/155-11.pdf>

(37) *Ibid.*, § 18.

(38) *Ibid.*

(39) *Ibid.*, § 19.

Sin embargo, en un sistema educativo verdaderamente inclusivo, en ningún caso “la complejidad de la problemática de los/as alumnos/as con discapacidad” justifica que su trayectoria escolar se desarrolle en el ámbito de la escuela especial. Por el contrario, todos los alumnos pueden aprender juntos en la misma escuela, porque todas las instituciones están en condiciones de ofrecerles una educación inclusiva y de calidad a todos y cada uno de los estudiantes.

5 | El impacto de la legislación y las políticas educativas en el acceso de las PCD a la educación inclusiva

La legislación y las políticas públicas educativas, basadas en el paradigma de la segregación y la integración, restringen el acceso de las PCD a la educación inclusiva en Argentina. Así, un alto porcentaje de los 650.000 niños y niñas con discapacidad que viven en Argentina no asiste a la escuela.⁽⁴⁰⁾ El 34% de los niños y niñas de 3 a 5 años no asiste al jardín de infantes y el 35% de los jóvenes entre 14 y 19 años no accede al nivel secundario de educación.⁽⁴¹⁾ Por su parte, la mayoría de los niños, niñas y jóvenes que sí están escolarizados asisten a escuelas especiales: de un total de 172.688 alumnos con discapacidad relevados por el Ministerio de Educación, el 73% concurre a una escuela especial.⁽⁴²⁾ Esto motivó que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad expresara “su gran preocupación por el elevado número de niños y niñas con discapacidad atendidos en escuelas especiales y por la ausencia de centros de recursos educativos que apoyen la inclusión efectiva de los estudiantes con discapacidad”.⁽⁴³⁾

(40) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, Resultados del Censo 2010, Cuadro P10 (Población en viviendas particulares con dificultad o limitación permanente por tipo de dificultad o limitación permanente, según sexo y grupo de edad), [en línea] <http://www.censo2010.indec.gov.ar/>

(41) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, Resultados del Censo 2010, Cuadro P31 (Población de 3 años y más en viviendas particulares con dificultad o limitación permanente que asiste a un establecimiento educativo por tipo de educación y sexo, según grupo de edad), [en línea] <http://www.censo2010.indec.gov.ar/>

(42) Información [en línea] [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/Study Education/States/Argentina.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/Study_Education/States/Argentina.pdf)

(43) COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012)”, cit., § 37.

Las barreras actitudinales son uno de los factores fundamentales que contribuyen a la exclusión escolar y a la segregación de los alumnos con discapacidad en escuelas especiales. Así, un sinnúmero de escuelas comunes se niegan a matricular a alumnos con discapacidad alegando que no cuentan con vacante, no están preparadas para incluir a un alumno con discapacidad o que el alumno aprenderá mejor y se sentirá más contenido en una escuela de educación especial donde aprenderá con "sus pares".

Asimismo, muchos alumnos con discapacidad son sometidos a una evaluación para determinar si estarán en condiciones de adaptarse a la escuela común. Tomando en cuenta que esta práctica es habitual en numerosos países, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos enfatizó que "deben eliminarse las evaluaciones basadas en la discapacidad para asignar la escuela".⁽⁴⁴⁾

Frente a este panorama,

la inclusión de los/as alumnos/as con discapacidad en el ámbito educativo convencional continúa siendo producto del reclamo de padres, madres y tutores, quienes deben atravesar un sinnúmero de gestiones en el ámbito administrativo e incluso llegar a interponer acciones de amparo para que sus hijos/as sean incorporados/as en las escuelas "comunes". Ello se debe, en parte, a que aún prevalece la concepción de que es una población que debería ser atendida en el ámbito de la educación especial y también a la escasez de políticas públicas tendientes a morigerar el impacto de la estructura social sobre la igualdad de oportunidades.⁽⁴⁵⁾

Ahora bien, los alumnos con discapacidad que sí logran acceder a las escuelas comunes también encuentran un sinnúmero de barreras que les impiden ejercer su derecho a la educación inclusiva. Así, la mayoría de las

.....

(44) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación... cit., § 26.

(45) INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO, "Derecho a la educación sin discriminación", Documentos temáticos Inadi: Derecho a la Educación sin Discriminación, 2012, [en línea] <http://inadi.gob.ar/wp-content/uploads/2012/07/documento-tematico-educacion.pdf>, p. 25.

escuelas comunes no son accesibles para PCD,⁽⁴⁶⁾ los programas y planes de estudio no son diseñados tomando en cuenta las características de los alumnos con discapacidad, las autoridades de muchas escuelas impiden que los alumnos asistan a clase si no están acompañados por su acompañante o asistente externo, un sinnúmero de maestros se niegan a enseñar a alumnos con discapacidad y muchos alumnos son sometidos a evaluaciones constantes para determinar si se están “adaptando” a la escuela común o es mejor que continúen su trayectoria educativa en una escuela de educación especial.

Dada la prevalencia de estas barreras, en 2012, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recomendó al Estado argentino que “desarrolle una política pública de educación integral que garantice el derecho a la educación inclusiva y que asigne recursos presupuestarios suficientes para avanzar en el establecimiento de un sistema de educación incluyente de estudiantes con discapacidad”.⁽⁴⁷⁾ Al mismo tiempo, el Comité instó al Estado a “intensificar sus esfuerzos para asegurar la escolarización de todos los niños y niñas con discapacidad en la edad obligatoria establecida por el Estado Parte, prestando atención a las comunidades de los pueblos indígenas y a otras comunidades rurales”.⁽⁴⁸⁾ Finalmente, el Comité urgió al Estado a “tomar las medidas necesarias para que los estudiantes con discapacidad inscritos en escuelas especiales se incorporen a las escuelas inclusivas y a ofrecer ajustes razonables a los estudiantes con discapacidad en el sistema educativo general”.⁽⁴⁹⁾

(46) En materia de accesibilidad para personas con discapacidad motriz, un relevamiento de la organización no gubernamental ACCESO YA realizado en 2006 permitió determinar que el 95% de las escuelas privadas y el 75% de las escuelas públicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “no cumplen con condiciones mínimas de accesibilidad: no cuentan con rampas de acceso, carecen de ascensores o baños adaptados. Esta falta de accesibilidad deja afuera del sistema educativo a más del 85% de los niños con discapacidad motriz en edad escolar” (Ver ACCESO YA, “Escuelas accesibles YA!”, [en línea] <http://bit.ly/1DMSBbj>)

(47) COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012)”, cit., § 38.

(48) *Ibid.*

(49) *Ibid.*

Sistema de responsabilidad por daños causados o sufridos por niños o adolescentes⁽¹⁾

por CARLOS A. PARELLADA⁽²⁾

I | Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) asume una serie de preocupaciones de la sociedad civil actual desde una óptica realista que resulta destacable y sin resignar aspiraciones transformadoras. Indudablemente la nueva realidad social de la llamada “cultura joven” presenta características comunes a las de la juventud tradicional o modernista, pero también evidencia múltiples novedades propias de la era del consumo o la posmodernidad que, desde algunos ángulos de reflexión, llaman la “juventud fronteriza”, evocando la situación de tránsito entre el mundo de la certidumbre y el orden y el mundo posmoderno de las identidades híbridas, tecnologías electrónicas, prácticas culturales locales y espacios públicos pluralizados.⁽³⁾

.....

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogado. Profesor titular de Derecho Informático y de Derecho de las Obligaciones y Responsabilidad Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor titular de Derecho de las Obligaciones y Responsabilidad Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Mendoza. Profesor titular de la Cátedra de Derecho Procesal Concursal del curso de Posgrado de Sindicatura Concursal organizado por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo. Coordinador y Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños de las Universidades Nacionales del Litoral y de Cuyo.

(3) GIROUX, HENRY, “Educación posmoderna y generación juvenil”, en *Nueva Sociedad*, n° 146, [en línea] http://www.nuso.org/upload/articulos/2554_1.pdf

Las aspiraciones han sido delineadas sobre la base de una sociedad civil pluralista y multicultural, no discriminatoria, con búsqueda de una igualdad real —por encima de la formal— que requiere protección de los más vulnerables, inspirada en la teoría de los derechos fundamentales del hombre, la democratización de la familia, y los valores y principios expresados en la asunción del bloque de derechos constitucionalizados que orientan toda la labor jurídica.⁽⁴⁾ La nueva concepción acerca de la multiplicidad de tipos de familia⁽⁵⁾ y la aparición de nuevos protagonistas en el ámbito familiar exige una coordinación con respecto a quiénes son los nuevos responsables por los niños y adolescentes que causan daños.

Lo que nos proponemos es aproximarnos, a la luz de las nuevas normas, al programa de resolución de los conflictos a los que da lugar el daño sufrido por los menores y los causados por ellos, y su distribución entre los operadores educativos: la familia y sus auxiliares, la escuela o la comunidad. Por ello, abordaremos breve y superficialmente la nueva regulación de las familias y los nuevos protagonistas de auxilio familiar en el orden a la guarda de los menores y la responsabilidad que se establece para quienes operan formalmente en el orden de la educación: los establecimientos educativos.

En virtud de que estamos convencidos de que todos los temas vinculados a la familia y la educación son polémicos, opinables, se impone entender estas líneas desde la humildad que requiere su acercamiento a ellos, porque difícilmente exista una respuesta unívoca a los problemas que plantea por el hecho de que la formación de los niños y adolescentes es una tarea eminentemente proyectiva en la que nunca es seguro acertar.

En primer lugar, es necesario destacar que el sistema se estructura sobre los valores que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN),⁽⁶⁾ teniendo especialmente en cuenta la ley 26.061 que plasma una especie de reglamentación de aquella. En especial, la CDN, en su art. 4º, establece que los Estados Partes adoptarán las medidas

(4) LORENZETTI, RICARDO L., "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación. Segunda parte. Algunos aspectos del Código, n° 3 y 6, en *LL To.* 2014-E, p. 1243 y *LL online*: AR/DOC/3561/2014

(5) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentina de 2014", en *La Ley. Suplemento diario*, 08/10/2014.

(6) Ley 23.849.

administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en esa Convención, y en el art. 5° se comprometen a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la **familia ampliada** o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en ella. Por su parte, han asumido la protección del niño contra toda forma de perjuicio o abuso de cualquier tipo (arts. 19 y 34), reconociendo su derecho a la educación fijando objetivos (arts. 28 y 29), velando por la disciplina escolar administrada de modo compatible a la dignidad del niño.

Coherente con dicho sistema se estructura una protección permanente del niño, sea a través de los padres, de auxiliares en su función y de los titulares de los establecimientos educativos que, al mismo tiempo, resultan gravados con la responsabilidad —más o menos severa, según los casos— de los daños que sufran los niños y los terceros en virtud de los hechos de los menores.

De esta forma se concilia el interés en la protección que ostenta toda persona a la incolumidad, tanto los terceros como los propios niños, que en virtud de su inmadurez, falta de experiencia y conductas lúdicas pueden ocasionar y sufrir daños.

Por razones de necesidad de orden expositivo, analizaremos en primer término los daños sufridos por los niños y, luego, los causados por ellos. Por la misma razón, y para evitar repeticiones innecesarias, las referencias normativas numéricas que no contienen determinación de la pertenencia corresponden a los artículos del CCyC.

2 | Los daños sufridos por los niños y adolescentes

El ser humano se caracteriza por ser uno de los seres que nace con las mayores debilidades y sus posibilidades de subsistencia requieren necesariamente de inmediatos, numerosos y permanentes auxilios durante un largo período a partir del momento en que se asoman al mundo, ya que no puede valerse por sí mismo sino después de un tiempo mucho más prolongado que las demás especies.

De allí que sea necesaria una protección especial que se ha de prolongar hasta el momento en que vaya adquiriendo, en forma progresiva, la madurez suficiente que le permita proveerse de sus necesidades básicas y dirigirse autónomamente y de acuerdo a la trascendencia que tengan sus acciones.

El derecho se hace cargo de esa debilidad proveyéndole institucionalmente protección a través la adjudicación de una impotencia, que era muy rígida y que ahora, en el nuevo régimen, va cediendo en forma gradual, acompañando su proceso de maduración.⁽⁷⁾

Durante la minoridad, los daños que pueda sufrir el menor se dilucidan de acuerdo al régimen de la responsabilidad civil general —de acuerdo a la naturaleza del hecho generador de la obligación de responder, conforme el Capítulo I del Título V del Libro III—. La indemnización de los daños que sufran los menores puede ser reclamada por sus representantes legales: en principio, los padres, y a falta de estos, incapacidad de ambos o privación o suspensión de la responsabilidad parental, los tutores que se les haya designado (art. 101, incs. a y b) actuando complementariamente el Ministerio Público, o directamente por este cuando existieran derechos comprometidos de los representantes con el objeto de exigir el cumplimiento de estos de los deberes respecto de los cuales se muestren inactivos o para la provisión de representantes si no los tuvieran (art. 102).

2.1 | Especial prevención de daños sufridos por menores. La obligación de denunciar y el supuesto de padres adolescentes

Dos normas especiales se vinculan con la prevención de los daños que puedan amenazar a los menores.

La primera norma tuitiva tendiente a la prevención de los daños sufridos por los menores se incluye en el art. 111 que impone el deber de

.....

(7) En el nuevo régimen, en relación a la capacidad de ejercicio, se reconoce un régimen de minoridad que presenta tres etapas: hasta los 13 años, un régimen de incapacidad, pero considerándolo una persona en desarrollo debe ser escuchado, especialmente cuando sus intereses puedan entrar en conflicto con los de sus representantes legales de acuerdo a sus edad y grado de madurez; otra etapa, la adolescencia, desde de los 13 hasta los 16 años, y finalmente, desde los 16 años, en la que se lo considera adulto a los fines de las decisiones sobre su propio cuerpo (art. 26).

denunciar la situación del niño o adolescente que no tenga un referente adulto que lo proteja a los parientes obligados a prestar alimentos, guardador, tutores designados por los padres (art. 106) o delegados en el ejercicio de la patria potestad, a los encargados del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La omisión de la denuncia dentro de los diez días de haber conocido la situación provoca la pérdida de la posibilidad de ser designado tutor y la responsabilidad por los daños y perjuicios que haya ocasionado la omisión de la denuncia.

La segunda se vincula con la situación de los menores que son hijos de padres adolescentes. Los adolescentes que, a su vez, sean progenitores de menores son titulares y ejercen la responsabilidad parental en una forma limitada, conforme lo dispuesto por el art. 644; sus responsables parentales tienen el derecho y deber de oponerse a los actos que pudieran perjudicar a su nieto e intervenir cuando los progenitores —aunque uno de los padres del niño tenga plena capacidad— omitan las acciones necesarias para preservar el adecuado desarrollo del niño. Entendemos que tienen el derecho y el deber en virtud de que la norma citada, en esta situación y en el interés del niño, se vincula al deber de prevención del daño impuesto en general por el art. 1710, concretando la función preventiva de la responsabilidad civil.

2.2 | Responsabilidad de los padres

La responsabilidad de los padres por los daños sufridos por sus hijos quedan sujetas a las normas generales de la responsabilidad por el hecho propio o de las cosas o de las actividades riesgosas, según la naturaleza del hecho dañoso, y teniendo en cuenta los deberes especiales que le impone su carácter de progenitores como custodios de los derechos del niño y formadores de él. En tal sentido, el art. 1754 es ajeno a los daños que sufran los hijos que provengan de la conducta de terceros, de la misma forma que lo es el art. 1114 durante la vigencia del Código Civil.⁽⁸⁾

(8) MOLINA DE JUAN, MARIEL F., "La responsabilidad civil de los padres" en Lorenzetti, R. J., *Máximos Precedentes-Responsabilidad Civil*, t. III, Bs. As., La Ley, 2013, cap. III, c.3); PARELLADA, CARLOS, "Las eximentes de la responsabilidad por riesgo, el caso fortuito y la culpa de los padres en el ejercicio de la patria potestad", en JA 2012-I, p. 387.

2.3 | Responsabilidad de los titulares de establecimientos educativos

Desde la vigencia de la ley 24.830⁽⁹⁾ se ha acumulado a la responsabilidad de quienes lo tuvieron a su cargo y omitiesen el cuidado especial que ellos requieren —los directores y maestros artesanos— por los daños que sufrieran, la responsabilidad de los titulares de los establecimientos educativos de naturaleza objetiva. En efecto, en el Código Civil los directores y maestros artesanos respondían sobre una responsabilidad basada en una culpa presumida por los daños causados por los menores, pero los que sufrían estos quedaba únicamente al amparo de la norma del art. 1109, o sea, que se exigía la prueba de la culpa de aquellos. El art. 1117, reformado por la ley 24.830, estableció no solamente la responsabilidad objetiva de los propietarios de los establecimientos educativos por los daños que causan los menores, sino también por los daños que sufren mientras permanezcan en el ámbito de su control. Pero, además, estableció la obligatoriedad de un seguro que cubra la totalidad de los daños por los cuales los hace responsables. De tal modo se asegura una protección integral a un costo diluido en la comunidad de potenciales responsables a través del seguro de responsabilidad civil.⁽¹⁰⁾

En el CCyC se prevé —en términos en general coincidentes con la ley 24.830—⁽¹¹⁾ la responsabilidad objetiva de los titulares de los establecimientos educativos, que solo pueden eximirse de ella por la prueba del caso fortuito y con la obligatoriedad de contratación del seguro. Las inquietudes doctrinales se plantean en torno a la responsabilidad del Estado por

(9) Ver por todos: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de 1997", en *La Ley* 1998-B, p. 1047 y ss.

(10) La trascendencia de este sistema ha sido destacada en: CNAC. Civ., Sala H, "G. R., J. H. y otros c/ C., V. J. y otros s/ daños y perjuicios", 02/06/2014, en *La Ley Online*; VILLAGRÁN, SANTIAGO, "La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el Proyecto de Código", en *La Ley*, 2013-A, p. 635, y AR/DOC/6069/2012, cap. IV a); TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "Responsabilidad civil de un 'centro' de atención integral, para personas con necesidades especiales", en *Revista RCyS*, 2012-II, cap. VII, p. 17; MOEREMANS, DANIEL E., "Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos en caso de suicidio de un alumno", en *Revista RCyS*, 2014-IX, p. 36 y *La Ley Online* AR/DOC/1431/2014, ap. C5.

(11) Ha traído mayor claridad en cuanto al sujeto responsable despejando la inquietud que causaba la palabra "propietario" al sustituirla por "titulares" de los establecimientos educativos.

las escuelas que les pertenezcan, pero la doctrina generalizada ha entendido que los daños que sufren los menores quedan —de todos modos— sujetos a la responsabilidad de los proveedores de servicios —en el caso, el educativo—, o sea, la de la ley 24.240.⁽¹²⁾

3 | Daños causados por los niños y adolescentes

3.1 | La responsabilidad de los menores

La novedad más trascendente quizás del tema, aunque la trataremos marginalmente, es que la atribuibilidad de daños a la conducta de menores, aun de menores que no han alcanzado los diez años, constituyen actos involuntarios; sin embargo, de ello no se sigue necesariamente la irresponsabilidad. En su carácter de autores de actos involuntarios son, en principio, responsables por sus actos dañosos. La involuntariedad de un acto no determina la irresponsabilidad, como lo prescribía el art. 907 en su redacción originaria,⁽¹³⁾ ni lo somete a la excepcionalidad de la responsabilidad por equidad, como se dispuso en el texto ordenado por la ley 17.711. En la nueva regulación, el acto involuntario compromete la responsabilidad de su autor, aunque ella puede ser atenuada si resulta equitativo en función del patrimonio del autor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho (art. 1742).

Se ha invertido el principio: la nueva norma dispone la responsabilidad por el acto involuntario y la posibilidad de atenuar esa responsabilidad considerando las circunstancias antes señaladas.

(12) MOIA, ÁNGEL L., "Responsabilidad del Estado por los establecimientos educativos de gestión pública. Viejos y nuevos problemas de la prescripción liberatoria", en *La Ley Online* AR/DOC/3423/2014; MOREMANS, DANIEL E., "Responsabilidad civil de los propietarios...", *op. cit.*, p. 36 y AR/DOC/1431/2014, especialmente cap. D, n° 1.2, quien estima inconstitucional la desigualdad de regulación para establecimientos privados y públicos, pero sin pronunciarse sobre la cuestión en relación al CCyC; ALFERILLO, PASCUAL E., "Daños entre alumnos dentro del establecimiento educacional público. ¿Es aplicable la Ley de Defensa del Consumidor?", en *Revista RCyS*, 2014-VIII, p. 43 y AR/DOC/2128/2014; PARELLADA, CARLOS A., "Prescripción del reclamo de daños contra el Estado y funcionarios públicos", en prensa (a publicarse en *Revista RCyS*, 2014-XII).

(13) En ese texto no había resarcimiento, sino únicamente restitución en la medida del enriquecimiento que el autor hubiere experimentado.

3.2 | Nuevos tipos de familia y nuevos protagonistas

La organización familiar que se conocía en la época de Vélez satisfacía la responsabilidad por los daños causados por los menores con la responsabilidad de los padres y tutores, prevista en los arts. 1114 a 1116 del Código Civil. Esa responsabilidad era regulada en un modo uniforme para padres y tutores; en principio, bajo los parámetros de la familia patriarcal, organizada sobre la base de la autoridad paterna que engendraba una relación filial de subordinación que “cosificaba” al menor, que era gobernado en forma similar a la potestad que se tenía sobre las cosas. Respondía al modelo “propietarista” sobre el cual se estructuraban la mayor parte de las instituciones de antaño.⁽¹⁴⁾ Los tiempos actuales, en cambio, parten de una relación filial democratizada que reconoce al niño y al adolescente el carácter de “persona en desarrollo” a quien se le reconoce una capacidad progresiva que le va brindando en forma gradual una mayor autonomía⁽¹⁵⁾ y que debe sujetarse en todo momento el interés superior del niño.

En la realidad que ofrece el inicio del siglo XXI aparecen nuevos tipos de familias: las matrimoniales, compuestas por personas de distinto o igual sexo, las uniones convivenciales que no han contraído matrimonio, con hijos de alguno de sus miembros o de ambos, las monoparentales y, a

(14) Ver BORDA, GUILLERMO J., “La responsabilidad parental en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial”, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2, Proyecto de Código Civil y Comercial, p. 383, especialmente, cap. II *in fine*. Desde un ángulo diverso, el autor entiende que las nuevas normas perjudican la necesidad de recomponer la noción de autoridad y conllevar un marcado tinte ideológico. Entendemos que la recomposición del sistema de autoridad es una necesidad tan sentida como la recomposición del sistema de diálogo a través del reconocimiento del otro como persona, aunque esté “en desarrollo”. Todas las épocas tienen sus ideas, y sobre ellas, se construye la ideología que no fue ajena a los tiempos de Vélez ni a las reformas que sobrevinieron en los últimos tiempos. El problema del legislador es conciliar ideologías para el logro de una convivencia social pacífica.

(15) En concordancia con Ley 26.061, art. 3º, inc. d) ; arts. 12, 14, 16, 28, inc. 1º, 29 y 32 CDN; MUÑOZ, JAVIER N., “Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista RDPyC*, 2012-2, Proyecto de Código Civil y Comercial, p. 105 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE, “La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia”, en *Estudios de responsabilidad por daños*, t. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1980, p. 305, especialmente N° 5, ya señalaba, por entonces, la inadaptación de los textos normativos a la realidad familiar actual y la necesidad de una puesta al día.

su vez, las integradas por adolescentes que, a su vez, son progenitores, que pueden asumir las formas biparentales o monoparentales. Todas ellas están contempladas en el nuevo ordenamiento. Ello motiva la necesidad de esclarecer quienes revisten la calidad de obligados por los hechos dañosos de sus hijos.

Obviamente, esos nuevos vientos determinaron una transformación que se proyectó sobre la llamada "patria potestad" o "potestad paterna" hacia una patria potestad compartida, ejercida en situación de igualdad por los progenitores. Hoy, la patria potestad compartida aparece sustituida por una "responsabilidad parental".⁽¹⁶⁾ No se trata de un simple cambio de denominación, sino de una modificación de su esencia que la sujeta a principios fundamentalmente diversos de los inspiradores de la institución en su origen y también diferentes de los que, más recientemente, engendraron la patria potestad compartida. Hoy aparece concebida como una función⁽¹⁷⁾ destinada a protección, formación y desarrollo en el interés del niño, guiada, en primer término, por el interés superior del niño y orientada al reconocimiento de una autonomía progresiva conforme la maduración que va adquiriendo, con consideración de los intereses y sentimientos vehiculizados a través del derecho a ser oído en la toma de decisiones a su respecto⁽¹⁸⁾ (art. 639).

Esa responsabilidad parental, cuya titularidad y ejercicio tienen los progenitores en conjunto (art. 640),⁽¹⁹⁾ sea que convivan (art. 641, inc. a), estén separados de hecho, divorciados o que el matrimonio se anule (art. 641, inc. b) impone una serie de deberes y obligaciones entre las que se comprende la responsabilidad por los daños causados por los menores, como contrapartida del deber de orientación, control y dirección.

(16) Ver Libro II Relaciones de familia, Título VII, Cap. I, Principios generales de la responsabilidad parental.

(17) CATALDI, MYRIAM M., "La responsabilidad parental", en Rivera, J. C. y Medina, G., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.

(18) En concordancia con la ley 26.061, art. 3º, inc. b); art. 707 CCyC; CORTE IDH, OC 17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28/08/2002, Serie A, Nº 17, consid. 101. PETTIGIANI, EDUARDO J., "¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo", en *Revista Derecho de Familia*, t. 62, Abeledo Perrot, noviembre, 2013, p. 7 y ss.

(19) En concordancia con la ley 26.061, art. 7º: habla de la responsabilidad familiar para asegurar el derecho pleno y ejercicio del derecho del niño, niña o adolescente.

En los casos de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, el ejercicio puede atribuirse a alguno de los progenitores, sea por su voluntad o por decisión judicial. Pueden también, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad o por decisión jurisdiccional, sujetarse a modalidades. En caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, es ejercida por el otro progenitor (art. 641, inc. c). En el caso de los hijos extramatrimoniales con un solo vínculo filial al progenitor con el que está unido jurídicamente (art. 641 inc. d), y si está emplazado en el doble vínculo filial por declaración judicial, corresponde su ejercicio al progenitor al cual se encontraba unido originariamente; también en ese último supuesto se deja a salvo la posibilidad de acuerdo entre los progenitores o decisión judicial (art. 641, inc. e). En todos los casos en los que exista doble vínculo la titularidad corresponderá a ambos progenitores.

Los acuerdos que hagan los progenitores sobre el ejercicio o modalidades tienen valor entre quienes lo celebren, pero no resultan oponibles a la víctimas de los daños que los menores causen, en virtud de tratarse, en principio, de normas indisponibles las que regulan la responsabilidad (art. 1709, inc. a).

En el supuesto de progenitores adolescentes, ellos titularizan la responsabilidad parental aunque sus propios responsables parentales pueden oponerse a la realización de actos que puedan resultar perjudiciales para el niño e intervenir en caso de renuencia de los progenitores del niño a cumplir sus deberes parentales y complementar con su asentimiento ciertos actos trascendentes, aunque uno de los progenitores sea mayor de edad (art. 644). El régimen anterior priorizaba la situación de los abuelos provocando la exclusión de los progenitores adolescentes del ejercicio de la responsabilidad parental. En el CCyC estos titularizan y ejercen una responsabilidad parental con limitaciones, lo que posibilita la asunción progresiva del rol que deben desempeñar como progenitores y la responsabilidad consecuente.

Sea que el niño tenga establecido un único vínculo filial o doble, el o los responsables parentales pueden, “en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas”, delegar convencionalmente por el lapso máximo de un año,⁽²⁰⁾ por razones justificadas, el ejercicio de

(20) En forma judicial, con participación de todos los interesados —o sea, el niño o adolescente, el delegado y el progenitor—, y por razones debidamente fundadas, se admite que el juez prorrogue ese plazo por un período más.

la responsabilidad parental en un pariente. Tal convención requiere la homologación judicial y la audiencia del niño (art. 643). El juez deberá evaluar las razones justificativas de la delegación y escuchar al niño a los fines de valorar el modo en que este asume y vivencia la situación, apreciando integralmente la relación que lo une con el delegado y su prevalente interés.

Además de con los parientes, la delegación puede convenirse con el "progenitor afín" (art. 674). Esta última norma nos suministra ejemplos de los casos en que el legislador ha entendido que son causas justificadas para efectuar la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental: por razones de viaje, enfermedad o incapacidad permanente; obviamente, en la realidad se pueden presentar muchos otros que ameriten la delegación.

La recepción de la figura del "progenitor afín" es novedosa en nuestro derecho. Se trata de la persona que convive con uno de los progenitores del niño y, por ello, vive con él cotidianamente, colaborando en su crianza, en la nueva forma de familia ensamblada.⁽²¹⁾ En virtud de esa proximidad, el progenitor afín es susceptible de ser investido convencionalmente como delegado en el ejercicio de la responsabilidad parental, siempre que el otro progenitor del niño o adolescente esté imposibilitado para el desempeño de su función o no resulte conveniente que asuma el ejercicio. En este caso, si media conformidad expresa del progenitor desplazado, se prescinde de la homologación judicial.

Cabe distinguir la delegación a la que nos venimos refiriendo del otorgamiento de la guarda a un pariente, previsto como facultad de los jueces para los supuestos de especial gravedad, conforme el art. 657. En este último caso, el guardador solo se hace cargo del cuidado personal del niño o adolescente para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana. No asume el ejercicio de la responsabilidad parental, a diferencia de lo que sucede con el delegado en el ejercicio de ella.

.....

(21) Son las familias que se constituyen después de una separación, divorcio, viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tiene hijo o hijos de una unión anterior (KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA R., "Las nuevas realidades...", *op. cit.*)

3.3 | Actos comprendidos en la responsabilidad de los padres y delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental

La responsabilidad de los padres y sus delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental por los actos dañosos de los menores no comprende los daños causados por los adolescentes “en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o funciones subordinadas encomendadas por terceros” ni “los que deriven del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, válidamente contraídas...”. En las que no son válidamente contraídas no es posible hablar de incumplimiento, sin perjuicio de que pueda existir alguna responsabilidad extracontractual del adolescente que deba enfrentar el responsable parental.

La solución consagrada es la que postulaba la mayor parte de la doctrina en torno a la interpretación del Código de Vélez, con sustento en el argumento que el control parental no puede ejercerse en relación a los actos profesionales o laborales del adolescente.⁽²²⁾ A estos fines deben tenerse en cuenta las normas de los arts. 30, 681, 682 y 683 y 32 de la 20.744—según su t. o. por ley 26.390— que establecen las habilitaciones para contratar situaciones laborales de los menores.

Los adolescentes que ostentan título profesional habilitante pueden ejercer por su cuenta la profesión, sin necesidad de autorización de los padres, y responden personalmente por los daños que causen a terceros, sin comprometer la responsabilidad de los padres o sus delegados. En la misma situación se encuentran los adolescentes que no tienen título profesional. Los daños resultantes de las labores en relación de dependencia quedan cubiertos por la responsabilidad del principal prevista en el art. 1753, sin perjuicio de la concurrencia de la responsabilidad personal que pueda caber al menor y sin la cobertura de la responsabilidad parental.⁽²³⁾ Aquellos

(22) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA R., en A. C. Belluscio (dir.); E. A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, Bs. As., Astrea, 1984, p. 610, n° 8 de la glosa al art. 1114.

(23) SAGARNA, FERNANDO A., “Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros”, en Rivera, J. C. y Medina, G., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 932, n° 4.2.5; LLOVERAS, NORA y MONJO, SEBASTIÁN, “Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código”, en *La Ley*, 2013-E, p. 1078 y *LL Online AR/DOC/3551/2013*, especialmente cap. IV.2.4; LÓPEZ HERRERA, EDGARDO S., “Respon-

daños que el menor cause fuera del ejercicio de sus labores dependientes comprometen la responsabilidad de los padres. Ello se aplica también en el supuesto de que el adolescente realice el trabajo bajo la dependencia del padre; en este caso, la víctima podrá demandarlo en su carácter de padre o de principal o acumularlas, lo que altera la disponibilidad de las eximentes por el accionado o acumularlas.

En definitiva, se establece la no concurrencia de la responsabilidad del principal con la responsabilidad de los padres, excepto respecto del que revista el doble carácter; sin embargo, en los casos en que sea dudoso si el daño resulta de tareas inherentes al ejercicio profesional o dependiente o fuera de ellas, debe estarse por la regla de la responsabilidad de los responsables parentales.⁽²⁴⁾

3.4 | Los sujetos responsables por los hechos de los niños y adolescentes

La sección 6ª del capítulo I del Título V del CCyC se ocupa de “la responsabilidad por el hecho de terceros”, y en los arts. 1754 a 1756 se regula la responsabilidad de los padres y de otras personas encargadas de los menores.

No se utiliza la terminología “progenitores” —que se usa en la parte dedicada a la regulación de las relaciones de familia—, sino la tradicional de “padres”, por lo que es preciso esclarecer quienes están comprendidos en esta responsabilidad por el hecho de los hijos y cuáles de los nuevos protagonistas como auxiliares en la crianza de los menores revisten la calidad de responsables por ellos.

Comencemos por señalar que los arts. 1754 y 1755 contemplan el supuesto de responsabilidad por los hechos de los hijos y el art. 1756 el de las otras personas encargadas de menores.

La responsabilidad de los padres es objetiva, o sea, que se imputa con irrelevancia de la culpa en que pueden haber incurrido (art. 1722). Es sabido que

.....
sabilidad civil de los padres, tutores y curadores en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, en *Revista RCyS*, 2012-IX, p. 5 y *LLOnline AR/DOC/4394/2012*, especialmente cap. VII.

(24) KEMERMAJER DE CARLUCCI, AIDA R., en A. C. Belluscio (dir.), E. A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes...*, op. cit., p. 615, N° 9, de la glosa art. 1114; SALAS, ACDEEL E., “Incompatibilidad entre la responsabilidad del padre y del empleador”, en *JA* 1967-VI, p. 189.

la cuestión ha dado lugar a discrepancias bajo la vigencia del Código de Vélez, dividiéndose la doctrina entre quienes le atribuyen un carácter subjetivo basado en la “*culpa in vigilando*” o la deficiencia de la vigilancia activa, o en un defecto de educación o en ambas; quienes entienden que se trata de supuesto de culpa presumida; y quienes le acordamos carácter objetivo por fundarse la patria potestad en sí misma, o en el riesgo o la garantía a favor de la víctima por la mayor solvencia patrimonial que se presume en los padres.⁽²⁵⁾

Los titulares de la responsabilidad parental —cuando sean plurales— responden en forma solidaria, o sea, sus obligaciones se regulan de acuerdo a lo dispuesto por los parágrafos 2º y 3º de la Sección 7ª del Título I del Libro II Tercero del CCyC —arts. 827 a 843—.

La obligación resarcitoria por la responsabilidad por el hecho de los niños o adolescentes es concurrente con la personal de ellos, por lo que queda regida en tal relación por las normas contenidas en la Sección 8ª de ese mismo Título y Libro —arts. 850 a 852—.

En principio, será concurrente con la de los niños mayores de 10 años y adolescentes, en virtud de lo dispuesto por el art. 261, inc. b) que establece que se consideran involuntarios por falta de discernimiento de los actos ilícitos de los menores de esa edad. Sin embargo, como consecuencia de que el art. 1750 CCyC sienta la regla de que los actos involuntarios generan responsabilidad a su autor,⁽²⁶⁾ invirtiendo la regla que rigió en el Código de

(25) Para un análisis detallado de los diferentes criterios sustentados: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA R., en A. C. Belluscio (dir.), E. A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes...*, op. cit., p. 593, n° 4 de la glosa al art. 1114; y en BELLUSCIO, A. C.; ZANNONI, E. A. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Bs. As., Hammurabi, 1983, p. 132 y ss., n° 36; REYNA, CARLOS A., en Bueres, A. J. y Highton, E. I., *Código civil y normas complementarias*, t. 3-A, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 635, n° 1 d) de la glosa al art. 1114; TRIGO REPRESAS, F. A., en Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A., *Derecho de las obligaciones*, t. V, 4ª ed., Bs. As., La Ley, 2010, p. 88, n° 2613 a 2617 bis; PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 4, Bs. As., Hammurabi, 2008, p. 494 y ss., n° 966.

En contra, PARISI, NÉSTOR S., “La objetividad de lo subjetivo. A propósito de la responsabilidad civil de los progenitores por los daños causados por sus hijos menores de edad”, en *Revista RCyS*, 2013-VI, 18 y *LLOnline AR/DOC/1848/2013*; defendiendo un sistema subjetivo de responsabilidad de los padres, y una mayor socialización de los daños a través de sistemas como el de Nueva Zelanda: PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., “La responsabilidad objetiva de los padres y los límites de la responsabilidad civil”, en *Revista RCyS*, 2012-VIII, p. 30 y *AR/DOC/3035/2012*.

(26) Fundamentos del Anteproyecto 12 del Título V: “Otras fuentes de las obligaciones” Capítulo 1. Responsabilidad civil; ver SAGARNA, FERNANDO A., “Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros”, op. cit., pp. 925/926, n° 3.

Vélez, reformado en 1968, la responsabilidad de los padres puede concurrir con la responsabilidad del menor de esa edad.⁽²⁷⁾ La responsabilidad personal del niño o adolescente puede ser atenuada si resulta equitativo en función de su patrimonio —como sucede a menudo por la insolvencia de los menores—, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho, en tanto el daño haya sido causado en forma accidental, lo que llamaríamos si fuera mayor de esa edad: culpa. No procede tal atenuación cuando el niño haya procedido con dolo, si de acuerdo a su grado de maduración es susceptible de incurrir en él (art. 1742).

La concurrencia podrá ser total o parcial, según la coincidencia que ostenten la obligación del responsable mayor y del niño o adolescente, si es que la responsabilidad del menor ha sido atenuada, pues no resulta lógico que se sacrifique el derecho a la reparación integral de la víctima por el hecho de que sea equitativo moderar la responsabilidad del menor. De modo tal que, en nuestro criterio, la responsabilidad del responsable parental por el hecho del menor no se disminuye por la atenuación que pueda brindar el juez a la responsabilidad del menor.⁽²⁸⁾

Asimismo, concurrirá con la responsabilidad del hijo —niño menor o mayor de 10 años— cuando la responsabilidad de este esté comprometida por la propiedad de las cosas⁽²⁹⁾ o de la actividad riesgosa para terceros que realice (art. 1557) —por ejemplo, en el caso de los deportes riesgosos—, si así correspondiere.

Podrá también concurrir con la de los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental cuando ella proceda, ya que conforme el art. 643, los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental. El art. 1755

(27) En contra: LÓPEZ HERRERA, EDGARDO S., "Responsabilidad civil de los padres...", *op. cit.*, p. 5 y LLOnline AR/DOC/4394/2012, especialmente cap. VI.

(28) En nuestro criterio, la definición de las obligaciones concurrentes presenta una deficiencia al haberse contemplado que el objeto de las obligaciones puede no ser "el mismo", como dice la norma del art. 850, sino que pueden existir obligaciones cuyo objeto coincida total o parcialmente y derive de la misma causa, sin que por ello dejen de existir obligaciones concurrentes. Sin embargo, el desarrollo de esta cuestión excede los límites de este trabajo. Abordamos la cuestión en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA R. y PARELLADA, CARLOS A., "Indemnizaciones de equidad", en JA 1981-II p. 147, especialmente, cap. XI.

(29) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho...*, *op. cit.*, p. 501, n° 968.1, según lo han sostenido en general para los casos de responsabilidad objetiva previstos en el Código de Vélez.

expresamente dispone en referencia a la responsabilidad de los padres: “No cesa en el supuesto previsto en el art. 643” y, podríamos agregar ya de nuestra cosecha: ni del art. 674. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad de los delegados en el ejercicio no es exactamente igual a la de los padres, ya que la eximente ostenta un tinte subjetivo.

Creemos que se acumulan deudores frente a la víctima: el autor (sin perjuicio de la limitación que pueda establecer el juez), los padres cualquiera sea el vínculo filial (natural, por adopción o por voluntad procreacional) que los una y los delegados en el ejercicio de la patria potestad.

Eventualmente, podrán también concurrir la responsabilidad de los parientes a quienes el juez hubiere otorgado la guarda del niño o adolescente (art. 657) y la del progenitor afín (art. 672) que no revista el carácter de delegado en el ejercicio de la responsabilidad parental, si se prueba la culpa de estos con incidencia causal en el daño en el ejercicio del cuidado del menor. En estos casos señalados no existe presunción alguna, el damnificado estará gravado con la prueba de la culpa, y la eximente será la falta de culpa por tratarse de una responsabilidad subjetiva.

3.5 | El factor de atribución: ¿el mismo en todos los casos o diversos?

En el CCyC la responsabilidad de los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, tutores y curadores tiene una eximente distinta de la responsabilidad de los padres. En efecto, mientras el art. 1754 señala que la responsabilidad de los padres es objetiva, el art. 1756 para los delegados, los tutores y curadores, luego de asimilar estas responsabilidades a las de los padres, dispone: “Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia”.

El “sin embargo” con el que se encabeza el segundo párrafo marca una diferencia con respecto a lo que en el precedente se asimiló. Por lo demás, el giro adoptado es prácticamente el mismo que utilizaba el art. 1116 del Código de Vélez, suprimiendo la alusión a la vigilancia activa.

El art. 1722 establece que la liberación de la responsabilidad objetiva impone la “demostración de la causa ajena, excepto disposición en contrario”. Por

su parte, los fundamentos que acompañaron al Anteproyecto de la Comisión del decreto 191/2011 señalan: “los padres no pueden liberarse con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexo causal: la prueba del hecho del damnificado, del tercero o el caso fortuito”. De tal modo que no cabe duda alguna del carácter objetivo de la responsabilidad de los padres.⁽³⁰⁾

En cambio, para la responsabilidad de los delegados en el ejercicio de la patria potestad pareciera que desde el ángulo doctrinal podría sostenerse que se trata de una responsabilidad subjetiva con culpa presumida, como lo han sostenido destacadas doctrinas en el marco del Código de Vélez,⁽³¹⁾ o que es una “responsabilidad objetiva” que admite una causal especial de liberación, constituida por la imposibilidad de evitar el daño, pero que excluye la posibilidad de que esa imposibilidad se apoye únicamente en la circunstancia de la falta de presencia en el momento del hecho. Enrolándose en el primer criterio, la liberación no requeriría la prueba de la ruptura del nexo causal, sino una prueba categórica o concluyente de la falta de culpa por la imposibilidad de haber evitado el hecho.

Tal diferente regulación podría encontrar justificación en la búsqueda de un incentivo para facilitar los acuerdos de delegación o la consideración de que el delegado en el ejercicio de la responsabilidad parental está actuando solidariamente en auxilio del progenitor a suplir una dificultad que se le presenta al ejercicio de una función que le es propia. La misma noble actitud rebela la conducta del tutor y del curador que aceptan esos cargos.

3.6 | Cesación de la responsabilidad de los padres y sus delegados

El art. 1754 establece la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos “que se encuentren bajo su responsabilidad parental y que habiten con ellos”. El requisito de la habitación aparecía ya en el Código Civil, pero la interpretación había sido laxa, pues la falta de convivencia por sí

(30) SAGARNA, FERNANDO A., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.* p. 932, N° 4.2.4; LLOVERAS, NORA y MONJO, SEBASTIÁN, “Responsabilidad de los padres...”, *op. cit.*, p. 1078 y LLOnline AR/DOC/3551/2013, especialmente cap. IV.2.3.

(31) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho...*, *op. cit.*, p. 497, n° 966 g); ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, t. 4, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 660, n° 140 b).

sola no es excusa suficiente, a ella debe agregarse la transferencia del ejercicio de deber de vigilancia a otro o un motivo legítimo para que ella se haya suspendido.

El art. 1755 prevé dos supuestos en que cesa o se liberan de la responsabilidad de los padres: si el hijo es puesto bajo la vigilancia de otra persona, sea en forma transitoria o permanente (párr. 1), y si él no convive con ellos debido a una causa que no le es atribuible a los propios padres (párr. 2). Si les es atribuible a los padres, estos no se liberan sino que siguen respondiendo por el hecho de sus hijos. Es lo que sucede cuando han sido privados de la responsabilidad parental por las causales del art. 700. Esta interpretación es la que se sostiene durante la vigencia del Código Civil, basados en que no era posible que la reprochable conducta del progenitor generase la liberación de las obligaciones surgidas de la patria potestad.⁽³²⁾

Mayor esfuerzo interpretativo requiere establecer si la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental también hace cesar la responsabilidad de los progenitores por los daños causados por los hijos. El Dr. Edgardo López Herrera sostiene que la suspensión y la privación de la responsabilidad parental excluyen la responsabilidad de los padres dado que reposa sobre ella, salvo que le sea atribuible a los propios padres la falta de convivencia, como en el caso de que hubieran abandonado al hijo.⁽³³⁾

En nuestro criterio, el análisis de las normas implicadas y su finalidad nos llevan a la convicción de que en el sistema establecido en el CCyC la responsabilidad de los padres está ligada a la titularidad de la responsabilidad parental y no a su ejercicio, por las siguientes razones: a) la delegación del ejercicio, conforme la norma del art. 643 última parte, no hace cesar la responsabilidad parental; b) la imposibilidad de evitar el daño ya no constituye causal de liberación de la responsabilidad de los padres; c) la solución se concilia mejor con la irrelevancia de la imputabilidad *iuris*

(32) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA R., en A. C. Belluscio (dir.), E. A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes...*, op. cit., p. 602, N° 5 de la glosa al art. 1114; REYNA, CARLOS A. en Bueres, A. J. y Highton, E. I., *Código civil... y normas complementarias*, p. 643, n° 4 de la glosa al art. 1114; MOLINA DE JUAN, MARIEL F., "La responsabilidad ...", op. cit., t.III, cap. III.c).

(33) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO S., "Responsabilidad civil de los padres ...", op. cit., p. 5, y LLOnline AR/DOC/4394/2012, especialmente cap. VII.

y de culpa en la responsabilidad objetiva, que podría argumentarse en el caso de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden el ejercicio (art. 702 inc. c); d) la solución es la que mejor se concilia con la protección de las víctimas.

Admitimos que una objeción puede sostenerse sobre la base de que el primer párrafo del art. 1755 admite el cese de la responsabilidad “si es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente”. No obstante, creemos que la hermenéutica de esta transferencia de la vigilancia, transitoria o permanentemente, y al igual que el requisito de la convivencia, debe ser restrictiva y no literal.⁽³⁴⁾ Parece obvio que no es razonable interpretar que cuando se deja al menor al cuidado de la empleada doméstica o de un pariente cesa la responsabilidad de los padres.⁽³⁵⁾ La cesación de la responsabilidad de los padres solo se justifica cuando se combina la falta de convivencia por una causa real que no les es atribuible y que les impide la vigilancia;⁽³⁶⁾ por ejemplo, cuando el menor ha sido objeto de medidas tutelares que no obedecen a conductas reprochables de los padres que impongan su residencia bajo otra custodia o cuando resulta impedido de ejercer esa vigilancia por otro motivo que no les sea atribuible. Preferimos hablar de una causa real, antes que justificable, para que se entienda que no requiere que sea “legítima” como impedimento para el ejercicio del deber de control del padre; puede ser injusta, arbitraria o injustificada para él, pero es suficiente que impida realmente su posibilidad de vigilancia. Por ello, entendemos que no subsisten —bajo el nuevo régimen— algunas soluciones que la jurisprudencia adoptó bajo la vigencia de una responsabilidad subjetiva como la consagrada por el art. 1114 del Código Civil —con presunción de culpa—, como la interrupción de la convivencia por estudios universitarios en otra ciudad o cuando vacaciona con amigos o parientes. La prueba de las circunstancias que hacen cesar la responsabilidad pesa sobre los padres que la pretendan.

.....

(34) Así se interpreta en el marco de vigencia del Código Civil: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, en A. C. Belluscio (dir.), E. A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes...*, op. cit., p. 611, n° 8 c), de la glosa al art. 1114: ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, op. cit., p. 670, n° 140.4.

(35) Kemelmajer de Carlucci, Aída, en A. C. Belluscio (dir.), E. A. Zannoni (coord.), *Código Civil...*, op. cit., p. 618, N° 2 d) de la glosa al art. 1115.

(36) La solución consagrada en el art. 1755, segunda parte, responde al criterio doctrinal citado en nota 31.

La finalidad de la ley —garantía a los terceros por la conducta de los menores— puede entenderse satisfecha cuando la transferencia del poder de control se efectúa hacia un tercero responsable presumidamente solvente —llámese principal, establecimiento educativo que está obligado a poseer seguro—, pero no creemos que se satisfaga por el solo hecho de que no pueda ejercer la vigilancia porque esté con el otro ex cónyuge —en caso de separación o divorcio—, excepto que ello ocurra por un caso fortuito ajeno a la actividad de control y formadora —conjunta— que impone la responsabilidad parental, que es la razón por la que se responde. Creemos que la transferencia de la vigilancia debe ser “absoluta”, en el sentido de excluir el poder de injerencia del padre, como sucede cuando el menor está bajo la dependencia de un tercero o cuando está en el establecimiento educativo. Por ello, cuando el menor simplemente está pasando vacaciones con amigos o parientes la responsabilidad de los padres no cesa, ya que el responsable parental sigue teniendo el poder de dirección, en cuanto podrá fijar los límites a la conducta del menor a través de quien lo “represente”, en sentido no técnico.⁽³⁷⁾ Nos ratifica esa convicción el hecho de que en los casos en que no se desplaza la responsabilidad parental, sino simplemente su ejercicio, la responsabilidad de los padres subsiste (arts. 643 y 1755, primer párrafo, *in fine*). El sistema debe interpretarse en consonancia con la norma del segundo párrafo del art. 1755, que establece la no liberación de los padres por la falta de convivencia; si deriva de una causa es imputable, lo que lleva a pensar que la liberación se produce solamente cuando no le es atribuible.

En definitiva, el juez podrá apreciar los supuestos fácticos en que la transferencia de la vigilancia por sus circunstancias particulares ha hecho cesar la responsabilidad parental, en nuestro entender, con criterio restrictivo. No será ajena a esa discrecionalidad la apreciación del resultado al que conduce la liberación sobre la posibilidad de recibir indemnización por la víctima.

La norma debe, consecuentemente, ser entendida como una flexibilización que entra dentro del poder discrecional, pero razonable, del juez con el fin de evitar, por ejemplo, que progenitor totalmente excluido de la

(37) TRIGO REPESAS, FÉLIX A., en Cazeaux, P. y F. *Derecho de las obligaciones*, op. cit., pp. 118/120, N° 2637.

posibilidad de influir en dicha vigilancia por un hecho ajeno a su voluntad —a veces, por el otro progenitor— mantenga retenida la responsabilidad objetiva. A tal conclusión, contribuye la prescripción del art. 1733, inc. e) que, al reglar el caso fortuito —sinónimo de fuerza mayor, art. 1730, última parte—, establece la responsabilidad por el caso fortuito cuando constituye una contingencia del riesgo de la cosa o la actividad. Al respecto, no puede olvidarse que la responsabilidad objetiva se desentiende de la reprochabilidad de la conducta en el momento del hecho dañoso para afinar la atribución de un hecho o conducta anterior: el de la asunción de la garantía o el de la creación del riesgo.

Compartimos el criterio de que debe independizarse la responsabilidad de los padres de la separación de los padres, pues la co-parentalidad es realmente indisoluble, se comparte para siempre, salvo que el interés del menor justifique que se la “disuelva” y sin definitividad (arts. 700 y 701). Bien enseña Zavala de González que “las causas del distanciamiento entre los padres no deben influir en la responsabilidad por el hecho de los hijos”.⁽³⁸⁾ Por ello, pensamos que se ha abandonado el sistema de responsabilidad de los padres sobre la base del ejercicio de la responsabilidad parental (o llamada antes “tenencia o guarda del menor”) para apoyarse en la titularidad de la misma, con una norma de flexibilización que debe usarse razonablemente, ponderando las circunstancias de la causa presida por la premisa de una interpretación restrictiva.

4 | Algunas conclusiones provisorias

Esta aproximación revela que, las normas del CCyC:

- a. ha aumentado la prevención de los daños susceptibles de ser sufridos por los menores;
- b. aparece un nuevo protagonista responsable por los menores: el delegado en el ejercicio de la responsabilidad. La responsabilidad de este, de los tutores y curadores tiene una causal de eximición que evidencia un tinte más subjetivo;
- c. la responsabilidad de los padres se ha objetivado respondiendo a la tendencia de la doctrina nacional e inspirada en la necesidad de protección de las víctimas de daños causados por menores;

(38) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, op. cit., p. 669, n° 140.3.

- d. se ha delimitado con claridad los hechos por los cuales no responden los padres ni los delegados en el ejercicio de la patria potestad;
 - e. la responsabilidad de los progenitores se funda —en principio— en la titularidad de la responsabilidad parental;
 - f. no obstante ello, existe una válvula de escape flexibilizadora a través de la posibilidad de la cesación de la responsabilidad si el progenitor está impedido del ejercicio del deber de vigilancia por una causa que no le es atribuible;
 - g. la responsabilidad de los progenitores es solidaria, coherentemente con la preferencia por el ejercicio conjunto, aun cuando falte la convivencia.
-

El derecho a la educación inclusiva

Análisis de la jurisprudencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas⁽¹⁾

por **JUAN IGNACIO PÉREZ BELLO**⁽²⁾

I | Introducción

Los debates públicos sobre el sistema educativo suelen estar dominados por la cuestión salarial de cada marzo o por los siempre preocupantes resultados de evaluaciones internacionales.⁽³⁾ Aquí, en cambio, se lo abordará desde la óptica de los derechos humanos, en atención a los desarrollos sustantivos del derecho a la educación. En particular, el objeto de este trabajo será el derecho a la educación inclusiva. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPCD), aprobada por la ley 26.378 y ratificada por nuestro país en 2008, reconoce este derecho en su art. 24. El mismo viene a cuestionar y desafiar la política

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA (2009). Magíster en Derechos Humanos, Washington College of Law, American University (2013). Becario del "Disability Rights Scholarship Program", Open Society Foundations (2012-2013).

(3) Este tema, sobre todo en razón de su proyección mediática, no es inocuo ni inocente en relación al derecho a la educación inclusiva, afirmación que requeriría otro trabajo.

educativa actual y exige llevar adelante un proceso serio de reformas a fin de arribar a sistemas de educación plenamente inclusivos.

El Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, el Comité), creado bajo el art. 34 de la Convención, supervisa el cumplimiento de la CDPCD por los Estados a través del mecanismo de revisión de los Informes de Estados, que cuenta con la participación de la sociedad civil. El resultado del proceso consiste en la elaboración de observaciones finales del Comité. A la fecha, 19 Estados han completado este proceso de revisión.⁽⁴⁾

Luego de tres apartados introductorios sobre la educación inclusiva, su correlación con el modelo social de la discapacidad y sobre el proceso de adopción del art. 24 CDPCD, este trabajo ofrece un análisis comprensivo de la jurisprudencia del Comité en relación con el derecho a la educación inclusiva, a fin de observar los estándares que los Estados deben adoptar en el marco de su política educativa.

2 | Una distinción necesaria: educación inclusiva no es integración educativa

A fin de evitar un error muy frecuente, es sumamente importante distinguir entre estos dos modelos educativos, aunque sea en su más simplificada base conceptual, en particular porque el modelo de la educación inclusiva fue concebido a partir de la práctica previa del modelo de la integración.⁽⁵⁾ Además, la implementación de la educación inclusiva puede beneficiarse de dispositivos educativos desarrollados durante la implementación de la integración, como los planes personalizados de aprendizaje.

Siguiendo desarrollos anteriores,⁽⁶⁾ la Unesco ha provisto una descripción de la noción de educación inclusiva. En sus palabras:

(4) En orden cronológico: Túnez, España, China, Perú, Hungría, Argentina, Paraguay, Australia, Austria, El Salvador, Suecia, Azerbaiyán, Costa Rica, Nueva Zelanda, Corea del Sur, México, Ecuador, Bélgica y Dinamarca.

(5) THOMAS, G., y VAUGHAN, M., *Inclusive Education: Reading and Reflections*, Maidenhead, Open University Press, 2004, p. 89.

(6) Quizás, el principal precedente fue la Declaración de Salamanca de 1994. Para una evolución más detallada, ver PETERS, SUSAN J., "Education for All?: A Historical Analysis of International Inclusive Education Policy and Individuals With Disabilities", en *18 Journal of Disability Policy Studies*, n° 2, vol. 18, 2007, p. 98 y ss.

... la inclusión es vista como un proceso de abordaje y de respuesta a la diversidad de necesidades de todos los educandos a través del incremento de su participación en el aprendizaje, en la cultura y en la comunidad, y de la reducción de su exclusión **dentro de y de la educación**. Involucra cambios y modificaciones de contenido, de abordajes, de estructuras, de estrategias, con una visión común que abarca a todos los niños del rango de edad apropiado y la convicción de que es una responsabilidad del sistema regular el educar a todos los niños.⁽⁷⁾

Además, la inclusión se preocupa por identificar y remover las barreras al aprendizaje a través de la constante reevaluación de la política y de la práctica educativas,⁽⁸⁾ presta atención al rendimiento de los estudiantes,⁽⁹⁾ entendido como “los resultados del aprendizaje a lo largo del currículum, y no meramente los resultados de tests o exámenes”.⁽¹⁰⁾ Especialmente, involucra un “énfasis particular sobre esos grupos de estudiantes que puedan estar en riesgo de marginalización, exclusión y bajo rendimiento”,⁽¹¹⁾ como las personas con discapacidad. Debe observarse que el concepto de “educación inclusiva” no establece ninguna excepción por ningún motivo y presiona hacia sistemas educativos que puedan recibir a todos los estudiantes en el mismo entorno.

En cambio, el modelo previo de la integración se focaliza en la característica del niño como un problema al que le busca una solución que le permita adaptarse al sistema regular tal cual es. Aun si ambos modelos promueven iniciativas que reducen la segregación de personas con discapacidad en la educación, debe destacarse que en vez de **“una cuestión marginal sobre cómo algunos estudiantes pueden ser integrados en la educación regular, la educación inclusiva indaga sobre cómo transformar los sistemas educativos y otros entornos de aprendizaje a fin de responder a la diversidad”**.⁽¹²⁾ Así, contempla al propio sistema educativo como un

(7) UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION, *Guidelines for Inclusion: Ensuring acces to education for all*, 2005, p. 13. La traducción me pertenece.

(8) UNITED NATIONS EDUCATIONAL, *op. cit.*, p. 15.

(9) *Ibid.*

(10) *Ibid.*

(11) *Ibid.*, p. 16.

(12) *Ibid.*, p. 15. El resaltado me pertenece.

problema en razón de su incapacidad de acoger la diversidad, debido a diferentes elementos como su historia institucional, sus métodos y planes de estudios rígidos, las actitudes de los maestros, etc., requiriendo un diseño del sistema para ser universal en el sentido de recibir a todos los estudiantes independientemente de sus diferencias.⁽¹³⁾

3 | El modelo social de la discapacidad: correspondencia con la educación inclusiva

En el plano jurídico, la CDPCD adopta el modelo social de la discapacidad que surgió en oposición al modelo médico.⁽¹⁴⁾ A modo de simplificación, se debe señalar que el modelo médico se detiene en la deficiencia de la persona para aportar una definición de discapacidad. En cambio, el modelo social observa las estructuras sociales, las barreras de todo tipo (arquitecturales, comunicacionales, etc.) y las actitudes que contribuyen a la exclusión de las personas con discapacidad.⁽¹⁵⁾ En palabras de la CDPCD, “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la **interacción** entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.⁽¹⁶⁾

Un paralelo puede ser trazado entre los modelos educativos y los modelos de la discapacidad referidos, atendiendo también al orden de su aparición.⁽¹⁷⁾ En una primera etapa, caracterizada por la total exclusión de las personas con discapacidad de la educación, el modelo médico llevó a la

(13) RIESER, RICHARD, *Implementing Inclusive Education: A Commonwealth Guide to implementing Article 24 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Commonwealth Secretariat, 2008, pp. 13/19.

(14) Ver RIESER, RICHARD, *op. cit.*, pp. 16/18; KAYESS, ROSEMARIE y FRENCH, PHILLIP, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, en *Human Rights Law Review*, n° 1, 2008, pp. 20/25.

(15) Ver RIESER, RICHARD, *op. cit.*, pp. 16/18.

(16) CDPCD, Preámbulo, párr. e.

(17) No es intención del autor ofrecer una historia rigurosa de las instituciones educativas, cuestión que es relativa a cada país, sino tan solo ofrecer un panorama general y simplificado de esta evolución para una mejor comprensión del concepto de educación inclusiva.

creación de escuelas especiales diseñadas para atender personas según la deficiencia de que se trate (por ejemplo: escuelas para ciegos, para sordos, etc.), completamente separadas de las escuelas regulares.⁽¹⁸⁾ Posteriormente, y comenzando una transición dentro del propio modelo médico, surgió el enfoque educativo de la integración.⁽¹⁹⁾ Las personas con discapacidad pasarían a ser parte de la educación regular siempre que pudieran **funcionar** normalmente, a lo sumo con “pequeñas modificaciones y apoyo”. Si no, continuarían asistiendo a escuelas especiales. Esta práctica proveyó la oportunidad de desarrollar algunos dispositivos como los planes personalizados de aprendizaje, probablemente útiles para la práctica de la educación inclusiva.⁽²⁰⁾

Por otra parte, el modelo de la educación inclusiva viene a concordar con el modelo social de la discapacidad. Ambos, en vez de enfocarse en la deficiencia de la persona e intentar normalizarla, abordan la estructura social involucrada y sus diferentes barreras, en este caso, el sistema educativo y sus prácticas, a fin de permitir el acceso a las aulas regulares y la participación a todos, independientemente de sus características y de la diversidad que representan.

De este modo, es claro por qué el art. 24 CDPCD finalmente adoptó el concepto de “educación” inclusiva. Ningún otro habría sido consistente con el modelo social de la discapacidad. Pasemos ahora a comentar brevemente ese proceso de adopción.

4 | El proceso de adopción del art. 24

El proceso de adopción de la CDPCD⁽²¹⁾ muestra una evolución en la comprensión y toma de conciencia sobre la necesidad de establecer el concepto de la “educación inclusiva” como medio para abordar efectivamente el fenómeno de la exclusión de las personas con discapacidad en el área de la educación.

.....

(18) Ver RIESER, RICHARD, *op. cit.*, pp. 23/25.

(19) *Ibid.*, p. 23.

(20) El esquema simplificado seguido aquí, propuesto por Richard Rieser, en su afán de simplificación y claridad puede obviar ciertos matices en relación a la caracterización de este modelo de integración y su constante desarrollo.

(21) Los documentos correspondientes al proceso de adopción de la CDPCD están disponibles en: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=1423>

El primer proyecto, presentado por México, se refirió a la "inclusión en el sistema educativo regular"⁽²²⁾ de personas con discapacidad, pero al mismo tiempo a la obligación estatal de garantizar otras modalidades educativas, incluyendo escuelas de educación especial.⁽²³⁾ De una manera similar, el proyecto siguiente, del Grupo de Trabajo establecido por el Comité *ad hoc*, hacía mención del "deber de los Estados Partes de continuar tratando de satisfacer las necesidades de los estudiantes con discapacidad dentro del sistema educacional general",⁽²⁴⁾ pero incluía al mismo tiempo una cláusula debilitante que requería la provisión de educación especial: "en los casos en que el sistema educacional general no satisfaga adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad, se ofrezcan formas especiales y alternativas de aprendizaje".⁽²⁵⁾

Más adelante en el proceso, el presidente del Comité *Ad Hoc* expresó que se vislumbraba un "apoyo general a que se incluyera, como oraciones segunda y tercera del párrafo 1, una propuesta sobre la inclusión en el sistema general de educación".⁽²⁶⁾ Finalmente, la referencia a un sistema de educación inclusivo fue establecida,⁽²⁷⁾ y la cláusula debilitante

(22) CONVENCION AMPLIA E INTEGRAL PARA PROMOVER Y PROTEGER LOS DERECHOS Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Documento de trabajo presentado por México, 2002, A/AC.265/WP.1, art. 12(2).

(23) *Ibid.*, 12 (3).

(24) NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial, Proyecto de Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, 27/01/2004, Anexo I, A/AC.265/2004/WG/1, art. 17(3).

(25) *Ibid.*, art. 17(3). Ver también: "Comentarios al Proyecto del Grupo de Trabajo", [en línea] <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgdc17.htm#ii> (Inclusion International, una reconocida organización internacional, criticó este proyecto por no proveer "una base sólida para la educación inclusiva con el reconocimiento de las necesidades de grupos específicos"). La traducción me pertenece.

(26) CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial. Proyecto de Convención Internacional Amplia e Integral para Promover y Proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad, sexta sesión, 17/08/2005, A/60/266, Informe del Presidente, Anexo II, párr. 32, [en línea] <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6reporte.htm>

(27) CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial. Proyecto de Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad en

eliminada,⁽²⁸⁾ afirmando fuertemente el concepto de “educación inclusiva” y sus implicancias sistémicas.

Así, la CDPCD, al adoptar el art. 24, se decidió por una modalidad determinada para la política educativa que los Estados deben llevar adelante. Al hacerlo, proyecta sus efectos más allá de las personas con discapacidad, beneficiando a todos los estudiantes y, especialmente, a otros grupos en riesgo de marginalización, como los migrantes, minorías étnicas, etc.

Como señaló el Relator Especial sobre el derecho a la educación, una vez adoptada la CDPCD,

... [e]l concepto de educación inclusiva supone dos procesos íntimamente relacionados: por un lado cuestiona la educación tradicional (patriarcal, utilitarista y segregadora) y por otro lado se refiere a un mecanismo específico que busca asegurar una educación apropiada y pertinente para las personas con discapacidad y para otros grupos discriminados, motivo por el cual aspira a ser un modelo sistémico y sistémico.⁽²⁹⁾

Este sumamente sucinto repaso del proceso de adopción de la CDPCD es suficiente para mostrar que el art. 24 viene claramente a adoptar la modalidad de la educación inclusiva como la más adecuada para garantizar el derecho a la educación de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad, dejando de lado, rechazando, prácticas educativas segregadoras como las escuelas de educación especial; rechazo que será también hecho propio por el Comité en su práctica posterior.

.....

su séptima sesión, A/AC.265/2006/2, 13/02/2006, Anexo II, art. 24(1), [en línea]<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7report-e.htm>

(28) Art. 24 CDPD.

(29) Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación (Vernor Muñoz), “El derecho a la educación de las personas con discapacidad”, 19/02/2007, U.N. Doc. A/HRC/4/29, párr. 10.

5 | Desarrollo del derecho a la educación inclusiva por parte del Comité

Si bien recientemente el Comité dio inicio al procedimiento para la adopción de un comentario general sobre el art. 24 CDPCD,⁽³⁰⁾ a la fecha solo contamos con la letra del art. 24⁽³¹⁾ y las recomendaciones hechas por el Comité tras cada “diálogo constructivo” con los Estados Partes, sobre la que se basará la sistematización de estándares propuesta.⁽³²⁾

Es preciso aclarar que el proceso ante el Comité tiene distintas fases: a) informes iniciales del Estado, b) lista de cuestiones por parte del Comité, c) respuestas a la lista de cuestiones por el Estado, d) diálogo durante la sesión y e) observaciones finales del Comité. La sociedad civil puede presentar sus propios informes sombra cuando el Estado lo hace (a y c). Todo podría ser materia de análisis. No obstante, aquí se focalizará únicamente en el resultado, es decir: las observaciones finales.⁽³³⁾

A tal fin, debe recordarse que el Comité no es un tribunal internacional que emite sentencias, sino que expresa preocupaciones y emite recomendaciones. Además, la práctica de ciertos países puede ser tan abiertamente contraria a la CDPCD que no requiere sino recomendaciones algo generales. Quizás no sería prudente establecer interpretaciones definitivas sobre cuestiones específicas cuando aún resta dar pasos iniciales. Otros factores, como la escasez de tiempo,⁽³⁴⁾ la variedad de temas por abordar y las cuestiones

(30) Este proceso puede llevar aproximadamente dos años, como mínimo.

(31) Por tratarse de un artículo extenso no se lo cita. Tan solo se realizan referencias a su texto. Se recomienda su lectura detenida, sobre todo al momento de leer este trabajo.

(32) Aun si el objetivo de este trabajo es analizar la jurisprudencia del Comité, no debe dejar de resaltarse la labor del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en la materia, a través de su Estudio Temático referido en la bibliografía.

(33) A título informativo, puede señalarse que en los su informes, los Estados suelen mostrar falta de claridad conceptual, uso inadecuado de lenguaje y confusión entre los modelos de integración y educación inclusiva, incluyendo su uso como sinónimos (ej. Austria). Se vislumbra, además, una preponderancia del modelo de integración: si la persona no puede adaptarse a la educación común, será referido a una escuela especial. En algún caso, hasta se llega a acentuar como positiva la política de desarrollar o reforzar escuelas especiales (ej. China). Confusamente, se presentan textos legales que declaran basarse en la inclusión pero que contienen cláusulas que lo desmienten (por ejemplo, España, Suecia y Argentina).

(34) El Comité sesiona 2 veces al año. No funciona de forma permanente.

prioritarias de un país, pueden impedir cierta profundidad. Aun así, el Comité ha ofrecido importantes directrices y clarificaciones respecto del contenido del derecho a la educación inclusiva, como veremos a continuación.

5.1 | Distinción expresa entre educación inclusiva e integración

A pesar de que ya desde sus primeras observaciones finales —a Túnez—, el Comité ha venido recomendando a los Estados que incrementen sus esfuerzos para “asegurar la educación inclusiva”, nunca clarificó explícitamente qué significa “educación inclusiva”. Aún más, hasta fines del año 2013 (revisión de Austria), ni siquiera se había referido a la distinción entre educación inclusiva e integración.

En aquella primera oportunidad, en relación a Túnez, “preocupa[ba] al Comité que muchas escuelas **integradas** no cuenten con el equipo necesario para acoger a niños con discapacidad”.⁽³⁵⁾ Al adoptar este lenguaje sin reservas, siguiendo el informe del Estado, el Comité no aprovechó esa primera oportunidad para establecer la distinción entre los dos modelos, frecuentemente confundidos. Lo mismo sucedió un año y medio más tarde cuando el Comité elogió el dispositivo de “Plan de Educación Integrada” (“*Integrated Education Plan*”) de Hong Kong⁽³⁶⁾ recomendando únicamente la revisión de su efectividad.⁽³⁷⁾

De cualquier manera, en las mismas observaciones finales a China, el Comité subrayó que “el concepto de inclusión es una de las nociones fundamentales de la Convención y debe ser especialmente respetado en la esfera de la educación”,⁽³⁸⁾ y que el “el concepto de educación inclusiva es esencial para la aplicación del art. 24 y debe ser la regla y no una excepción”,⁽³⁹⁾ en relación a Macao (región administrativa especial dentro

(35) COMITÉ CDPD, O. F. sobre Tunisia, párr. 31.

(36) *Ibid.*, O. F. sobre China, párr. 73.

(37) *Ibid.*, párr. 74.

(38) *Ibid.*, párr. 36.

(39) *Ibid.*, párr. 95. Es interesante notar que mientras la versión en inglés se refiere a “*inclusive education*”, y así ha sido traducido aquí, la versión en español se refiere a “educación integradora”, lo que da cuenta de la confusión al respecto incluso en la labor de traducción oficial.

del país), mostrando un fuerte apoyo al modelo de educación inclusiva. A pesar de este apoyo, no ha habido aún por parte del Comité una conceptualización precisa, independientemente de los estándares y lineamientos que pueden ser extraídos de las recomendaciones.⁽⁴⁰⁾

Más aún, al considerar las políticas de Argentina, el Comité elogió la Ley Nacional de Educación 26.206 porque declara estar basada en el principio de inclusión cuando, en rigor, mantiene el modelo de la integración educativa focalizándose en las “posibilidades” de cada persona.⁽⁴¹⁾

Finalmente, superando el recorrido anterior, el Comité se refirió por primera vez y brevemente a la distinción entre inclusión e integración, aunque sin desarrollar al respecto. En el caso de Austria, tras haber notado que la traducción al alemán de la CDPCD, utilizada en ese país, utiliza la palabra “integración” en vez de “inclusión”,⁽⁴²⁾ subrayó que “existe cierta confusión entre educación inclusiva e educación integrada”.⁽⁴³⁾ Este comentario es sumamente importante para recordar que se trata de dos modelos diferentes que suelen ser confundidos, tanto en abstracto como en su aplicación práctica.

5.2 | Estándares para la reforma: avanzando hacia sistemas educativos inclusivos

Distintas recomendaciones del Comité abordan cuestiones estructurales para tomar en cuenta al diseñar e implementar procesos de reforma de la política educativa. Ha clarificado hasta cierto punto algunas cuestiones y ha sugerido pasos generales sobre qué hacer y qué no hacer, importantes a la hora de pensar estrategias y propuestas de política pública.

.....

(40) De ahí, la relevancia del proceso referido hacia un comentario general sobre el art. 24.

(41) Su art. 42 establece: “El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, garantizará la integración de los/as alumnos/as con discapacidades en todos los niveles y modalidades según las posibilidades de cada persona”.

(42) COMITÉ CDPCD, O. F. sobre Austria, párr. 6.

(43) *Ibid.*, O. F. sobre Austria, párr. 40. En este caso también se encuentran cuestiones de traducciones. En inglés, el Comité se refiere a “inclusive education”. En español, a “educación incluyente”, menos utilizado que “educación inclusiva”. Aquí también se ofrece la traducción más apropiada de la versión en inglés.

5.2.1. El rechazo explícito de la política de desarrollar instituciones de educación especial

A pesar de que el lenguaje de la recomendación a España podría dar la impresión de tolerar, hasta cierto punto, la existencia de instituciones de educación especial cuando el Comité le requirió que “[v]ele por que las decisiones de colocar a los niños con discapacidad en escuelas especiales o en clases especiales, o para ofrecerles un plan de estudios reducido, se adopten en consulta con los padres”,⁽⁴⁴⁾ al emitir tiempo después sus recomendaciones a China, el Comité fue mucho más claro en su rechazo de desarrollar formas de educación segregada: “El Comité expresa su preocupación por el elevado número de escuelas especiales y por la política del Estado Parte de **promover activamente** estas escuelas”.⁽⁴⁵⁾

Cierto es que el Comité no proscribió completa y explícitamente las escuelas especiales ni requirió su clausura inmediata. Solo expresó su preocupación por el “elevado número de escuelas especiales y por la política del Estado Parte de promover activamente estas escuelas”,⁽⁴⁶⁾ y por lo tanto, señaló, al menos, que esa no es la senda correcta según la CDPCD, que requiere sistemas de educación inclusiva. Este abordaje puede ser sensato si se considera que avanzar hacia una reforma educativa necesariamente lleva tiempo.

5.2.2. La educación inclusiva en todos los niveles del sistema educativo

El rechazo de las escuelas de educación especial referido es consistente con la referencia de un “sistema de educación inclusivo” (art. 24.1 CDPCD) y el principio de la “la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad” (art. 3.c CDPCD), y, si aún hubiera alguna duda al respecto, el Comité vino a despejarla. Aun si pudiera hoy parecer obvio, hay que subrayar que es un error grave señalar que un sistema educativo es inclusivo porque provee algún tipo de educación a las personas con discapacidad, incluyendo escuelas de educación especial. Desde la adopción de la CDPCD, y más aún desde el momento en que el Comité expresamente rechazó las escuelas especiales, no hay lugar alguno para tan errada interpretación que no tiene en cuenta que la educación inclusiva es una modalidad educativa.

(44) *Ibid.*, O. F. sobre España párr. 44 b).

(45) *Ibid.*, O. F. sobre China, párr. 35.

(46) *Ibid.*

De cualquier modo, el propio Comité explicitó este punto al considerar a Paraguay, distinguiendo, por un lado, el acceso al sistema educativo de las personas con discapacidad de, por el otro, la necesidad de que el sistema sea inclusivo en todos sus niveles, requiriendo por supuesto ambas cosas. El Comité le recomendó que “implemente una estrategia para permitir el acceso de todos los niños, niñas y adolescentes con discapacidad al sistema educativo nacional, y que la educación sea inclusiva en todos los niveles y en todo el país, con perspectiva de género y étnico-lingüístico pertinente”.⁽⁴⁷⁾ La misma recomendación fue recibida por Costa Rica⁽⁴⁸⁾ y Ecuador.⁽⁴⁹⁾

Un importante desafío para los Estados es el acceso de las personas con discapacidad a la educación superior. En ocasiones, esta cuestión ha sido materia de discusión para el Comité. En el caso de Nueva Zelanda, el Comité recomendó al Estado que incrementara los niveles de ingreso de personas con discapacidad en la educación terciaria.⁽⁵⁰⁾ En la misma sesión, respecto de Ecuador, subrayó la necesidad de fortalecer también los niveles superiores en miras a que devengan plenamente inclusivos, en particular el universitario.⁽⁵¹⁾

En materia de cobertura del sistema educativo, el Comité se ha permitido, en el caso de México, poner énfasis respecto de ciertos grupos específicos que encuentran mayores barreras en el acceso al sistema educativo de la educación común. El Comité llamó al Estado a “[a]doptar medidas para asegurar la escolarización de todos los niños y niñas con discapacidad, **prestando atención** a los niños y niñas con discapacidad intelectual y psicossocial, sordociegos y de comunidades indígenas”.⁽⁵²⁾ De este modo, el Comité recuerda explícitamente, más allá de la consigna general de establecer un sistema educativo inclusivo en todos los niveles, la necesidad de prestar atención a grupos específicos para los cuales el sistema educativo debe librarse de mayores de barreras.

(47) *Ibid.*, O. F. sobre Paraguay, párr. 58.

(48) *Ibid.*, O. F. sobre Costa Rica, párr. 48.

(49) *Ibid.*, O. F. sobre Ecuador, párr. 37 (a).

(50) *Ibid.*, O. F. sobre Nueva Zelanda, párr. 50.

(51) *Ibid.*, O. F. sobre Ecuador, párr. 37 d).

(52) *Ibid.*, O. F. sobre México, párr. 48 b).

5.2.3. La transferencia del alumnado de las escuelas especiales a escuelas inclusivas y el rechazo de las clases especiales en las escuelas regulares

A pesar de que el Comité no llegó a favorecer o sugerir una política de no admisión en escuelas especiales para su desmantelación progresiva, como fuera sugerido por el Consejo Nacional sobre Discapacidad de Austria,⁽⁵³⁾ sí realizó una importante aclaración que no debería pasar inadvertida durante procesos de reforma.

Al considerar a nuestro país, el Comité solicitó que tome “las medidas necesarias para que los estudiantes con discapacidad inscritos en escuelas especiales se incorporen a las escuelas inclusivas...”.⁽⁵⁴⁾ Esta recomendación viene a requerir que cualquier plan de reforma hacia un sistema de educación inclusiva debe incluir medidas para transferir al alumnado de la educación especial a la educación inclusiva. No sería aceptable que un Estado arguyera, sobre la base del principio de realización progresiva en materia de derechos sociales (art. 4.2 CDPCD), que comenzará por el alumnado que todavía no ingresó al sistema educativo. Así, el Comité fue mucho más lejos que en el caso de China. Los Estados deben dar pasos para vaciar las escuelas de educación especial y reubicar al alumnado en escuelas inclusivas para, eventualmente, eliminar las primeras y alcanzar un sistema plenamente inclusivo.

Más recientemente, en el caso de Australia, el Comité rechazó también el uso extendido de clases o unidades especiales para personas con discapacidad dentro de escuelas regulares. Le preocupaba que “los estudiantes con discapacidad sigan siendo remitidos a escuelas especiales y que muchos de los que están matriculados en escuelas convencionales queden en gran medida **relegados a clases o unidades especiales**”.⁽⁵⁵⁾ Aún peor, en el caso de Corea, lo preocupante es el hecho de que “los estudiantes con discapacidad en escuelas regulares regresan a escuelas especiales”.⁽⁵⁶⁾

(53) NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, Informe del Consejo Nacional sobre Discapacidad de Austria.

(54) COMITÉ CDPCD, O. F. sobre Argentina, párr. 38.

(55) *Ibid.*, O. F. sobre Australia, párr. 45.

(56) *Ibid.*, O. F. sobre Corea del Sur, párr. 45.

Una clara conclusión a extraer de las Observaciones Finales referidas hasta aquí, considerando lo señalado en los primeros apartados, es que no hay lugar para excepciones dentro de la educación inclusiva y, sobre todo, no hay lugar para escuelas de educación especial ni ninguna forma de segregación educativa al interior de las escuelas comunes.

5.2.4. La importancia del uso apropiado del presupuesto

El presupuesto del Estado es la herramienta que muestra sus prioridades y sus políticas públicas. Cualquier análisis sobre políticas públicas y cumplimiento de derechos será limitado si no intenta analizar los esfuerzos del Estado por promover reformas en el área de educación reflejados en la información presupuestaria.

El Comité recomendó en distintas ocasiones que los Estados asignen más recursos financieros, materiales y humanos para el desarrollo de sistemas educativos inclusivos.⁽⁵⁷⁾ En alguna oportunidad, recomendó específicamente que se “reasignen” recursos de la educación especial,⁽⁵⁸⁾ implicando que la transición de un sistema dual (con escuelas regulares y escuelas especiales) a uno inclusivo requiere la reorientación de recursos hoy destinados a la educación segregada hacia las medidas de apoyo y de ajustes razonables en el entorno regular que requiere un sistema inclusivo.

En una ocasión, estas recomendaciones estuvieron conectadas al requerimiento específico de establecer capacitaciones obligatorias para los docentes sobre pedagogías para la educación inclusiva para personas con discapacidad.⁽⁵⁹⁾ Esta recomendación específica subraya la importancia de las capacitaciones obligatorias, como así también explicita la necesidad de incluir este capítulo en las previsiones presupuestarias del Estado.

En general, podemos afirmar que estas recomendaciones buscan evitar la excusa estatal de la falta de fondos públicos para desarrollar políticas de reforma e invitan al monitoreo de los procesos presupuestarios, no solo durante la adopción del presupuesto, sino también a lo largo de su ejecución y fiscalización.

(57) *Ibid.*, O. F. sobre Argentina, párr. 38; Hungría párr. 41; Perú, párr. 37; Tunisia, párr. 32 (d); Bélgica, párr. 37; Azerbaijan, párr. 41 (b).

(58) *Ibid.*, O. F. sobre China, párr. 36.

(59) *Ibid.*, O. F. sobre El Salvador, párr. 50 (b).

5.2.5. La obligación de formar profesionales para la educación inclusiva

Esta obligación, prevista en el art. 24.4 CDPCD, también ha sido materia de interés por parte del Comité, cuya jurisprudencia muestra una evolución clara hacia su concepción en el marco de la educación inclusiva como así también hacia un desarrollo más detallado.

En un principio, en cambio, el Comité recomendó a Túnez que intensificara “la formación del personal de educación, incluidos los profesores y administradores”⁽⁶⁰⁾ de una manera muy general. Más adelante, con un lenguaje particular y ya superado, requirió a España que redoblara sus esfuerzos por proporcionar ajustes razonables, entre otras cosas, “prestando especial atención a la evaluación de la disponibilidad de **profesores con calificaciones especializadas**”.⁽⁶¹⁾ Debe notarse que el Comité no requirió una medida comprensiva de capacitación de la generalidad del personal docente, sino solo evaluar la disponibilidad de docentes especialmente calificados, lo que hace pensar que se encontraba con un pie en el modelo de la integración.

Ahora bien, la primera referencia explícita a la formación de docentes para trabajar en entornos educativos inclusivos llegó en el caso de Hungría y mantuvo un abordaje comprensivo de la generalidad de docentes y de personal educativo. El Comité le recomendó que “continúe la capacitación de docentes y de todo el personal de la educación para que puedan trabajar en entornos educativos inclusivos”.⁽⁶²⁾ Este mismo criterio comprensivo fue recientemente reiterado en los casos de Dinamarca y Corea del Sur.⁽⁶³⁾

En 2013 y 2014, el Comité ofreció especificaciones importantes con respecto al contenido, el carácter y el alcance (o cobertura) de la formación. En relación al contenido, recomendó a Austria que “redoble sus esfuerzos (...) por formar a maestros que utilicen la lengua de señas a fin de mejorar la educación de los niños y niñas sordos y con deficiencias auditivas ...”. Este criterio fue reiterado en los casos de Azerbaiyán y de Bélgica,

(60) *Ibid.*, O. F. sobre Tunisia, párr. 32 (c).

(61) *Ibid.*, O. F. sobre España, párr. 44 (a).

(62) *Ibid.*, O. F. sobre Hungría, párr. 41. Como en el caso de Macao (ver nota 37), aquí también se encuentran discordancias importantes entre las versiones en inglés y en español. Se ofrece aquí la traducción adecuada de la versión en inglés.

(63) *Ibid.*, O. F. sobre Dinamarca, párr. 53; sobre Corea del Sur, párr. 46 (c).

añadiendo la formación en braille y, en el segundo caso, las referencias a niños ciegos y sordo-ciegos.⁽⁶⁴⁾ La incorporación del lenguaje de señas dentro de la formación docente podría proveer argumentos para evitar la sola aceptación de meros intérpretes dentro de un sistema educativo realmente inclusivo.⁽⁶⁵⁾ A esto debe agregarse que el Comité recomendó a El Salvador la adopción de un plan para la “formación obligatoria de profesores en pedagogías de educación inclusiva para las personas con discapacidad”.⁽⁶⁶⁾ Así, el Comité fue más explícito al referirse a pedagogías de educación inclusiva, es decir, métodos específicos de enseñanza. Este abordaje fue luego sostenido, con otra redacción, para el caso de Costa Rica.⁽⁶⁷⁾

En relación al carácter de la formación, debe resaltarse que el Comité se refirió expresamente a la obligatoriedad de la formación necesaria, como se observa en la última cita sobre El Salvador, desechando la posibilidad de que los Estados cumplan por el solo hecho de ofrecer formaciones y cursos opcionales sobre educación inclusiva.

En cuanto al alcance (o cobertura), completando el antecedente de la recomendación a Azerbaiyán,⁽⁶⁸⁾ el Comité recomendó a Bélgica que “asegure que la educación inclusiva sea parte de la formación básica de los maestros en las universidades **como así también en los cursos de la formación regular en servicio**”.⁽⁶⁹⁾ Es decir, no basta con incluir cursos obligatorios en las currículas de estudios universitarios de magisterio y profesorado, como sugería la recomendación a Azerbaiyán, sino que deben también proveerse cursos obligatorios a los docentes actualmente en servicio. En palabras

.....
(64) *Ibid.*, O. F. sobre Azerbaiyán, párr. 41 (c); sobre Bélgica, párr. 37.

(65) El hecho de que la referencia del Comité este conectada al reconocimiento del Language de Señas Austríaco por parte de la Constitución de ese país no debiera ser visto como un obstáculo para generalizar la recomendación de que el lenguaje de señas debiera ser sabido y manejada por los docentes, pero sólo como una manera de reforzar esa recomendación en el caso de Austria, como lo demuestra el caso de Bélgica.

(66) Comité CDPCD, O. F. sobre El Salvador, párr. 50 (e); sobre Bélgica, párr. 37.

(67) *Ibid.*, O. F. sobre Costa Rica, párr. 46.

(68) Ver Comité CDPCD, O. F. sobre Azerbaiyán, párr. 41 (c), que requiere que la educación inclusiva sea parte de planes de estudio universitarios para que habilitan para la docencia.

(69) *Ibid.* Estas recomendaciones solo se encuentran disponibles en francés, la traducción me pertenece.

del Comité dirigidas a Ecuador, se trata de asegurar la “formación inicial y continua de docentes”.⁽⁷⁰⁾

Finalmente, el Comité también se ha referido a la necesidad de incrementar esfuerzos para formar maestros con discapacidad,⁽⁷¹⁾ a fin de incluirlos en la profesión docente.

5.2.6. El desarrollo de entornos, materiales y métodos accesibles y la promoción del acceso a las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TICs)

Si bien la CDPCD cuenta con un artículo específico sobre accesibilidad, tanto del entorno como de la información y de la comunicación (art. 9º), que tiene sus consecuencias en el ámbito educativo, el Comité no ha dejado de incluir referencias expresas a los aspectos de accesibilidad más ligados a la educación inclusiva bajo el art. 24.

Así, en sus recomendaciones al Salvador, el Comité se refirió a la necesidad de desarrollar materiales y métodos pedagógicos accesibles, como así también proveer acceso a las nuevas tecnologías y a internet a los estudiantes con discapacidad,⁽⁷²⁾ criterio reiterado en los casos de Azerbaiyán, Bélgica y Corea, con el agregado de la mención del entorno.⁽⁷³⁾ En el caso de México, el Comité incluyó la necesidad del uso del braille y del lenguaje de señas para garantizar la accesibilidad.⁽⁷⁴⁾

Estos puntos son importantes ya que requieren la provisión de acceso a nuevas tecnologías, muchas veces no accesibles económicamente, como así también el diseño de los materiales en formatos accesibles, entre los cuales se destaca el braille. La provisión de lenguaje de señas es imprescindible para que las personas sordas puedan acceder a los contenidos impartidos y participar activamente.

.....

(70) *Ibid.*, O. F. sobre Ecuador, párr. 37 (b).

(71) *Ibid.*, O. F. sobre Austria, párr. 43.

(72) *Ibid.*, O. F. sobre Salvador, párr. 50 (c).

(73) *Ibid.*, O. F. sobre Bélgica, párr. 37; sobre Azerbaiyán, párr. 41 (a), y sobre Corea, párr. 46 (b). En el caso de Ecuador, se reiteró la necesidad de adecuar los espacios, en particular, en relación al medio universitario (COMITÉ CDPCD, O. F. sobre Ecuador, párr. 37 (d)).

(74) COMITÉ CDPCD, O. F. sobre México, párr. 48 (c).

A fin de avanzar en materia de accesibilidad, el Comité recomendó adoptar medidas conjuntas con el sector privado.⁽⁷⁵⁾ Independientemente de los medios escogidos, la cuestión de la accesibilidad, en todas sus dimensiones, no puede ser ignorada en ningún plan comprensivo en materia de educación.

5.2.7. El deber de asegurar la participación de las personas con discapacidad en la implementación de las políticas educativas y el deber de evaluarlas

Estas dos cuestiones son aquí agrupadas porque pueden ser concebidas como el ciclo impulsor de reformas educativas. En efecto, así lo establece el art. 4.3 CDPCD, que regula que los Estados "celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente" con las personas con discapacidad en la elaboración y aplicación de legislación y políticas de implementación de la Convención. Más aún, la sociedad civil, y específicamente las personas con discapacidad, tienen un rol importante en el monitoreo de la CDPCD.⁽⁷⁶⁾ El monitoreo y la evaluación de la política educativa puede llevar a su readecuación, aun tratándose de cambios menores.

En esta línea, en el caso de Austria, el Comité recomendó "que recabe la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y sus organizaciones representativas, en la implementación cotidiana de los modelos de educación inclusiva introducidos en diversos Länderto".⁽⁷⁷⁾ Esta clara manifestación de la obligación general que emana del art. 4.3 CDPCD brinda una clara pauta de un constante y continuo proceso de participación.

En ese mismo período de sesiones, requirió a Australia lo que sería una verdadera medida de evaluación de una política educativa específica: "Llevar a cabo un estudio sobre la eficacia de las actuales políticas de inclusión educativa y el nivel de aplicación de las normas relativas a la educación de las personas con discapacidad en cada Estado y territorio".⁽⁷⁸⁾ Esta recomendación fue reiterada para el caso de Azerbaiyán,⁽⁷⁹⁾ añadiendo la

(75) *Ibid.*, O. F. sobre El Salvador, párr. 50 (c).

(76) Art. 33 CRPD.

(77) COMITÉ CDPD, O. F. sobre Austria, párr. 43.

(78) *Ibid.*, O. F. sobre Australia, párr. 46 (g).

(79) *Ibid.*, O. F. sobre Azerbaiyán, párr. 41 (d).

necesidad de evaluar la implementación de estándares de accesibilidad, y el de Corea del Sur.⁽⁸⁰⁾ Está claro que, en razón de los arts. 4.3 y 33.3, las personas con discapacidad deben estar implicadas en el proceso de investigación como una forma de monitoreo y, además, en la adopción de medidas basadas en sus resultados.

Cierto es que la aplicación de los arts. 4.3 y 33 en conexión con el art. 24 y el sistema educativo pueden ser sumamente desafiantes, pero no es solo un deber, sino también la posibilidad de obtener un *input* sumamente valioso para mejorar la práctica educativa.

5.3 | La obligación inmediata de proveer ajustes razonables

El art. 2º CDPCD define ajustes razonables como:

... las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran **en un caso particular**, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Es importante distinguir nítidamente este concepto de la cuestión de la accesibilidad, desarrollada en el art. 9º CDPCD. El ajuste razonable es requerido en ocasión de un caso **particular** y su provisión está condicionada a no ser una carga desproporcionada o indebida. Por su parte, las medidas de accesibilidad son generales y se dirigen a transformar el entorno físico, el transporte, los medios de comunicación y de información, etc., para que las personas con discapacidad puedan acceder a ellos autónomamente.

Sin embargo, puede suceder que un ajuste razonable funcione como medio para garantizar la accesibilidad en un caso particular, allí donde la accesibilidad aún no está garantizada.⁽⁸¹⁾ Es el caso de una rampa desmontable en una escuela, por ejemplo. Esto no quiere decir, de ningún modo, que los ajustes razonables se limiten a cuestiones relacionadas con accesibilidad. Pueden tener tantos objetos como casos y necesidades particulares

(80) *Ibid.*, O. F. sobre Corea del Sur, párr. 46 (a).

(81) COMITÉ CDPCD, Comentario General 2, art. 9º: Accesibilidad, párr. 25.

se presenten. Así, pueden consistir en la modificación parcial de un plan de estudios,⁽⁸²⁾ de un esquema horario general, de la provisión de mayor tiempo para realizar un examen, etc., siempre en casos particulares. Lo que sí puede señalarse es que la práctica de ajustes razonables como medio para garantizar la accesibilidad en casos particulares puede nutrir la reflexión para el diseño de medidas generales de accesibilidad.

El Comité ha hecho importantes afirmaciones respecto de la obligación de proveer ajustes razonables y sus características en el campo de la educación, principalmente en relación a España y Hungría. De cualquier modo, no ha provisto aún lineamientos a los fines de su aplicación ni ha clarificado la noción de carga desproporcionada o indebida, ni los factores que debieran ser tenidos en cuenta en relación a casos de educación.⁽⁸³⁾ Consistente con los arts. 2º y el 5.3 CDPCD, y con la jurisprudencia del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁽⁸⁴⁾ el Comité ha reiterado, bajo el art. 24, que “la denegación de ajustes razonables constituye discriminación”.⁽⁸⁵⁾

En segundo lugar, y reforzando la importancia de la obligación, el Comité sostuvo que “el deber de proveer ajustes razonables es inmediatamente aplicable y no sujeta a realización progresiva”.⁽⁸⁶⁾ A pesar de que esta interpretación podría haber sido construida con apoyo en la jurisprudencia del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁽⁸⁷⁾ es muy destacable que el Comité haya establecido este estándar bajo la CDPCD y en relación con el derecho a la educación inclusiva.

De aquí en adelante, Estados que no son parte del PIDESC, pero sí de la CDPCD, no pueden invocar la cláusula sobre realización progresiva

(82) JNAC. CIV., COM. Y CONT. ADM. FED. N° 2 SAN MARTÍN, “Emiliano Pablo Naranjo c/Universidad Nacional de la Matanza s/ Amparo Ley 16.986”, 22/11/2013.

(83) En su reciente decisión en el caso *Jungelin v. Suecia*, decidido el 02/10/2014, se pone en discusión la noción de carga indebida, aunque en relación con el derecho al trabajo.

(84) COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Comentario General 5, párr. 15.

(85) COMITÉ CDPCD, O. F. sobre España, párr. 43; sobre Hungría, párr. 41.

(86) *Ibid.*, O. F. sobre España, para 44.

(87) COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Comentario General 3. Establece la prohibición de la discriminación como una obligación de efecto inmediato.

(art. 4.2 CDPCD) para evadir su deber de proveer ajustes razonables en el área de la educación.

Además, otro elemento importante de esta obligación es la **gratuidad de la provisión**. El Comité recomendó a España que “asegure que los padres de niños con discapacidad no se vean obligados a pagar por la educación o por las medidas de ajustes razonables en escuelas comunes”.⁽⁸⁸⁾ Esta falta de condicionalidad de la obligación podría haber sido considerada implícita en la CDPCD, porque la provisión es una obligación estatal (al menos en relación con la educación pública). De cualquier modo, el Comité eliminó cualquier duda al respecto, lo que puede ser relevante para el sector de la educación de gestión privada.

Más recientemente, el Comité, preocupado por la calidad de la educación otorgada a alumnos con discapacidad en escuelas comunes, debido a la falta de ajustes razonables,⁽⁸⁹⁾ recomendó a Australia que incremente “sus esfuerzos para proveer ajustes razonables de la calidad necesaria en la educación”.⁽⁹⁰⁾ Este elemento —calidad necesaria— requiere que los ajustes razonables permitan educación efectiva y de calidad, no alcanzando con una educación por debajo de la media, y podría conducir a la evaluación constante de un ajuste concreto.

Realizados estos señalamientos, puede ser útil distinguir la obligación de proveer ajustes razonables en la educación (art. 24.2.c CDPCD) de la obligación “[del] apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva” (art. 24.2.d y e). La importancia yace en el reconocimiento del efecto inmediato de la primera frente a la argumentable sujeción a la cláusula de realización progresiva (art. 4.2 CDPCD) de la segunda.

En sus observaciones finales, el Comité recomienda a los Estados proveer y asegurar ambas cosas, distinguiéndolas pero sin elaborar al respecto. Por ejemplo, recomendó a Hungría que “intensifique de manera importante sus esfuerzos para ofrecer esas adaptaciones a los niños y adolescentes con discapacidad, según las necesidades de cada cual;

(88) COMITÉ CDPCD, O. F. sobre España párr. 44 (c).

(89) COMITÉ CDPCD, O. F. sobre Australia, párr. 45.

(90) *Ibid.*, párr. 46.

proporcionar a los estudiantes con discapacidad el apoyo necesario en el sistema de educación general".⁽⁹¹⁾

En primer lugar, debemos recordar que en tanto modificación requerida en un caso particular, el ajuste razonable se encuentra por fuera de lo previsto por el sistema. Surge cuando las necesidades de un caso particular desafían una estructura o práctica existente del sistema,⁽⁹²⁾ pudiendo tener tantos objetos imaginables como situaciones particulares existen. Por ejemplo, la modificación parcial de un plan de estudios universitarios referido anteriormente.⁽⁹³⁾ La denegación de ajustes razonables es una forma de discriminación y la obligación de proveerlos es, como ha dicho el Comité, de cumplimiento inmediato.

En cambio, los apoyos son —o deberían ser— parte del sistema educativo inclusivo, previstos para su funcionamiento.⁽⁹⁴⁾ Como parte del derecho a la educación, podría argüirse que la obligación de su provisión está sujeta al principio de realización progresiva en materia de derechos económicos, sociales y culturales que, por supuesto, no es una licencia para demorar la adopción de medidas.⁽⁹⁵⁾

Hecha la distinción, es la impresión del autor que ambos conceptos serán confundidos en la práctica, especialmente allí donde haya sistemas de educación común donde la provisión de apoyos para personas con discapacidad (por ejemplo, asistente para la enseñanza) sea insuficiente o directamente inexistente. En esos casos, se requerirán con razón ajustes razonables para prevenir la discriminación y el rechazo de la educación común cuyo objeto

(91) *Ibid.*, O. F. sobre Hungría, párr. 41. En la versión en inglés queda claro que la primera parte se refiere a ajustes razonables: "*increase its efforts to: provide reasonable accommodation to children with disabilities based on the student's individual requirements*".

(92) A este respecto, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos tiene dicho que "aún los sistemas educativos inclusivos más avanzados pueden presentar lagunas en su diseño debido a las necesidades específicas de los estudiantes", lagunas que pueden intentar solucionarse de "forma sistémica o mediante ajustes razonables", ergo, de forma individual (ver ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Estudio Temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación, A/HRC/25/29, párr. 42).

(93) JNAC. CIV., COM. Y CONT. ADM. FED. N° 2 SAN MARTÍN, "Emiliano Pablo Naranjo c/Universidad Nacional de la Matanza...", fallo cit.

(94) ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Estudio Temático sobre el derecho de las personas..., cit., párrs. 45/49.

(95) Al respecto, ver COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General 3.

podría consistir en medidas de apoyo suficiente que el sistema debería ofrecer y aún no ofrece, y los Estados estarán obligados a brindarlos en razón del carácter inmediato de la obligación de proveer ajustes razonables.⁽⁹⁶⁾

Es de esperarse que la futura observación general sobre el art. 24 venga a arrojar claridad y mayor profundidad sobre esta cuestión de la posible confusión de ambos conceptos en contextos determinados. Por lo pronto, aquí el autor se limita a señalarla para tenerla presente y lidiar con ella.

5.4 | Garantías frente a las decisiones de inscripción y a la práctica educativa

Como se ha señalado, las recomendaciones a España, segundo país revisado, pareció tolerar en cierto punto la existencia de educación segregada al centrarse sobre el rol de la voluntad de los padres. Al Comité le preocupaba, además de la continua exclusión y segregación, “los casos de niños inscritos en la educación especial **contra la voluntad de sus padres**”. Esto podría haber sugerido que, si se contaba con la voluntad de los padres, las instituciones de educación especial aún podían tener lugar bajo la Convención.

Aun si las instituciones de educación especial fueron rechazadas más explícitamente en recomendaciones subsiguientes a otros Estados, como China, el Comité continuó efectuando recomendaciones de corte procedural, que hoy pueden ser utilizadas como mecanismos para proteger el derecho a la educación inclusiva, allí donde aún existen ubicaciones en escuelas y/o clases especiales. Se trata de un abordaje práctico a la realidad de un sistema que tiende a excluir y segregar. Sin discutir el principio de educación inclusiva, donde el sistema aún falla y excluye, las decisiones de este tipo no pueden ni ser definitivas ni inapelables.

En tal sentido, el Comité recomendó a España “asegurar que las decisiones de ubicar niños con discapacidad en escuelas especiales o en clases especiales, o de ofrecerles únicamente una currícula estándar reducida, sean tomadas en consulta con los padres”. Esta redacción es muy tímida en cuanto a garantizar a los padres solo lo que el Estado debe consultarles. No queda claro si se requiere que los padres presten su consentimiento.

(96) La falta de desarrollo de los conceptos de carga desproporcionada o indebida obligan a limitar el análisis a lo comentado.

Lo que quedó claro aquí es que los padres deben tener voz durante el procedimiento.

Podría agregarse que el interés superior del niño y sus opiniones deberían ser tenidos en cuenta de acuerdo con el art. 7° CDPCD que establece que “el interés superior del niño debe ser de consideración prioritaria”⁽⁹⁷⁾ y reconoce el “derecho a expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que le conciernen”.⁽⁹⁸⁾ Esto no es una cuestión menor en relación a la educación porque los padres pueden dar relevancia a sus propios intereses cuando aprueban una decisión determinada. Por ejemplo, cuando la disyuntiva que se les plantea es entre una educación de jornada completa en la escuela especial y una educación de media jornada en la escuela común (sea por inclusión o integración), la decisión de los padres puede favorecer la primera opción para aliviar la carga de sus responsabilidades de cuidado.

La segunda, y muy importante, garantía requerida por el Comité es el **derecho a apelar cualquier decisión de emplazamiento en ambientes educativos segregados**. Recomendó a España que asegure que “cualquier decisión de orientación de niños hacia ambientes segregados pueda ser apelada simple y efectivamente”.⁽⁹⁹⁾ Esto es sumamente importante ya que permite proteger el derecho a la educación inclusiva y permite desarrollar el uso del concepto de ajustes razonables y la práctica de su provisión.

Es importante destacar que el Comité reconoció estas dos garantías procesales (participación y derecho de apelar) **bajo el derecho a la educación inclusiva cuando la orientación e inscripción es contraria al ambiente inclusivo, como se planteó la cuestión en el caso de España, y no dijo nada respecto del caso en que la decisión favorezca la inclusión en la educación común**. De ahí que pueda argüirse que el Comité no pretendió reconocer, bajo el art. 24, el derecho de los padres a apelar una decisión de emplazamiento en un ambiente inclusivo en el aula común. Esto es destacable cuando se piensa en el reconocimiento o no de un supuesto derecho de elección de los padres entre educación especial o educación inclusiva en el aula común.

.....

(97) Art. 7° CDPCD.

(98) De manera similar, ver COMITÉ CDPD, O. F. sobre Australia, párr. 19 (b).

(99) *Ibid.*, O. F. sobre España, párr. 44 (d).

Si la CDPCD no reconoce el derecho a apelar una decisión que favorezca el ambiente inclusivo, ¿no se sigue acaso que ni el Comité y ni la CDPCD reconocen, bajo el art. 24, un supuesto derecho de elección de los padres? Si la agencia estatal, tras un procedimiento adecuado, resuelve por un ambiente inclusivo bajo el art. 24, no parece que los padres puedan argüir en contra, sea en su propio derecho o representando a su hijo. Pareciera ser que la única alternativa de los padres consistente con el art. 24 debiera ser reclamar por una mejor calidad de la educación impartida a su hijo/a con discapacidad en la educación común, es decir, más y mejores medidas de apoyo, ajustes razonables, etc., tendientes a garantizar el goce adecuado del derecho a la educación inclusiva.

Abordando otra cuestión, en el caso de Dinamarca, el Comité no toleró la exclusión de categorías de niños de la posibilidad de reclamar, esta vez en el marco de la provisión de apoyos en la educación común. La legislación danesa solo permite efectuar reclamos por falta de apoyo suficiente a aquellos niños que cuenten con más de nueve horas de apoyo semanal, excluyendo así a aquellos que contaran con menos (quizás los más interesados en reclamar mayores apoyos, por cierto). El Comité recomendó al Estado que modifique sus leyes "para asegurar que **todos** los niños con discapacidad puedan presentar un reclamo frente a una autoridad independiente si no reciben el apoyo educativo adecuado".⁽¹⁰⁰⁾

En cuarto lugar, en la última cita, vemos que el Comité agregó una especificación muy importante que no había explicitado en el caso de España: la autoridad que recibe el reclamo debe ser independiente. Esto sugiere que no puede ser el propio Ministerio de Educación, obligado a cumplir con la provisión de apoyos y ajustes razonables. Podría ser un órgano judicial, a través de los mecanismos procesales existentes, el que garantice la justiciabilidad del derecho a la educación.

Los elementos que se han referido en este apartado son distintas dimensiones de lo que el Comité, en una frase más escueta, vino a requerir a Nueva Zelanda: "establecer un derecho a la educación inclusiva justiciable".⁽¹⁰¹⁾

(100) COMITÉ CDPCD, O. F. sobre Dinamarca, párr. 55. Disponible solo en inglés, la traducción me pertenece. En el caso de Ecuador, el Comité recomendó facilitar los procedimientos de queja ya existentes a fin de garantizar un monitoreo más efectivo de las obligaciones del Estado en materia de educación inclusiva (Comité CDPCD, O. F. sobre Ecuador, párr. 37 (c).

(101) COMITÉ CDPCD, O. F. sobre Nueva Zelanda, párr. 50.

6 | Consideraciones finales

Como ha podido vislumbrarse, el derecho a la educación inclusiva, reconocido en la CDPCD a nivel internacional, plantea numerosos desafíos a la política pública del Estado. Exige una importante transformación del sistema educativo existente que incluye reformas legales, la cual requiere decisión política de emprenderla, como así también la labor coordinada de numerosos actores, incluyendo los que hoy tienen su rol y función en relación a la educación de personas con discapacidad, sea desde el ámbito de la educación o de otros. En particular, la participación de organizaciones de personas con discapacidad debe ser garantizada, en razón del art. 4.3 de la Convención.

Este trabajo ofreció un desarrollo sistematizado de los lineamientos trazados por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus 19 Observaciones Finales, en relación con el art. 24, con miras a centralizarlos en un mismo documento y poder ofrecerlos al lector. Este repaso de la jurisprudencia del Comité nos brinda numerosos elementos del contenido del derecho a la educación inclusiva, incluyendo los mecanismos para su protección por parte del intérprete autorizado por la propia convención. Estos elementos pueden contribuir a la práctica jurídica cotidiana que se enfrenta a los conflictos que afectan la escolaridad de las personas con discapacidad. Ante la insuficiencia de los sistemas educativos actuales y sus estructuras, la obligación de efecto inmediato de proveer ajustes razonables, parte de la obligación de no discriminar, ha de tener un rol crucial en la resolución judicial de conflictos, como así también en el desarrollo de la práctica educativa y de la toma de conciencia sobre la necesidad de su reforma sistémica en relación al derecho reconocido.

Es de esperarse que la próxima Observación General al respecto, cuyo proceso de elaboración está comenzando en el seno del Comité, venga a confirmar una vez más los elementos señalados en su jurisprudencia y a brindar respuestas más precisas a las preguntas que el derecho a la educación inclusiva pueda aún suscitar.

Educados en la comodidad⁽¹⁾

por JOSÉ MARÍA SALGADO⁽²⁾

"Llega un momento en que es necesario abandonar las ropas usadas que ya tienen la forma de nuestro cuerpo y olvidar los caminos que nos llevan siempre a los mismos lugares. Es el momento de la travesía. Y, si no nos animamos a emprenderla, nos habremos quedado para siempre al margen de nosotros mismos"

Fernando Pessoa

I |

Cuando la estructura es el todo, nadie puede salir de lo predispuesto y quien lo intenta —con aciertos o errores— es sencillamente expulsado. Negar la matriz es también imponer otra (o incluso afirmar la nada) y pretender la existencia de otra verdad; es, en definitiva, imponer la misma secuencia. Señalar la existencia de otros modos, de otros análisis y de otras miradas, la mayor parte de las veces, cuando se carece del acompañamiento del poder dominante, es seguir la suerte de las ideas que sedimentan la historia y son pasadas al libro del olvido.

Khun señalaba que cuando un miembro de una comunidad científica esgrimía una teoría que venía a resolver un problema que no estaba *a priori* en el inventario de cuestiones a solucionar, el paradigma vigente era incapaz de validarla. Sencillamente porque se encontraba por fuera

.....
(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Profesor de Derecho Procesal (UBA). Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Prosecretario Letrado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

de los fundamentos en los que se asentaba el conocimiento vigente en ese tiempo. Los paradigmas vigentes suelen atraer a la mayor parte de las personas que componen una generación de estudiosos a asumir sus conceptos como verdades únicas, infranqueables y ello limita el espectro de desarrollo científico. Sin embargo, no impiden que existan investigadores, o escuelas, que no crean en ellos o que trabajen para modificarlos. Quienes no acompañan las reglas fijadas por el paradigma o los que se aferran a viejos puntos de vista suelen ser ignorados en sus trabajos o eliminados de la profesión. Dicho contexto encarna una visión rígida del campo de estudio, que excluye aquellas miradas que no comparten sus fundamentos basales.⁽³⁾

Las ciencias educativas, aun cuando sería deseable que tuvieran otras pretensiones, se encuentran comprendidas en la lógica descripta. La cuestión se vuelve más notoria cuando el rol del educador está desempeñado por personas que, aun teniendo buenas intenciones y vocación por el conocimiento, no se encuentran preparados para dar esa lucha. Nuestras facultades de derecho están, mayormente, estructuradas como líneas fordistas que producen un único perfil de profesional. ¿Hasta dónde estamos dispuestos a validar, incluso en desacuerdo, ideas que no coinciden con las dominantes?

Hace poco participé de una discusión con mis alumnos respecto de la dinámica del curso. La conversación discurría hacia el cumplimiento de un reglamento interno y la modalidad de evaluación. En la defensa de una de las posturas surgió el argumento de la inclusión educativa como fundamento. No lo dije abiertamente, sino con un chiste ocasional, pero advertí una gran energía mal canalizada. Deseos de luchar para cambiar una realidad determinada, dispersos en un medio poco propenso a enseñar los resortes para hacerlo. Una realidad repetida, carente de una tradición que nos impulse a la incomodidad de las preguntas que aún no tienen solución. Hoy la revolución está en las aulas y en el conocimiento que cada persona puede adquirir como herramienta; el mecanismo más potente es la idea que desestabiliza la realidad, que la vuelve maleable y que deja ver lo que permanece invisibilizado.

.....

(3) KUHN, THOMAS S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Carlos Solís (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 70/73.

2 |

El tiempo de formación es determinante y lo que se deje para mañana no será realizado. En lo inmediato, la actualización del conocimiento de los operadores, sea en cuestiones jurídicas o extrajurídicas, es una cuestión abandonada al interés de cada uno. No hay revalidación de cargos o matrículas de ninguna especie.⁽⁴⁾ Existen espacios institucionales dedicados a la instrucción de profesionales en cuestiones estrictamente jurídicas. Su realización es optativa, gratuita y, en muchos casos, gozan de gran informalidad en la asistencia y en la evaluación de sus resultados. En el Consejo de la Magistratura de la Nación funciona la Escuela Judicial para aspirantes a cargos de magistrados o funcionarios; en los distintos colegios de abogados suelen ofrecerse cursos o conferencias relativas a temas puntuales y en cada fuero se organizan los cursos necesarios para la promoción de los empleados judiciales.

La formación universitaria, en la mayoría de los casos, ha quedado obsoleta, encorsetada en currículas diseñadas para otras necesidades y para otro mundo. Los operadores jurídicos de hoy son la cosecha de décadas de desprecio por la educación en general. Hacia fines del siglo pasado, destacaba Jaim Etcheverry, la importancia hacía la educación era meramente discursiva, dado que no trascendía de los mensajes políticos a acciones concretas.

De todas maneras, el cambio en esta área solo puede planearse mediante una acción constante de décadas. Entre 2003 y 2012 el porcentaje del Producto Interno Bruto destinado a educación creció desde el 3,64% al 6,81 %. En ese período se construyeron más de 1000 escuelas que incluyeron en el sistema educativo a medio millón de alumnos. Se implementó el programa Conectar Igualdad, se construyeron nuevos edificios universitarios, se crearon más de una decena de universidades y se mejoraron los sueldos para investigadores. La implementación debe ser progresiva y los resultados, como señala Echeverry citando

.....

(4) ROJAS, JORGE A., "La habilitación profesional: *vexata quaestio*. Nueva visión", octubre de 2001, presentado en la Academia Nacional de Derecho (Instituto de Derecho Procesal), [en línea] www.jorgearojas.com.ar

a Postman, son los niños que enviamos al futuro y que no habremos de ver.⁽⁵⁾

A nivel de grado los ejes referenciales no toman mucha nota de los cambios e incluso involucionan. El derecho procesal en la carrera de Derecho de la UBA, al que me refiero por conocer su realidad y que puede valer como muestra de una secuencia general, ha quedado reducido a una expresión mínima —una materia de cuatro meses para la parte civil y comercial, lo que se enseñe en la asignatura de derecho penal, los cursos del ciclo orientado (seis puntos)⁽⁶⁾ y lo que se aprende (por necesidad) en práctica profesional—. No se aborda la teoría general del proceso⁽⁷⁾ y existe un gran retroceso al presentar —merced a estas omisiones— la idea de que se trata de “meros trámites burocráticos” para hacer avanzar el expediente, cuando todos sabemos que sin garantías útiles los derechos materiales son declamaciones propias de los trovadores o juglares. La estructura de la currícula y el contenido asignado a cada uno de sus componentes, su ubicación, sus desproporciones, inequidades, sus centros y sus periferias, responden a una visión política —conformada a través de la historia— de lo que debe ser enseñado.⁽⁸⁾

La renovación de los docentes⁽⁹⁾ y, por tanto, el acceso democrático de nuevos conocimientos a la universidad pública, también registra demoras alarmantes que ya se cuentan por decenios. Once años transcurrieron des-

.....
(5) ETCHEVERRY, GUILLERMO JAIM, *La tragedia educativa*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2009.

(6) Se fijó a partir de 2004 (Resolución 3798/2004 CS) esa cantidad, también mínima, de puntos en estos términos: por lo menos dos deben corresponder a un curso que tenga como contenido los métodos alternativos de resolución de conflictos y otros dos deben corresponder a un curso de procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia. Los cursos en esta área se ofrecerán teniendo en cuenta las necesidades y falencias detectadas en los estudiantes durante el curso de práctica profesional.

(7) COLERIO, JUAN P., “En los umbrales de la desaparición del derecho procesal”, ponencia presentada en el XVI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado entre el 23 y el 26 de octubre de 1991, Bs. As. pp. 60/75. El derecho procesal en la UBA ha sido minimizado en el plan de estudios. También en la política que se emplea para la promoción de los docentes.

(8) Ver KENNEDY, DUNCAN, “Capítulo 1: La importancia política de la estructura del plan de estudios de la facultad de derecho”, en *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Bs. As., Siglo XXI, 2012.

(9) BARRAZA, JAVIER INDALECIO, “Los concursos docentes universitarios: Análisis doctrinario-jurisprudencial”, en *LL*, 2011-A, 729.

de el llamado, en el año 2003, a un concurso para cubrir tres cargos de profesores titulares. Luego se hicieron reiteradas convocatorias para cubrir cargos de profesores adjuntos desde el año 2005 y otra nueva convocatoria para renovación de cargos de profesores titulares. En los expedientes citados se encuentran involucrados 30 cargos docentes. Desde cada una de las convocatorias citadas poco se ha hecho,⁽¹⁰⁾ al punto que no se han tomado siquiera las pruebas de oposición. Lo propio sucede con la designación de los auxiliares docentes, cuya convocatoria fue efectuada en el año 2009.

Es un exceso injustificado, que seguramente se reitera en otras materias, propio de una facultad que parece haber olvidado la función primordial que está llamada a cumplir. No es una casualidad. Los docentes tenemos nuestra cuota de responsabilidad por asistir impávidos a tamaño avasallamiento. Todo tiene una explicación: somos el perfil de abogados que esa Alta Casa de Estudios formó.

El letargo es también editorial: la demanda está puesta en los trabajos jurídicos deseados por el mercado de los abogados que hemos sabido educar. Los que escriben cuestionando la matriz, si pudieran, serían publicados en el canto de las hojas, no sin antes hacer alguna sugerencia sobre su contenido al autor (¡a ver si se redime de una buena vez!).

El daño al desarrollo de la ciencia procesal, donde finca mi interés más cercano, es enorme. Es triste reconocerlo, pero estamos retrocediendo más allá de los fundamentos escritos hace más de un siglo y medio en la célebre Polémica sobre la "Actio" entre Windscheid y Muther⁽¹¹⁾ o en la teoría de las excepciones procesales de von Bulow,⁽¹²⁾ buscando cobijo en la comodidad de la ignorancia.⁽¹³⁾

.....

(10) Se designaron algunos jurados y el concurso del expediente N° 609.525/07 —que involucra un cargo— se llevó a cabo en la segunda quincena del mes de noviembre de 2014, coincidentemente con una nota presentada por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, expresando la preocupación que esa realidad le generaba. Ver *Revista de Derecho Procesal, Jurisdicción y Competencia*, 2014-2, Rubinzal-Culzoni, p. 625.

(11) WINDSCHEID, B. y MUTHER, T., *Polémica sobre la "actio"*, Bs. As., EJE, 1974.

(12) VON BULOW, OSKAR, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Bs. As., El Foro, 2008.

(13) IMBROGNO, PAULA M., "Demasiados abogados... ¿pocos procesalistas?", en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, n° 7, junio 2011, pp. 101/114.

3 |

La estructura nos marcó un sendero y los viejos profesores que habían visto otras realidades posibles ya no están para desafiarnos a tomarlas. Roitman Rosenmann marca la incidencia del poder dominante en esta cuestión:

Articular el conocimiento y hacer compatible un pensar acorde a la dinámica impuesta por el sistema es en sí una decisión política en la cual se modifican los mensajes, el discurso y la lógica de la acción comunicativa. En su conjunto, afecta todo el proceso de socialización. Así, se hace obligatorio modificar los contenidos de las enseñanzas y los programas educativos básicos para hacer frente a las innovaciones derivadas del naciente proceso de socialización sistémica.

La educación preescolar, básica, media y superior son los objetivos centrales del proyecto fundacional de un orden cuyo lenguaje debe coincidir con los principios y presupuestos que determinan la razón del pensamiento sistémico. Se trata de crear un "nuevo ser social" cuyos conocimientos le permitan adecuarse mejor al orden, dotándose, al mismo tiempo, de aquellos valores sobre los cuales se fundamenta el sistema; así se favorece una integración cimentada en un total acatamiento y disciplina a la dinámica interna impuesta del sistema. Para desarticular el pensar debe modificarse de manera completa el sentido del lenguaje, estableciéndose una relación sincrónica entre lo que comunica el sistema y lo asumido por el interlocutor...

Un sistema vivo con un hombre muerto. Un código con el cual operan los individuos. Un orden donde el tiempo histórico se circunscribe al tiempo del sistema. En este devenir de un tiempo sincrónico, el pensar, en tanto acto de apropiación de la realidad social de conciencia individual y colectiva, desaparece o se transforma en una actividad superflua y poco útil. Lo posible de pensar está ya pensado, no es necesario fundar conocimiento.⁽¹⁴⁾

(14) ROITMAN ROSENMAN, MARCOS, *El pensamiento sistémico. Los orígenes del social-conformismo*, Bs. As., Siglo XXI, 2003, pp. 49/50.

Bourdieu señala que los profesores de derecho son poco propensos a tomar públicamente posición sobre los problemas políticos y, en los casos en que lo hacen visible, por deber o necesidad, aquella se define en la relación entre las disposiciones éticas o las inclinaciones propiamente políticas y el mercado en el cual debe ofrecerse.⁽¹⁵⁾

La inteligencia es heterogénea porque no hay una única habilidad que la defina, es dinámica ya que nuestro cerebro toma múltiples estímulos y sus conexiones son las que generan nuestros progresos y las formas de manifestación de la inteligencia son tan peculiares como las huellas dactilares.⁽¹⁶⁾ Sin embargo, en el mejor de los escenarios, nos preparan para desarrollar nuestra vida de acuerdo a las reglas vigentes, a sus interpretaciones, excepciones y variantes. Nos inculcan que hay que conocer los fallos dominantes y la jurisprudencia comparada. Nos entrenan para detectar ciertas desigualdades y bregar por su equilibrio. Si nos mantenemos dentro de esa parcela esperada por todos, aseguran, seremos felices. Fuimos educados en la comodidad.

4 |

Hemos olvidado la importancia de tener una mirada creativa, de eludir el tedio de los moldes preconcebidos y de escudriñar el entorno desde una óptica distinta. Nos educaron guiándonos hacia un comportamiento conductista, desarrollado en un medio que genera una gran competencia para ir a ningún lado, haciéndonos creer que el destino de realización es ganar mayor comodidad y evitar las sanciones al pensar alternativo y crítico.⁽¹⁷⁾

.....

(15) BOURDIEU, PIERRE, *Homo Academicus*, Bs. As., Siglo XXI, 2003, pp. 94/95.

(16) ROBINSON, KEN, *El elemento. Descubrir tu pasión lo cambia todo*, Bs. As., Conecta, 2014, pp. 65/70.

(17) "El rechazo de la facultad de pensar, en tanto diferencia específica de la condición humana, reduce la vida de la persona a un comportamiento conductista donde prima la capacidad de sobrevivir en un mundo cerrado. Mundo en el cual no se contempla la posibilidad de cambiar su dirección ni su horizonte histórico. El ser humano, transmutado en operador sistémico, se conforma con el destino que le es transmitido por las reglas del sistema.

La vida del operador sistémico transcurre entre la complacencia y el conformismo de no querer modificar la realidad. Sus movimientos se limitan a transitar alegremente entre redes que no conoce, que no domina, pero que le son útiles para llegar a ninguna parte. Solo debe acatar las reglas del juego, y en ellas se penaliza el pensar alternativo y crítico.

Un día el prisionero de Platón descubre que sus cadenas están rotas, la sensación inicial es de zozobra e intenta volver denodadamente a su zona de confort, su estabilidad, su funcionamiento normalizador, pero no puede, "sabe que estuvo encadenado todo este tiempo y ahora siente, aunque con miedo, que se le abre un mundo nuevo. No es que vence la propensión a permanecer en la caverna, sino que no puede controlar el impulso que le exige levantarse y empezar a probar su cuerpo que hasta entonces no había ejercitado."⁽¹⁸⁾

El punto de desequilibrio, de desestabilización, que desencaje al sujeto y que remueva la estructura, ya no finca en la fuerza, porque la fuerza está en el pensamiento. Romper la linealidad, romper la ruptura. Salir. Hay que olvidarse de las recetas para salvarse, porque hay que escapar para hacerlo, no dejarse atrapar.⁽¹⁹⁾ Deberíamos familiarizarnos con ello, vivir en ello, no tener miedo a hacerlo. Sacar de nuestra mente la idea de que es algo tedioso. Deberíamos empezar a salir de la comodidad aprehendida y huir de nosotros mismos.

.....

Pero, ¿qué mide un hombre así concebido? Un individuo competitivo y depredador. Un individuo donde la ley es la ley del más fuerte, del más hábil y el mejor dotado para sobrevivir en un orden sistémico" (ROITMAN ROSENMAN, MARCOS, *op. cit.*, p. 107).

(18) SZTAJNSZRAJBER, DARÍO, *¿Para qué sirve la filosofía? (Pequeño tratado sobre la demolición)*, Bs. As., Planeta, 2014, p. 324.

(19) Darío Sztajnszrajber en *"Desencajados: filosofía + música"* (espectáculo teatral que analiza distintos conceptos filosóficos a través del rock nacional).

La educación en contexto de encierro

Algunas consideraciones a la luz de los derechos humanos⁽¹⁾

por **DANIELA SODINI**⁽²⁾

I | Introducción

Todos los habitantes tienen derecho a la educación, reconocido como derecho fundamental. Sin embargo, cuando se trata de las personas privadas de libertad, aparecen inconvenientes de índole política o práctica que impiden su real aplicación.

En ese sentido, no es inusual que la educación en contexto de encierro sea entendida como parte del tratamiento penitenciario y, como tal, sometida a las decisiones del Servicio Penitenciario, que puede restringir su acceso de acuerdo al cumplimiento o no de determinadas pautas. En general, dichas pautas no responden a una idea de lograr que las personas sometidas al régimen penitenciario gocen de su derecho a educarse, sino a imponer la autoridad y expandir el alcance de la condena a otras restricciones no contempladas como sanción penal.

En el presente trabajo analizaremos el derecho a la educación y tomaremos como puntapié inicial la reforma a la Ley Nacional de Educación, que significó la sanción de la ley llamada de “estímulo educativo”. Seguidamente,
.....

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogada (UBA). Magíster en Derecho Penal (USAL). Funcionaria del Ministerio Público Fiscal.

daremos una aproximación sobre la educación como derecho humano, así reconocido por distintos instrumentos internacionales, en la que está incluida la brindada en la cárcel. Luego abordaremos los inconvenientes que se generan cuando se intenta llevar la educación al contexto de encierro, para finalmente esbozar algunas consideraciones sobre el derecho a la educación en todos los ámbitos y, especialmente, en el encierro.

2 | Antecedentes parlamentarios de la Ley de Estímulo Educativo

En el marco de la ley 24.660 de Ejecución Penal (en adelante, LEP), el 27 de julio de 2011 se sancionó la ley 26.695, conocida como “Ley de Estímulo Educativo”, promulgada de hecho el 24 de agosto siguiente. Esta última norma reformaba el capítulo dedicado a la educación de la primera y su objetivo era asegurar el derecho a la educación pública de las personas privadas de libertad, a fin de que obtuvieran el mismo nivel educativo que cualquier habitante de la Argentina.

Además de garantizar la educación básica, esta ley ofrece incentivos para que quienes estén privados de libertad inicien estudios superiores. En ese sentido, quienes opten por concurrir a clases podrán reducir los plazos para acceder a las distintas etapas que conforman la progresividad de la pena. De acuerdo al estudio que se apruebe, se reducirán los plazos de la siguiente manera:

- a. Un mes por ciclo lectivo anual.
- b. Dos meses por cursos de formación profesional anual o equivalente.
- c. Dos meses por estudios primarios.
- d. Tres meses por estudios secundarios.
- e. Tres meses por estudios de nivel terciario.
- f. Cuatro meses por estudios universitarios.
- g. Dos meses por estudios de posgrado.

La misma ley aclara que estos plazos son acumulativos hasta un máximo de 20 meses.

Con la reforma, el legislador parte de la idea de que para impulsar a los detenidos a optar por actividades educativas, es necesario un sistema de

estímulo que, a partir de los logros académicos obtenidos, signifique un beneficio concreto relacionado con el cumplimiento de las penas.⁽³⁾

Durante el debate parlamentario, se destacó que la reforma fue producto de la experiencia y del impulso de los profesores que participaron en el Centro Universitario Devoto. Además, tenía en miras garantizar y estimular el acceso a la educación pública de toda persona privada de libertad, en concordancia con la nueva ley de educación, sancionada en 2006. También pusieron de resalto que la importancia de la reforma podía asimismo encontrarse en los altos porcentajes de detenidos sin estudios primarios y secundarios completos,⁽⁴⁾ y en la experiencia que daría cuenta que, de las personas que estando detenidas habían realizado estudios o terminado ciclos educativos, solo el 3% había reincidido.

Los altos grados de no educación o educación incompleta marcaban una característica esencial acerca de quiénes son los destinatarios de la prisión y acerca de cuáles son sus oportunidades al recuperar la libertad.

Durante el debate, la Diputada Puiggrós remarcó que, con relación al derecho a la educación, quien estaba en falta era el Estado, pues incumplía con su deber de considerar a los detenidos como sujetos plenos del derecho a la educación. El objetivo primordial que el legislador buscaba con la reforma era lograr que quienes están privados de libertad puedan recibir una formación sistemática, supervisada, y continuada una vez recuperada la libertad.

Otras de las razones medulares para la incorporación del estímulo era alcanzar el respeto a la dignidad humana en las cárceles con una pretensión de universalizar derechos.

Al debatir la reforma, trasuntaba la idea de reivindicar el derecho a estudiar de quienes estuvieran privados de su libertad, más allá de los beneficios procesales que se pudieran obtener. No obstante este objetivo, la ley

.....

(3) LÓPEZ, AXEL y LACOBUSIO, VALERIA, *Educación en la cárcel: un nuevo paradigma en la ejecución de las penas*. Ley 26.695, Bs. As., Fabián J. Di Plácido Editor, 2011, p. 59.

(4) De acuerdo a las estadísticas obrantes al momento de sanción de la ley, mencionadas en el debate en la Cámara de Diputados, de los 50.980 internos en cárceles federales, 2594 tenían secundario completo, 23.599 solo habían finalizado los estudios primarios, 11.410 no habían completado la primaria y 2910 no habían recibido instrucción alguna. Además, 24.525 no tenían oficio y 36.800 no habían participado de ningún programa de capacitación laboral.

ofrece el incentivo para avanzar anticipadamente al régimen progresivo de ejecución de la pena.

La idea de la reforma fue vincular los preceptos de la LEP con la Ley Nacional de Educación, ya que si bien la primera reconocía el derecho a la educación de quienes están privados de libertad, lo hacía de manera asistemática y desligada de la segunda. En efecto, aquella dedica el Capítulo XII a la educación en contextos de privación de la libertad, que caracteriza como una modalidad del sistema educativo destinado a asegurar el derecho a la educación de quienes están privados de la libertad. Reconoce la educación durante el encierro como un derecho humano que apunta al desarrollo integral de la persona y no como tratamiento penitenciario. Es de destacar que la norma aborda el tema de la educación durante el encierro con un lenguaje criminológico, sino educativo. Como señala Gutiérrez, esta ley debe entenderse como herramienta de una política pública que tiene en miras la expansión de la educación.⁽⁵⁾

Así también se ha entendido en el V Encuentro Nacional de Jueces de Ejecución Penal, donde al abordar la educación y el trabajo, la comisión n° 2 concluía instando: “al Estado nacional y a los Estados provinciales a que garanticen el derecho pleno de asignar trabajo y educación a las personas privadas de libertad, como también a quienes hayan egresado en libertad, arbitrando los medios necesarios para la efectivización de dichos derechos en las mismas condiciones que en la vida libre”.⁽⁶⁾

Si se repara que, en general, poco menos de la mitad de las personas privadas de libertad han cumplido con la instrucción primaria,⁽⁷⁾ se advierte fácilmente la importancia de la educación en los contextos de encierro, no como una herramienta para obtener determinados “beneficios”, sino como un derecho básico que debe ser satisfecho. A pesar de las razones expuestas, permanecía entre los motivos de peso para aprobar el estímulo

(5) GUTIÉRREZ, MARIANO, “El jardín de los senderos que se entrecruzan. Las dificultades de los garantistas para entender la educación como derecho”, 2012, [en línea] www.pensamientopenal.com.ar

(6) GUTIÉRREZ, “El jardín...”, *op. cit.*

(7) El “Programa de Educación en Contexto de Encierro” informó en 2007 que, de la población carcelaria, el 23% tenía primaria incompleta, mientras que el 47% la había completado. SCARFÓ, FRANCISCO *et al.*, “Avances en la normativa del Derecho a la Educación en Cárceles de la Argentina”, en *Revista Educación & Realidade*, v. 38, n°1, enero/mar 2013, [en línea] <http://www.scielo.br/pdf/edreal/v38n1/06.pdf>

educativo la idea subyacente de relacionar la educación con la seguridad, como mecanismo para “transformar” al detenido.

Tal como se señaló párrafos arriba, las modificaciones en torno a la educación en contexto de encierro responden a una política estatal tendiente a separar la educación en la cárcel de lo carcelario. Es decir, la educación no puede estar atada al “tratamiento penitenciario”. Esto es justamente lo que no se hace cuando se supedita el acceso a la educación a la buena conducta del preso. Lamentablemente, y a pesar de que se entiende a la educación como un derecho a ser garantizado para todos los detenidos, lo cierto es que la educación forma parte de del programa formulado por el servicio criminológico (art. 11, decreto 396/99). En consecuencia, los logros educativos obtenidos por la persona privada de libertad influirán en su calificación conceptual.⁽⁸⁾

Consecuentemente, la inclusión de la educación en los reglamentos penitenciarios, como integrante del concepto, trae aparejadas algunas objeciones. La primera, porque desplaza la idea de la educación como derecho transformándola en una obligación para obtener ciertos beneficios. Por otro lado, esa forma de entender la educación en contexto de encierro, vinculando su acceso al criterio de la administración penitenciaria sobre si se cumplieron o no las pautas establecidas a tal fin, da lugar a la arbitrariedad y discrecionalidad del Servicio Penitenciario con prescindencia de la real satisfacción del derecho a educarse. La educación es un derecho universal y, como tal, no puede verse limitado por una sanción disciplinaria del preso (como preso).

3 | El derecho a la educación como derecho humano

Numerosos instrumentos internacionales, incluso con jerarquía constitucional, reconocen el derecho a la educación como un medio para el desarrollo personal y para el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales.

El primer reconocimiento lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece que toda persona tiene derecho a la

.....

(8) LÓPEZ, NÉSTOR, *Las nuevas leyes de educación en América Latina. Una lectura a la luz del panorama social y educativo de la región*, Bs. As., CLADE / IPEUNESCO.

educación y que la instrucción elemental debe ser obligatoria (art. 26). El objetivo de la educación debe ser el desarrollo de la personalidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales. Se lo reconoce como derecho humano porque ayuda a quien lo recibe a comportarse y reconocerse como ser humano libre y en igualdad de derechos y, como tal, la educación debe ser universal, gratuita y obligatoria.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala que toda persona tiene derecho a la educación, entendida como el mecanismo para lograr una subsistencia digna, mejorar el nivel de vida y ser útil para la sociedad. Este derecho comprende el de igualdad de oportunidades. También establece como piso la educación primaria gratuita (art. 12).

Este derecho también es reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entiende a la educación como herramienta para el desarrollo de la personalidad y del sentido de dignidad, así como para capacitar a la persona para participar en una sociedad libre (art. 26). Además, exhorta al fomento de la educación fundamental en quienes no han recibido o terminado el ciclo primario.

En el contexto de encierro, encontramos que las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, adoptadas por la ONU en 1955, establecen que deben adoptarse todas las medidas necesarias para mejorar la instrucción de quienes están privados de libertad. También indican que la educación de los analfabetos y jóvenes será obligatoria. Finalmente, y quizás en concordancia con la reforma aquí tratada, señalan que la instrucción deberá coordinarse con el sistema de instrucción pública.

Estos instrumentos, interpretados a la luz de los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, ponen en cabeza del Estado (en este caso, a la Argentina como miembro de la OEA), asegurar a quien está detenido el derecho a la educación, que deberá ser accesible y brindarse sin ningún tipo de discriminación. También establece que, progresivamente, los Estados deberán promover la enseñanza secundaria, técnica, profesional y superior. La educación deberá proporcionarse en estrecha coordinación e integración

con el sistema educativo público. Además, propende a la colaboración de asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales e instituciones privadas de educación, siempre respetando la diversidad cultural y necesidades especiales de los educandos.

Como vemos, la educación es un derecho fundamental y no una función del cumplimiento de otro derecho. Sin embargo, y a pesar de los reconocimientos legales, una de las principales dificultades radica en que muchos de los funcionarios que deben implementar los programas educativos parten de la idea de que la educación es un mecanismo de ocupación y una herramienta para la reinserción social y no un derecho.

Daroqui señala que la "prisión" se funda en la privación de la libertad y se construye sobre tres pilares fundamentales: 1) el aislamiento como desterritorialización y reterritorialización en un nuevo espacio; 2) el panóptico; y 3) un tiempo que será instrumento de modulación de la pena. Con ellos se forma la "tecnología penitenciaria" que, desde su nacimiento, ha tenido por "misión" transformar al "sujeto delincuente" en "objeto de intervención penitenciaria" con el fin de transformarlo en un "hombre nuevo" y apto para la vida en sociedad en virtud de las denominadas ideologías "re", pues, con sus variantes, tienden a la recuperación, re-educación, re-socialización, re-habilitación y re-inserción. En esa línea, la educación se instrumentalizó como parte del tratamiento que garantiza dicha resocialización y "cura" al delincuente de sus supuestas deficiencias morales y sociales".⁽⁹⁾

Se plantea entonces un desafío para la política educativa, que debe separar a la educación en la cárcel de lo estrictamente carcelario. Es decir, no supeditar el acceso a la educación a la calificación del preso, confundiendo el derecho a la educación con el "tratamiento" penitenciario. Quizás sea conveniente dejar de ver al alumno que está privado de libertad como si esto último fuera una característica inherente a su persona y no una circunstancia temporal. De esa manera, sería mejor ver al alumno tal como es: un educando que, circunstancialmente, tiene restringida su libertad ambulatoria.

.....

(9) DAROQUI, ALCIRA, "La cárcel en la Universidad: el discurso penitenciario en la normativa y prácticas interinstitucionales", 2009, [en línea] http://www.ffyh.unc.edu.ar/archivos/la_carcel_en_la_universidad.htm

4 | Obstáculos para la educación en contexto de encierro

Como señalamos anteriormente, no obstante el reconocimiento que internacionalmente tiene la educación, esta ha encontrado serios límites en su aplicación y consolidación. Sobre esto, Gentili nos explica que la combinación de algunos factores en la educación latinoamericana ha permitido identificar un proceso de escolarización marcado por una dinámica de “exclusión incluyente”.⁽¹⁰⁾ Es decir, un proceso en el que los mecanismos de exclusión educativa se recrean y asumen nuevas fisonomías dentro de dinámicas de inclusión o inserción institucional que son insuficientes para revertir la negación de derechos presentes en toda segregación social. Este concepto de “exclusión incluyente” procura llamar la atención sobre todos los factores que se encuentran en un ciclo de discriminación, y alertar respecto de la necesidad de construir procesos sociales de inclusión necesarios para la realización efectiva de los derechos humanos. Como tales, estos procesos dependen de decisiones políticas orientadas a revertir las causas de exclusión.

Una de las maneras en que se ve negado el derecho a la educación es en el no reconocimiento de este derecho en la legislación, o su reconocimiento parcial o limitado. Esto puede darse al impedir el acceso a la educación de algunos sectores de la población. El grupo donde más se manifiesta esta exclusión es el conformado por personas de bajos recursos. Si a este grupo le agregamos la característica de “privado de libertad”, la negación del derecho a la educación se ve potenciada.

La exclusión no se da únicamente por la falta de posibilidades para acceder a la educación, sino también por las características que esta pueda tener: ofrecer un sistema educativo que no garantice ni cree condiciones para el acceso efectivo a una educación de calidad también genera exclusión. Tal como señala Bobbio, lo que da poder a un derecho humano no son solo sus fundamentos, sino su eficacia.

(10) GENTILI, PABLO, “Marchas y contramarchas. El derecho a la educación y las dinámicas de exclusión incluyente en América Latina (a sesenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos)”, en *Revista Iberoamericana de Educación*, n° 49, 2009, pp. 19/57, [en línea] <http://www.rieoei.org/rie49a01.pdf>

En esta línea de pensamiento, cuando comenzamos a analizar la ley de estímulo educativo, a pesar de los beneficios que claramente se pueden advertir sobre su aplicación, rápidamente aparecen problemas en su implementación.

La Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), en su informe anual de 2011,⁽¹¹⁾ analizó el derecho a la educación en cárceles federales y se expresó en torno a la ley de estímulo educativo. Destacó como favorable el intento legislativo de dar alguna respuesta a los problemas derivados del acceso a la educación de quienes están detenidos en un contexto hostil, lleno de trabas e impedimentos. Pero también hizo algunas observaciones sobre la norma. En ese sentido, observó como desfavorable que no se hubiera abordado el problema actual que significa la desigualdad de oferta de distintos niveles educativos en las diferentes unidades carcelarias. Tampoco se tuvieron en cuenta los obstáculos reales que representan las requisas previas y posteriores a la asistencia a clases. La PPN criticó la ambigüedad en la redacción del art. 140, que no aclara si puede aplicarse a la libertad condicional, a la asistida y a las salidas transitorias. Finalmente, puntualizó que se dejó de lado, al formular la norma, que el reglamento no exige plazos para el avance en las fases de progresividad, sino objetivos cumplidos del Programa de Tratamiento Individual (arts. 20 y 23, decreto 393/99). Esto último llevó a que, durante el primer año de aplicación de la ley, comenzaran a presentarse solicitudes de aplicación de la reducción temporal en institutos como las salidas transitorias, la libertad condicional o la asistida. La PPN brindó una interpretación en sentido amplio del art. 140 respecto de la procedencia del estímulo, en base al principio *pro homine* y *favor libertatis*, además de la interpretación progresiva de los derechos humanos. Sin embargo, varios magistrados —en particular, los del fuero de ejecución penal—, no siguieron esa línea de pensamiento, sino que se pronunciaron en contra de incluir a los egresos anticipados dentro del alcance del art. 140.

Por otra parte, no es ningún secreto que el servicio penitenciario, a diario, adopta medidas, —entendidas como “administrativas” y, por tanto, sin conocimiento del juez—, y que restringen el acceso a la educación.

El Comité Contra la Tortura, en su Informe 2007, enumera las restricciones a la educación que sufren las personas privadas de libertad. Entre ellas, encontramos los traslados compulsivos sin cuidado de la trayectoria

(11) PPN, “Informe Anual 2011”, [en línea] <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202011%20PPN.pdf>

educativa, los procedimientos internos de acceso a la escuela, la documentación solicitada para el ingreso a cada nivel educativo. También se advirtieron los inconvenientes que se suscitan entre la administración penitenciaria y la educativa en cuanto a la articulación entre ambas para implementar los programas educativos. A ello se añaden los problemas económicos en la obtención de materiales didácticos y tecnológicos, así como la limitación del presupuesto educativo en la cárcel. Otro factor es la falta de infraestructura acorde a las necesidades de cada unidad penitenciaria, que redundan en la carencia de espacio para realizar esas actividades. Por otra parte, se comprobó la superposición de oferta educativa en la que la educación básica formal se superpone con los programas de alfabetización. Esto lleva a confusión a los detenidos al exigírseles optar por una de ellas cuando en realidad no son sistemas que se descartan entre sí, sino que se refuerzan uno con otro. Finalmente, otro componente que no está debidamente articulado es la formación profesional, que muchas veces no es acorde a la vida en libertad y para la que se impone una adecuada formación acentuada en derechos humanos y vinculada al encarcelamiento.

La cárcel es por antonomasia el ámbito de restricción de la libertad ambulatoria y un lugar propicio para las violaciones a los derechos humanos, convirtiendo a quienes están detenidos en un grupo colectivo especialmente vulnerable. Las "Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables",⁽¹²⁾ definen a las personas en condición de vulnerabilidad como las que, por razón de su edad, género, estado físico y/o mental, o por circunstancias sociales, étnicas y/o culturales o económicas, encuentran dificultades para ejercitar con plenitud ante la justicia los derechos que le son reconocidos, considerando como causa de vulnerabilidad, entre otras, a la privación de libertad. En dicho documento se reconoce que la persona detenida encuentra dificultades para ejercer plenamente, ante el sistema de justicia, los derechos que le son reconocidos. Por tanto, se impone a los operadores del sistema judicial reconocer las reglas, respetarlas y utilizar todos los medios a su disposición para que se cumplan sus pautas y no convertirlas en una declaración de principios sin un alcance real.

A la condición de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y a las limitaciones que puedan encontrar para recibir educación, se

.....

(12) Aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4, 5 y 6 de marzo de 2008. La CSJN adhirió en la Acordada 5/2009.

suma el hecho de que una característica de las escuelas en contexto de encierro, que conspira contra una buena educación, es que son “escuelas totales”⁽¹³⁾ es decir, instituciones educativas con características cerradas. En ellas prevalece la disciplina y no son acordes al derecho a la educación, pues no se privilegia el abordaje de los principios de ciudadanía y de defensa de los derechos humanos. En muchas ocasiones, se da prioridad a los códigos internos disciplinarios, con la consecuencia obvia de limitar la libertad de expresión de los alumnos. Es más, en la mayoría de los casos, no se considera a quienes asisten a las escuelas como alumnos sino como “beneficiarios”. De esa forma, la educación en la cárcel no es entendida, por quienes deben procurar su satisfacción, como un derecho humano. Por el contrario, lo ven como un “beneficio” al que se podrá acceder si se cumplen con los requerimientos que la administración penitenciaria imponga.

Las limitaciones al acceso al sistema educativo no se reducen a la calificación de la conducta, sino también se extienden a aspectos más básicos, como la infraestructura edilicia, su carencia, o “cuestiones de seguridad”; y en virtud de esto, muchas veces se ve limitado el acceso a la educación de un grupo que, por sus características, es de por sí vulnerable.

La LEP establece que las diferentes etapas de la ejecución de la pena estarán sometidas al control del juez (art. 3º), principio que fue reforzado en el precedente “Romero Cacharane”,⁽¹⁴⁾ en el que la CSJN dejó en claro que la ejecución de la pena debe estar sometida al control del juez de Ejecución Penal (de la Cámara de Casación Penal y, eventualmente, de la CSJN) y que es un derecho constitucionalmente reconocido para quienes están detenidos exigir el control judicial de dicha etapa. En el caso específico de la educación en contexto de encierro, el control jurisdiccional de este derecho está contemplado mediante el remedio procesal de hábeas corpus correctivo (art. 142).

A pesar de la consagración de este principio en diversos instrumentos (nacionales e internacionales),⁽¹⁵⁾ la falta de implementación de medidas que

.....

(13) RIVAS, AXEL, *El Desafío del Derecho a la Educación en Argentina: un dispositivo analítico para la Acción*, Bs. As., Fundación CIPPEC, 2007, p. 124, [en línea] www.cippec.org

(14) CSJN, “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ejecución penal”, 09/03/04, Fallos: 327:388.

(15) De acuerdo con él, todas las decisiones de la ejecución de la pena que signifiquen una alteración en su cumplimiento (tipo de establecimiento en el que se alojará el interno durante el régimen progresivo, aplicación de sanciones disciplinarias que importen privaciones de

realmente propendan a conseguir esos fines ha permitido que la administración penitenciaria adopte decisiones arbitrarias, limitadoras del ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad. Es que, a pesar de que el art. 2º de la Ley de Ejecución Penal reconoce que el condenado puede ejercer todos los derechos no afectados por la condena, seguidamente deja libre el camino para las restricciones que puedan establecerse en las reglamentaciones.

En efecto, sin un control judicial de las medidas que se adoptan respecto de los internos, los agentes del Servicio Penitenciario cuentan con una amplia potestad de facto para estimar quién cumple o no con las reglas, y de ese modo determinar si pueden acceder o no a los programas educativos, convirtiendo el derecho a la educación en un instrumento de sumisión y disciplina. Diariamente, los detenidos están sometidos a la interpretación de la administración penitenciaria de lo que acontece en el cumplimiento de la condena, que es utilizado como elemento de presión sin que el juez de ejecución realice un control real de lo decidido administrativamente.⁽¹⁶⁾ Se concibe entonces a la educación como un privilegio supeditado a la “buena” o “mala” conducta de la persona detenida, situación que obviamente está librada al criterio del Servicio Penitenciario. De esa manera, el principal problema es entender un derecho como un beneficio que puede ser otorgado o denegado discrecionalmente por la administración penitenciaria.

Pareciera que, a pesar de todos los intentos que se hacen legislativamente para asegurar legislativamente el derecho a la educación, los propios legisladores introducen una y otra vez la cuestión penitenciaria en el ámbito educativo. Esto se ve claramente en la LEP, que indica que los alumnos deben respetar “... las orientaciones de la autoridad, los docentes y los profesores, respetar el proyecto educativo institucional, las normas de organización, convivencia y disciplina del establecimiento...” (art. 134). Y como si no quedara suficientemente claro, vuelve a introducir al servicio penitenciario como autoridad al indicar que el nivel de instrucción del detenido será certificado por las autoridades “educativas y penitenciarias” (art. 137).

derechos, avances y retrocesos en el régimen progresivo, obtención de salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional o alternativas para situaciones especiales), deben ser tomadas o controladas por un juez. GUILLAMONDEGUI, LUIS, “Los principios rectores de la ejecución penal. Su recepción en la jurisprudencia de la provincia de Catamarca”, 2005, [en línea] www.pensamientopenal.com.ar

(16) SALT, MARCOS, “Comentarios a la nueva ley de ejecución penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 1996/B, p. 664.

5 | Conclusiones

El derecho a la educación es un derecho humano y, como tal, posee la autonomía necesaria para que su respeto sea exigido con prescindencia del goce o no de otro derecho. No se trata de una condición necesaria para que otro derecho pueda ser plenamente gozado, sino un derecho fundamental que, como tal, debe ser satisfecho.

En el caso del contexto de encierro, la educación toma otra relevancia y debe ser atendida como un derecho pleno que no puede verse afectado por una sanción disciplinaria o por la ley, ni como parte de “tratamiento penitenciario”. Para ello, es necesario que cada reforma que se realice en torno a este derecho —como, por ejemplo, la “ley de estímulo educativo”—, sea entendida dentro de una perspectiva de reconocimiento de derechos sociales y como una política de gobierno, no como “beneficios” o como una técnica de resocialización. Por tanto, las críticas que se han hecho al dar preeminencia a la educación (a partir de la incorporación del estímulo educativo), por sobre otras actividades, pueden refutarse fácilmente si se reconoce que la importancia está dada porque se trata de un derecho humano que debe ser satisfecho.

Debe partirse de que se trata del reconocimiento de derechos fundamentales para un grupo social particularmente vulnerable, y recordar que la pena de prisión lo único que restringe es la libertad ambulatoria. De esa manera, no hay razones para restringir la satisfacción de los derechos fundamentales a quienes están privados de libertad.

Baratta entendía que la apertura de la cárcel a la sociedad y de la sociedad a la cárcel debía constituir un principio político. De esa manera, pensaba que en lugar de “tratamiento” correspondía ofrecer servicios para lograr la “reintegración”, que debían continuar dentro y fuera de la cárcel como “ejercicio de un derecho ciudadano”.⁽¹⁷⁾

Esta idea permitiría encarar programas de reconocimiento de derechos sociales, no como una política de reintegración, sino como la expansión de las políticas sociales y como el fortalecimiento de los derechos fundamentales en un ámbito muchas veces invisibilizado, esto es, la cárcel.

(17) GUTIÉRREZ, “El jardín...”, *op. cit.*

Responsabilidad parental y derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes

Enfrentando el reto de prepararlos para una vida independiente en sociedad⁽¹⁾

por CAROLINA VIDETTA⁽²⁾

“La educación se manifiesta como un fenómeno constitutivo del ser personal del sujeto que se educa, como algo propio y necesario, no sólo para regular su conducta, sino para constituirlo hábil para ser hombre”

Jean-Jacques Rousseau

I | Introducción

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para la realización de otros derechos humanos. Por su trascendencia, se ha visto plasmado en diversas normas tanto internas como internacionales. Nuestra Carta Magna reconoce históricamente, en su art. 14, el derecho de toda persona “de enseñar y de aprender”; a su vez, establece que la educación es una obligación indelegable del Estado y que debe estar orientada a la “promoción de los valores democráticos” (art. 75, inc.19).

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogada (UBA). Maestranda en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (UBA).

A ello deben sumarse los principios reconocidos en diversos tratados y convenciones que, conforme art. 75, inc. 22⁽³⁾ CN, gozan de jerarquía constitucional, y en las sentencias y opiniones consultivas emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De conformidad con la normativa constitucional, los sujetos obligados a garantizar el acceso a la educación de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA) son, por un lado, el Estado como garante de los derechos humanos fundamentales y, por el otro, los padres, tutores o guardadores, a quienes les compete “la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño”, conforme el art. 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN o Convención).

El art. 265 CC, en su texto actual, preceptúa: “Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen estos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna”.

Por su parte, el art. 264 CC, nos dice que: “La patria potestad es 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 estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”. Es decir, que se trataría de “un derecho-deber” que no solo se ejerce en el interés de los padres, sino también en atención a los intereses del hijo.⁽⁴⁾

Con esta misma orientación, el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) recientemente promulgado define a la responsabilidad parental como “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” (art. 638).

(3) El derecho a la educación ha sido reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 12); en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26); en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 12); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 13 y 14); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18); en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 10); y en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 28 y 29).

(4) GROSMAN, CECILIA, “Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental”, en *RDF*, n° 66, septiembre, 2014, p. 229.

Se observa en esta definición que el eje de la acción de los padres implica considerar y tratar al hijo como una persona titular de una serie de derechos que aseguren su mejor desarrollo, y los deberes de los progenitores están destinados a cumplir con dicho cometido. Esto es consecuencia del paradigma que surge de la propia Convención que reconoce al hijo como un sujeto de derechos, y ya no como un "objeto" de protección. De esta manera, los NNyA son personas que participan activamente de su proceso de crianza y educación, de acuerdo a cada etapa de su desarrollo.⁽⁵⁾

El tema es muy vasto, por lo que en esta ocasión centraremos nuestro esmero en el análisis de las discrepancias que puedan surgir entre los progenitores, particularmente cuando no conviven, y entre estos y sus hijos, en lo que respecta a la elección del establecimiento educativo, como así también si se imparte o no al niño educación religiosa, y si recibe o no información y educación sobre la sexualidad y la procreación responsable.

2 | Controversias entre progenitores por la elección del establecimiento educativo

En nuestro derecho interno, el Código Civil que nos rige actualmente, como el recientemente promulgado, establecen que ambos progenitores tienen la titularidad de la responsabilidad parental, trátense de hijos matrimoniales o extramatrimoniales. Durante la convivencia ejercen conjuntamente dicha responsabilidad, y se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos que expresamente establece el art. 264 quater, o en el caso del nuevo Código el art. 645, o cuando mediere expresa oposición (art. 264, incs. 1 y 5 del Código de Vélez, y art. 641, inc. a del que comenzará a regir a partir del 01/08/2015, conforme ley 27.077).⁽⁶⁾

.....

(5) GROSAN, CECILIA, *op. cit.*, p. 230.

(6) Si bien el nuevo Código Civil en cuanto a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental sigue similar criterio al Código de Vélez, introduce cambios en cuanto a los actos que requieren la doble conformidad de los progenitores (ver, al respecto, art. 645). Igualmente, a diferencia del texto actual, para cualquiera de los actos enunciados que requiere el consentimiento de los progenitores, si se trata de adolescentes (más de 13 años de edad, conforme art. 25 del nuevo Código), es preciso su consentimiento expreso, por aplicación del principio de autonomía progresiva del hijo (art. 639, inc. b). Asimismo, establece el ejercicio de la responsabilidad parental compartida en caso de separación de los progenitores.

Ahora bien, ¿qué ocurre con el ejercicio de la responsabilidad parental en los casos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio? En el sistema del Código vigente la titularidad de la mal llamada “patria potestad” la tienen ambos padres, pero el ejercicio de la función la posee quien ejerza la “tenencia” (art. 264, incs. 2 y 5 CC, tanto si se trata de hijos matrimoniales como extramatrimoniales). De esta manera, al otro progenitor solo le resta el derecho a tener una adecuada comunicación con su hijo y supervisar su educación (art. 264, inc. 2 CC).

A la luz de las normas que nos rigen actualmente, vemos que cuando media separación de los cónyuges la educación es una materia que pesa primordialmente sobre el progenitor que ejerce la guarda, quien tiene la iniciativa en la elección del establecimiento escolar; mientras que el otro progenitor solo puede vigilar desde afuera las decisiones sobre la educación de su propio hijo. Claro que no puede entenderse así en los casos en que haya mediado un acuerdo entre ambos cónyuges sobre la elección del establecimiento educativo y quien ejerce la guarda lo incumple sin que existan circunstancias sobrevinientes que lo justifiquen o resulten atendibles.

Así lo han resuelto nuestros tribunales en numerosos fallos. Tal es el precedente en que la madre interpuso recurso de apelación contra la resolución que dispuso que, a partir del próximo año lectivo, la niña F. concurra al Colegio Franco-Argentino de Martínez, Provincia de Buenos Aires, cuestión que fuera decidida por las propias partes, e incluida de modo expreso en el acuerdo judicialmente homologado en el juicio de divorcio, teniendo en cuenta la importancia de que la niña concurra a una institución en la cual la educación sea sobre la base de la nacionalidad de ambos padres. La madre argumentó que su hija es muy pequeña para afrontar diariamente el viaje desde su domicilio hasta el establecimiento escolar y pretendió postergar —hasta el inicio de la escuela primaria— el ingreso de la pequeña al instituto. La Cámara rechazó el planteo y consideró que no podrán tener cabida las argumentaciones que se ensayan dado que los padres decidieron tempranamente, y con anticipación, la institución a la que concurriría la niña, plasmándolo en un acuerdo. Concluye la Cámara que la cuestión debe resolverse observando aquello que mejor atienda al desarrollo armónico de F., conforme a lo dispuesto por los arts. 3° y 5° de la ley 26.061, y art. 264 ter del Código Civil, por lo que debe privilegiarse la formación

oportunamente elegida para la niña sobre la base de la nacionalidad de los progenitores.⁽⁷⁾

Una novedad relevante que nos trae el nuevo Código es el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores en los supuestos de separación de los padres salvo que, por acuerdo de partes o por decisión judicial y en interés del hijo, el ejercicio se pueda atribuir a solo uno de ellos, o establecer distintas modalidades (art. 641, inc. b). El texto agrega que se presume que los actos realizados por uno cuenta con la conformidad del otro, con las excepciones del art. 645 o que medie expresa oposición.

En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve posible e, incluso, puede ordenar medidas de intervención interdisciplinarias y someter las discrepancias a mediación (art. 642).

Como sostiene Mizrahi, el artículo citado comprende —con total amplitud— cualquier acto relativo al desenvolvimiento de la vida de los hijos, como podría ser la elección del establecimiento escolar al que han de concurrir.⁽⁸⁾

En la medida en que esos desacuerdos de los progenitores sean graves o reiterados, “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” (art. 642). De esta manera, el juez puede encomendar a uno de los progenitores que se encargue de todas las cuestiones patrimoniales del hijo, o de sus actividades, esparcimiento, o cualquier otra actividad, mientras que al otro progenitor le atribuirá otras actividades de distinta naturaleza. Adviértase que solo podrá ser por un plazo de dos años, lo que resulta razonable en tanto implica un tiempo considerable para que los progenitores hayan podido superar los desacuerdos.

De lo dicho hasta acá, podemos advertir algunas diferencias entre el Código Civil actual y el CCyC. La marca diferencial va a estar dada por el

(7) Ver CNAC. AP.EL. CIV., Sala G, “S., B. A. v. T., M. V.”, 12/11/2012, AP/JUR/4652/2012.

(8) MIZRAHI, MAURICIO, “La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código”, en *La Ley*, 18/03/2013, p. 9.

ejercicio compartido de la responsabilidad parental, aun en supuestos de separación de los padres. Nuestro sistema legal, que otorga el ejercicio de la responsabilidad parental solo al padre a quien se le ha conferido "la tenencia", ha sido juzgado por una gran parte de la doctrina nacional como contrario a la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los progenitores en la crianza y educación de los hijos, pregonado por diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en nuestro país, en especial la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la CDN.

Es menester destacar que el Código Civil y Comercial ⁽⁹⁾ regula las distintas figuras que compromete la responsabilidad parental de la siguiente manera: a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; y b) el cuidado personal⁽¹⁰⁾ del hijo por los progenitores.

Conforme a lo precisado, y siguiendo a Mizrahi, podemos advertir que el ejercicio de la responsabilidad parental en el Código recientemente promulgado es el siguiente:

1. Ejercicio de la responsabilidad parental compartida, con cuidado personal exclusivo a cargo del otro o compartido en cualquiera de sus modalidades: cualquiera de los progenitores, sin acudir a la vía judicial, puede mediante notificación extrajudicial fehaciente al otro padre oponerse a cualquier acto que se quiera ejecutar en relación con el hijo (art. 641, incs. a y b). En tal caso, será el padre que insiste en la realización del acto el que debe acudir al trámite judicial previsto por el art. 642.
2. Ejercicio de la responsabilidad parental unipersonal por un progenitor,⁽¹¹⁾ lo que lleva a tener el cuidado personal unilateral del hijo: dicho padre podrá ejecutar los actos que entienda adecuados en relación con el hijo común, sin estar expuesto a la oposición extrajudicial que pueda articular el otro. La única salvedad son los actos especiales previstos en el art. 645 (actual 264 quater CC), que requerirá de la conformidad expresa de ambos progenitores. El padre que no ejerce la responsabilidad parental (y tampoco el cuidado personal del niño) tiene

.....

(9) El CCyC adecua su terminología como corolario de la visión constitucionalizada del derecho privado. En los mismos fundamentos del Proyecto de Reforma se hace especial hincapié en que "el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico...".

(10) El nuevo Código Civil denomina "cuidado personal" a "los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo" (art. 648). A su vez, dispone que el cuidado personal puede ser unilateral o compartido (art. 649), y este último puede ser alternado o indistinto (art. 650).

(11) Art. 641, incs. c, d y e.

la posibilidad de oponerse al acto que se pretenda ejecutar; pero esa oposición solo la podrá ejercer promoviendo un trámite judicial (arts. 642 y 264 ter CC).⁽¹²⁾

Asimismo, el nuevo art. 654 dispone que cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación del hijo.

Es decir que el CCyC, a diferencia de nuestro sistema vigente, partiendo de la regla del ejercicio de la responsabilidad parental compartida, dispone que las decisiones sobre las cuestiones atinentes a la vida y patrimonio de los hijos deberán ser tomadas por ambos. Asimismo, habilita que en caso de discrepancias entre los progenitores por la elección del establecimiento educativo —como de cualquier otra naturaleza— cualquiera de ellos pueda oponerse extrajudicialmente. La única excepción es que uno de los progenitores no tenga el ejercicio de la responsabilidad parental sobre su hijo, en ese caso, si mediere oposición al acto que el otro dispone sobre el hijo en común, le estará vedada la posibilidad del reclamo extrajudicial.

Empero, partiendo del principio del ejercicio compartido de la responsabilidad parental, al igual que ocurre en el sistema actual en caso de que los progenitores, luego de la ruptura, hayan acordado el ejercicio compartido de la patria potestad, el progenitor que pretenda un cambio en el establecimiento educativo y el otro progenitor trámite por cualquier medio su oposición expresa, aquel progenitor no tendrá otra alternativa que entablar al procedimiento judicial que prevé el art. 642.

En un precedente de la Sala J de la Cámara Civil, el padre se opuso a que su hija curse estudios primarios en doble jornada, tal como lo pretendía la madre a cargo de la guarda. Alegó el progenitor que la cantidad de horas en que debía asistir al establecimiento ocasionaría a la niña cansancio y agotamiento y, con ello, un detrimento intelectual, físico y psicológico. El Tribunal rechazó el planteo destacando que los argumentos del incidentista no pasaban de ser meramente conjeturales, sin apoyo en una realidad concreta. Concluye la decisión afirmando que es de esperar que la niña supere, por sí misma, las etapas propias del tránsito de su niñez, adquiriendo mayor confianza y madurez para desarrollar en plenitud la actividad escolar. De lo contrario, nada obsta que —con el aporte de elementos de convicción objetivos— pueda reverse la cuestión cuando, con

.....

(12) MIZRAHI, MAURICIO, *op. cit.*, p. 11.

bases ciertas, se demostrare la inconveniencia de mantener a la niña en el establecimiento al que ha de concurrir.

3 | Derecho a la educación y libertad religiosa

Afirma Zannoni que la educación en sentido amplio comprende la formación religiosa de los hijos.

La libertad religiosa ha sido reconocida a niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 14 dispone: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” (inc. 1) y respetarán, también, “los derechos y deberes de los padres, y en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades” (inc. 2).⁽¹³⁾

De la lectura de esta norma puede inferirse que si bien los padres tienen un derecho a impartir educación religiosa a sus hijos, este derecho encuentra un límite en tanto y en cuanto su derecho deberá articularse con la opción religiosa de estos últimos. Así, los NNyA podrán elegir —libremente— tener la misma religión que sus padres, tener otra distinta a ellos, o no tener ninguna.⁽¹⁴⁾ Este derecho —al igual que los demás— deberá ser ejercido teniendo en cuenta la edad y madurez del niño. Ya en el año 1957 la Corte Suprema dijo que la facultad reconocida por la ley a los padres

(13) En igual sentido, el Pacto de San José de Costa Rica refiere: “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 12, inc. 4.); el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales dispone: “3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por la autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 18, dice: “4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

(14) CN CIV. 2º DE LA CAPITAL, “Lipez”, diciembre 18-1931, JA, 37-326; CN CIV. 2º DE LA CAPITAL, “G., E. S.”, septiembre 19-1946, JA 1947-I- 446.

de educar a sus hijos, comprensiva de la de enseñar una determinada religión, nunca se ha entendido que pudiera comportar una violencia moral para los hijos, desde que el ejercicio de esa facultad es sin perjuicio de que cuando los hijos hayan adquirido madurez mental elijan la que prefieran o no acepten ninguna.⁽¹⁵⁾

Es claro que los padres tienen la facultad de orientar a sus hijos en la iniciación y participación en el culto que profesen, así como también es clara la facultad del hijo de elegir la fe que pretende profesar, de acuerdo a su capacidad progresiva.

Ahora bien, puede ocurrir que el conflicto no sea ya entre el NNyA y sus padres, sino entre estos últimos. En este supuesto, se pueden presentar divergencias entre los padres que profesan cultos distintos, y en ocasión de decidirse respecto de la educación religiosa de los hijos, cada cual pretende que dicha educación sea conforme a su respectivo credo. Otro supuesto conflictivo plantea el caso en que el hijo ha sido educado en una determinada religión hasta que, en cierto momento, uno de los cónyuges pretende iniciarlo en otro culto.

En un precedente de la Sala G de la Cámara Civil, el Tribunal prohibió a la madre que ostentaba la tenencia de su hija de cinco años enviarla a un colegio no religioso, cuando ambos padres, al convivir, practicaban la religión judía y, especialmente, habían acordado al divorciarse que la enseñanza de la hija iba a producirse en escuelas hebreas. La madre, que se consideraba judía pero que no practicaba la religión en ese momento, quería con el cambio de colegio amparar la libertad de su hija a elegir su religión cuando llegase a una mayor edad. En su dictamen, el Asesor de Menores de Cámara dijo que la verdadera libertad religiosa se alcanza a través de una adecuada formación en las épocas en que la persona está desarrollando su inteligencia y voluntad; por lo tanto, la enseñanza religiosa de una niña de corta edad, en un colegio que respete ciertas tradiciones judías que las partes vivieron en su convivencia matrimonial, parece la más prudente por ahora; al menos hasta que la menor tenga un mayor discernimiento y pueda expresar sus deseos respecto de sus creencias.⁽¹⁶⁾

.....

(15) CSJN, "Schvartz, Jacobo y otra", diciembre 16-1957, LL, 89-575.

(16) CNAC. APEL. CIV., Sala G, 05/02/1992, en ED, 150/381.

Años más tarde, la Sala A del mismo Tribunal, sostuvo que corresponde rechazar la oposición del padre del menor a que el mismo sea inscripto en el colegio religioso que eligió la madre que detenta la guarda del mismo, si el incidentista no ha probado causas objetivas de perjuicio para el niño que se deriven directamente de su ingreso al colegio de elección de la progenitora.⁽¹⁷⁾ En el caso, no se trata de padres que profesan cultos diferentes o de hijos que, educados en el marco de una religión, luego de la separación de sus padres fueron introducidos en otra, sino que la diferencia está dada por el tipo de educación que quieren para sus hijos.

Como podemos observar, a la luz de la normativa vigente, el criterio es claro: se trata de un atributo de quien ejerce la patria potestad, y cede en caso de ejercicio abusivo o contrario al interés del NNyA. El Código Civil y Comercial, al disponer el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, impone que tales decisiones de trascendencia en la vida del hijo deban ser tomadas por ambos progenitores, como desarrollamos en el punto anterior.

4 | Educación sexual: ¿derechos de niños, niñas y adolescentes vs. autoridad parental?

*“Pedí en tu casa que te expliquen qué pasa en Vietnam...
Vas a ver cómo te salen hablando de la cigüeña!
¿Pero qué demonios tiene que ver la cigüeña con Vietnam?
No sé... pero cuando los padres no saben cómo explicarte
algo, seguro que hay una cigüeña de por medio!”*
Quino (diálogo entre Mafalda y Felipe)

Otras de las cuestiones que ha motivado criterios encontrados ha sido la vinculada a la educación sexual de NNyA. Partiendo de la consideración de la salud sexual y procreación responsable como un derecho fundamental y humano,⁽¹⁸⁾ en nuestro país se han sancionado diversas normas provinciales

(17) CNAC. APEL. CIV., Sala A, “P., C. E. c. A., K. s/ Incidente inscripción escuela”, 28/12/1999, MJ-JU-E-11756-AR.

(18) Ya en el año 1955 la Organización Panamericana de la Salud sostuvo que: “Se puede definir a la salud sexual y reproductiva como la posibilidad del ser humano de tener relaciones sexuales gratificantes y enriquecedoras, sin coerción y sin temor de infección ni de embarazo no deseado, de poder regular la fecundidad sin riesgos de efectos secundarios desagradables

y locales⁽¹⁹⁾ con la finalidad de crear programas de salud sexual y procreación responsable. Finalmente, en el año 2002, se creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el ámbito del Ministerio de Salud, mediante ley 25.673.

Asimismo, estas disposiciones legales encuentran su fundamento en la CDN, que en su art. 17 instituye el derecho de todo niño a tener acceso a la información y material “que tenga por finalidad promover su bienestar social, espiritual, moral, y su salud física y mental”.

Por su parte, el art. 24 reconoce el derecho del niño “al disfrute del más alto nivel posible de salud...”, y determina la obligación de los Estados Partes de “asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud...” y de “desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación familiar”.

El Estado argentino, al ratificar dicho instrumento, realizó una declaración interpretativa en relación a este último artículo, por medio de la cual consideró que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales; es, entonces, obligación de los Estados “adoptar las medidas apropiadas para la orientación de los padres y la educación para la paternidad responsable”.

La normativa nacional, como la local y provincial, tiene por objetivo la protección integral de la persona en todo lo atinente a la salud sexual. No solo se refiere a la procreación, sino también a disposiciones relacionadas con la prevención de enfermedades de transmisión sexual, de VIH/SIDA y patologías genitales y mamarias. Además, la ley 25.673 dispone como objetivo expreso en el art. 6º, inc. b) la prescripción y suministro a demanda

o peligrosos; de tener un embarazo y parto seguros y de tener y criar hijos saludables”. En el mismo sentido se han adoptado diversas resoluciones en el marco de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos llevada a cabo en Teherán en 1968; en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de El Cairo de 1994; la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer llevada a cabo en Beijing en 1995, entre otras. Asimismo, ver al respecto la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 10, inc. h; art. 12; art. 16, inc. e., integrante del bloque de constitucionalidad federal.

(19) En este sentido, cabe mencionar a la ley 418 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; la ley 8.535 de Córdoba; la ley 4545 de Chubut; la ley 5133 de Jujuy; la ley 3450 de Río Negro; la ley 11.888 de Santa Fe; la ley 509 de Tierra del Fuego; la ley 5.344 de San Luis; etc.

de los beneficiarios y, sobre la base de estudios previos, de los métodos y elementos anticonceptivos que deberán ser de carácter reversible, no abortivos y transitorios, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, salvo contraindicación médica específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la ANMAT.

Asimismo, la ley ha determinado la obligatoriedad de las instituciones educativas públicas de gestión privada, confesionales o no, de dar cumplimiento con la norma en el marco de sus convicciones (art. 9°), como así también ha facultado a las instituciones de salud privadas de carácter confesional a exceptuarse del cumplimiento de lo prescripto en cuanto al suministro de los métodos anticonceptivos (art. 10).

Varios han sido los cuestionamientos sobre la constitucionalidad⁽²⁰⁾ de las leyes de salud sexual y reproductiva, dictadas por la Ciudad de Buenos Aires y a nivel nacional. El denominador común de estos cuestionamientos está dado en que quienes los realizan, ya sea en beneficio de sus propios hijos o bien para todos los niños del territorio; son personas u organizaciones vinculadas a grupos religiosos conservadores que honran el modelo de familia patriarcal y pertenecen a sectores de clase media y alta de nuestra sociedad. Este no es un dato menor en un país como la Argentina, donde aún subsiste una ideología patriarcal dominante, al igual que un modelo económico excluyente, sobre todo para las mujeres. Hay que tener en cuenta que estas leyes tienen por finalidad garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, brindar información adecuada, como así también suministrar métodos anticonceptivos para aquellas personas que por su condición social y económica no tenga acceso a ellos.

Según el Informe sobre Estado de la Población Mundial 2013 de Naciones Unidas, en América Latina el 80% de las adolescentes que no tienen hijos asiste a la escuela, pero entre las adolescentes que son madres esa proporción es apenas del 25%. Claro está que el abandono de la escolaridad traerá hacia el futuro consecuencias laborales para aquellas mujeres,

(20) Ver al respecto los siguientes fallos: "Portal de Belén", "Durán de Costa y otro c/ Municipalidad de Vicente López", "Mujeres por la Vida c/ PEN", "Liga de Amas de Casa c/ CABA", entre otros.

multiplicando su vulnerabilidad frente a la pobreza, la exclusión y la dependencia.

Ahora bien, los principales interrogantes que surgen son: ¿las normas de salud reproductiva son violatorias del derecho-deber de la responsabilidad parental?, ¿los derechos sexuales y reproductivos pueden ser ejercidos en forma autónoma por los niños, niñas y adolescentes?

Bidart Campos entendió respecto de la ley 418 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que el ejercicio de la salud reproductiva por parte de los niños no coarta ni descarta el ejercicio de los derechos y deberes emergentes de la responsabilidad parental: los deja expeditos, y esto ya parece bastante para aseverar que la norma reguladora del derecho a la salud reproductiva no es incompatible con el deber estatal de resguardar la patria potestad. En consecuencia, dice, abre dos posibilidades: por un lado, que los padres acompañen a sus hijos; por el otro, que los hijos con discernimiento reciban la información y el asesoramiento por sí mismos.⁽²¹⁾

La mayoría de la doctrina está de acuerdo con la compatibilización entre derechos sexuales de los NNyA y la responsabilidad parental.⁽²²⁾ A su vez, esta ha sido reconocida expresamente en el art. 4° de la ley 25.673, de manera similar a las leyes locales y provinciales, al disponer: “La presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad”.

En el caso “Liga Amas de Casa c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, resuelto por el Superior Tribunal de la Ciudad de Buenos Aires, del voto de la Dra. Russo surge que: “El ejercicio de la patria potestad encuentra sus limitaciones en cualquier práctica por parte de los padres que vulnere los derechos que establece la CDN, toda vez que tiene en mira —en referencia

(21) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA V. y HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, t. I, Bs. As., Ediar, 2006, p. 618.

(22) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA V. y HERRERA, MARISA, *op. cit.*; GROSMAN, CECILIA, “Los derechos del niño y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo y, en especial, a la protección de su salud reproductiva”, en *Anuario Departamento de Derecho Privado I*, Bs. As., Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2001; MINYERSKY, NELLY, “Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, en *RDF*, n° 43, 2009; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en Salvador D. Bergel y Nelly Minyersky (comps.), *Bioética y Derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003; entre otros.

la educación del niño— que “deberá estar encaminada a preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre” (art. 29, inc. d).

De lo dicho hasta aquí, podemos afirmar que el acceso a la información, así como a la prestación de los métodos anticonceptivos por parte de los jóvenes en ejercicio a su derecho a la salud sexual y reproductiva, forma parte del ejercicio de un derecho humano personalísimo que no puede ser reemplazado por la voluntad de los padres. Como afirma Grosman, estos, si bien tienen el deber y el derecho de aconsejar, formar y educar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones, lo que no pueden es privarlos de decidir por sí, en función de sus deseos, creencias y plan de vida.⁽²³⁾

Resulta menester destacar que el mencionado inc. b) del art. 6° de la ley 25.673 establece que los métodos serán suministrados “a demanda de los beneficiarios y sobre la base de estudios previos”. Lo que implica que es una opción para la población, y no se impone a quienes no quieren recibirlos. Con lo cual, será tarea de los progenitores que no deseen que su hijo reciba información y/o suministro de los métodos evitar que ellos la soliciten a través de los establecimientos autorizados.⁽²⁴⁾

En nuestro país, el porcentaje de recién nacidos de madres adolescentes (menores de 20 años) respecto al total de nacimientos es del 15%. La tasa de fecundidad adolescente es un indicador que muestra la probabilidad de embarazo en esta población y puede analizarse según dos franjas etarias: adolescencia precoz (10 a 14 años) o adolescencia tardía (15 a 19 años). El análisis de este indicador en nuestro país muestra un incremento acumulado del 11% en los últimos 20 años, 5% en la adolescencia precoz y 1% en la tardía.⁽²⁵⁾ Estos datos revelan la imperiosa necesidad de que los NNYA reciban información adecuada sobre su salud sexual y reproductiva a fin de que tengan la posibilidad de desarrollar una vida sexual placentera

(23) GROSMAN, CECILIA, “Los derechos del niño y adolescente...”, *op. cit.*, p. 197.

(24) Dictamen en la “Presentación Amicus Curiae” ante el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, en las actuaciones “Liga de Amas de Casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, cit. por GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA V. y HERRERA, MARISA, *op. cit.*, p. 620.

(25) UNICEF ARGENTINA “Situación del embarazo adolescente en Argentina, en el día mundial de la población”, 2013, [en línea] http://www.unicef.org/argentina/spanish/Embarazo_adolescente_Argentina-VB.pdf

y saludable, sin coacción ni violencia, así como decidir si tener o no hijos, cuándo tenerlos, con quién y en qué lapso entre uno y otro.

Si bien la familia tiene un rol protagónico en la educación sexual, ya que es en las primeras relaciones interpersonales donde se instaura el “valor” que se adjudicará a las expresiones de la sexualidad, aún hoy abordar estos temas dentro de la familia ofrece dificultades. En una investigación de campo sobre el conocimiento acerca del uso de los métodos anticonceptivos, se determinó que la mayor fuente de conocimientos para los adolescentes provenía de los pares y los medios de comunicación. Solo una baja proporción había recibido información de los padres, verificándose que un alto porcentaje de los jóvenes no había hablado con ellos sobre cuestiones relacionadas con el cuerpo, la reproducción y la sexualidad.⁽²⁶⁾ Por ello, la escuela representa el lugar adecuado para proporcionar información objetiva e integral, fundamental para el desarrollo de la autonomía personal, para hacer realidad la elección y materialización del propio plan de vida, siendo este un valor constitucional.

5 | ¿Cuándo pueden empezar a decidir los niños, niñas y adolescentes el tipo de educación que desean recibir?

Si nos atenemos a la letra de nuestro Código Civil vigente, la capacidad progresiva como la entendemos hoy de acuerdo con la normativa constitucional no está contemplada. Según lo previsto en el art. 924 CC, a los 14 años los NNyA adquieren discernimiento, con lo cual gran parte de la doctrina toma esta edad como punto de partida para que los NNyA puedan comenzar a ejercer sus derechos.

Sin embargo, el CCyC trae aires de cambio, ya que incorpora un nuevo modelo interaccional abriendo la posibilidad de diálogo entre padres e hijos, permitiendo la participación del hijo en el proceso educativo, expre-

(26) Vulcano, Gabriela, “La Argentina es un país con sentimiento de orfandad”, en *Perfil*, 08 de octubre de 2006, Sección “El Observador”, p. 12 y 13, citada por GROSMAN, CECILIA Y HERRERA, MARISA, “Un enfoque actual sobre el derecho de los adolescentes a ejercer sus derechos sexuales y reproductivos”, en *Revista Encrucijadas*, UBA, 2006.

sando su opinión en las cuestiones que lo afectan; ello, al establecer como deberes de los progenitores (art. 646): "c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos" y "d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos".

Por su parte, la Convención reconoce al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el ejercicio progresivo del derecho a la educación (art. 28) y, asimismo, dispone que la educación del NNyA debe estar encaminada a "desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades" (art. 29, inc. 1).

De lo expuesto se desprende que no es conveniente establecer una edad a partir de la cual cada NNyA pueda elegir el tipo de educación que quiera recibir, sino que, más allá de las pautas orientativas que proporciona la edad, la clave radica en valorar la madurez del niño y/o adolescente en función de su desarrollo psíquico y emocional.⁽²⁷⁾

Así lo ha resuelto la jurisprudencia, en cuanto ha dispuesto:

Si bien es cierto que la menor por su edad nunca podría estar en condiciones serias y objetivas de decidir cuál de los dos establecimientos en pugna es el más conveniente a sus intereses, sí puede referir a su edad, con total libertad y discernimiento, si se siente cómoda y feliz en un determinado ámbito escolar, por qué razones, y si desea o no afrontar un cambio en tal sentido. Y su parecer sobre estos aspectos debe ponderarse debidamente, como uno más de los elementos a tener en cuenta y sopesar para la decisión: podrá tener mayor o menor grado de influencia en la misma, pero nunca podría ser omitido ni resultar indiferente en la formación del juicio por parte del magistrado. (...) El niño no debe escapar a la protección constitucional que su derecho a opinar merece, mucho menos cuando se dirimen cuestiones que le son propias, debiendo considerárselo como protagonista de su propia vida y no como un mero espectador que se beneficiaría, en el mejor de los casos, con las decisiones acertadas que podrían tomar sus mayores.⁽²⁸⁾

(27) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA V. y HERRERA, MARISA, *op. cit.*, p. 665.

(28) CAPEL. CIV., COM., LAB. Y MINERÍA TRELEW, SALA A, "S. L. M. c/ L. E. G. s/ Solicita autorización", 18/09/2008, MJ-JU-M-39044-AR.

Respecto a la pregunta acerca de cuándo los NNyA son autónomos para tomar decisiones sobre el cuidado del propio cuerpo, la mayoría de la doctrina y varios precedentes jurisprudenciales admiten que en este campo se debilita el concepto de “capacidad” para abrir paso a otra noción más acorde con el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes. Se trata del concepto de “competencia” o “mayoría anticipada”⁽²⁹⁾ que, precisamente, se ha gestado y desarrollado en el campo de la bioética. En palabras de Kemelmajer de Carlucci: “la mayoría médica anticipada se funda en la idea de que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes de su mayoría de edad”.⁽³⁰⁾

La competencia no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere una evolución. Bajo esta denominación se analiza si el sujeto puede, o no, entender aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar.⁽³¹⁾

Tanto la doctrina como la jurisprudencia⁽³²⁾ entienden que, a partir del momento en que el niño está en edad de procrear, le asiste el derecho de recibir información respecto del cuidado de su propio cuerpo y resolver si realmente desea ser padre o madre.⁽³³⁾

.....

(29) Este concepto tuvo su origen en Gran Bretaña en virtud del célebre caso “Gillick” de 1986, que abrió el debate en torno a la responsabilidad parental y los derechos sexuales y reproductivos de los NNyA. La Corte de los Lores aseveró que “los derechos de los padres existen solo para beneficio de los hijos y para permitirles cumplir sus deberes” y que “el derecho de los padres a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta”. El fallo ha sido comentado, entre otros, por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA., *op. cit.*, p. 116 y ss.; por GORVEIN, NILDA y POLAKIEWICZ, MARTA, “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, en *ED.*, 165-1283, p. 144; y por GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA V. y HERRERA, MARISA., *op. cit.*, p. 628 y ss.

(30) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *op. cit.*, p. 115.

(31) UNICEF, Guía de recomendaciones para la atención integral de adolescentes en espacios de salud amigables y de calidad, 2012, p. 14., [en línea] http://www.unicef.org/argentina/spanish/2012_Guia_Clinica_Sap_Unicef.pdf

(32) Voto de la Dra. Conde en el caso “Liga de Amas de Casas y otros c/ CABA”: “Los fines que la ley persigue tienden a garantizar el derecho a la salud de la población en general y, particularmente, a aquellos que se encuentran en ‘edad fértil’”.

(33) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA V. y HERRERA, MARISA, *op. cit.*, p. 623.

6 | Consideraciones finales

Es necesario tener presente, respecto a las decisiones de los progenitores sobre la elección del establecimiento educativo o si recibe o no educación religiosa como así también información sobre salud sexual y reproductiva, que la primera palabra la tienen los propios padres, son ellos quienes están en mejores condiciones para tomar ese tipo de decisiones y ver qué es lo más beneficioso para el hijo. Las directivas legales y judiciales son de aplicación a falta de acuerdo entre los progenitores y toda vez que no se respeten los derechos de los que son titulares los NNyA.

El ejercicio de la responsabilidad parental no puede ser validado como obstáculo para la protección y formación integral de los hijos. La ley 26.061 introduce una regla de interpretación "a favor del niño" para el caso de la existencia de conflicto de derechos entre niños y adolescentes frente a otros derechos y/o intereses igualmente legítimos, prevaleciendo siempre los primeros por sobre los segundos (art. 3 *in fine*).

Es decir, que la autonomía de la voluntad de los padres tiene un límite que es el interés superior del niño, razón por la cual, siguiendo a Cecilia Grosman, el juez, en cuya figura se centra el control social del Estado con finalidad protectora, puede objetar algunas de las decisiones si afectasen el bienestar de los hijos.⁽³⁴⁾

De lo expuesto, podemos advertir que los cambios que se produjeron en nuestro país en la relación entre padres e hijos a partir del significado y contenido de la responsabilidad parental, expresados tanto en la normativa, la actuación judicial, como en la labor doctrinaria, permiten lograr la debida coherencia con la propia ideología de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(34) GROSMAN, CECILIA, *op. cit.*, p. 241.

Fuentes ciudades

Fuentes citadas

- AAVV, *La codificación, raíces y prospectivas. El Código Napoleón*, Bs. As., EDUCA, 2003.
- ACUÑA, CARLOS; BULIT GOÑI, LUIS; CHUDNOVSKY, MARIANA y REPETTO, FABIÁN, “Discapacidad: derechos y políticas públicas”, en Carlos Acuña y Luis Bulit Goñi (comps.), *Políticas sobre la Discapacidad en la Argentina. El desafío de hacer realidad los derechos*, Bs. As., Editorial Siglo Veintiuno, 2010.
- AGUIRRE, FELIPE F., “Seguro de responsabilidad civil. Los límites de la prestación a cargo del asegurador y el plenario ‘Obarrio’ (art. 118 ley 17.418)”, en *JA* 2007-III-777.
- ALFERILLO, PASCUAL E., “Daños entre alumnos dentro del establecimiento educacional público. ¿Es aplicable la Ley de Defensa del Consumidor?”, en *Revista RCyS* 2014-VIII.
- ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de Obligaciones*, 4ª ed. act., Bs. As., Abeledo Perrot, 2008.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación, A/HRC/25/29.
- ANDRADA, ALEJANDRO, “Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos”, en *LL*, 1998-E, 1242.
- BANDIERI, L. M., “La enseñanza del derecho y la formación plenaria del abogado. Integración de teoría y práctica a través de la formación de profesionales reflexivos”, en prensa.
- BARBATO, NICOLÁS H., *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*, Bs. As., Hammurabi, 1988, n° 31, p. 139.
- BARBATO, NICOLÁS H., “La citación en garantía del asegurador”, en *ED*, 157-156, n° IV.
- BARRAZA, JAVIER INDALECIO, “Los concursos docentes universitarios: Análisis doctrinario-jurisprudencial”, en *LL* 2011-A, 729.
- BASSI, JULIO JAVIER y CAPOMASI ROMINA, “Acoso escolar”, en Juan A. Seda (comp.), *Responsabilidades y aspectos legales en la convivencia escolar*, Bs. As., Noveduc, 2014.
- BATALLER GRAU, JUAN; LATORRE CHINER, NURIA y OLAVARRÍA IGLESIA, JESÚS, *Derecho de los Seguros Privados*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- BELLUSCIO, AUGUSTO (dir.), ZANNONI, EDUARDO (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, Bs. As., Astrea, 1984.
- BIANCHI, E., “El derecho de aprender y la no matriculación de alumnos”, en *ED*, 02/03/1994.
- BLANCO GUIJARRO, ROSA, “Marco conceptual sobre educación inclusiva”, en *La educación inclusiva: el camino hacia el futuro*, Ginebra, UNESCO, 2008, [en línea] http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/Policy_Dialogue/48th_ICE/CONFINTED_48_Inf_2_Spanish.pdf
- BÖHMER, MARTÍN, “Metas comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina”, en *Sistemas jurídicos n° 9, CEJA - INECIP*, 18/07/2005, [en línea] <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/432.pdf>
- BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. II, Bs. As., Perrot, 1983.

FUENTES CITADAS

- BORDA, GUILLERMO J., “La responsabilidad parental en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial”, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2.
- BOURDIEU, PIERRE, *Homo Academicus*, Bs. As., Siglo XXI, 2003.
- CALCATERRA, RUBÉN R., “La metáfora mediación”, en *Suplemento de Resolución de Conflictos (Mediación y otras alternativas)*, Bs. As., La Ley, 16/12/1996.
- CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, “Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas”, ponencia presentada en el Simposio Internacional de Filosofía del Derecho, UBA.
- CARRERAS MARAÑA, J. M., “Responsabilidad civil del profesorado y del personal docente”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 7, 2003.
- CASTELLS, MANUEL, *The Internet Galaxy*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- CATALDI, MYRIAM M., “La responsabilidad parental”, en Rivera, J. y Medina, G., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- CAZEUX, PEDRO N., y TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed. aum. y act., t. V, Bs. As., La Ley, 2010.
- CLAUS-WILHEIM CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- COLMO, ALFREDO, *La cultura jurídica y la Facultad de Derecho*, Bs. As., Otero & Company impresores, 1915.
- COMPIANI, MARÍA FABIANA y STIGLITZ, RUBÉN S., “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, en *Revista RCyS*, 2007.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, JOSÉ LUIS, *Derecho de daños*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1999.
- CORREA, C. M., *Derechos de la propiedad intelectual, competencia y protección del interés público*, Bs. As., Euros Editores, 2009.
- D’AGOSTINO, FRANCESCO, “Hermenéutica y derecho natural. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica”, en *Las razones del Derecho Natural*, Bs. As., Depalma, 2008.
- DAROQUI, ALCIRA, “La cárcel en la Universidad: el discurso penitenciario en la normativa y prácticas interinstitucionales”, 2009, [en línea] http://www.ffyh.unc.edu.ar/archivos/la_carcel_en_la_universidad.htm
- DE CASTRO y BRAVO, FEDERICO, *Derecho Civil de España, Parte General*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955.
- DE FREITAS, A. T., *Código Civil*, A. García Santos y J. Roldán (trads.), t. 2., Bs. As., 1909.
- DEL MAZO, CARLOS G., “Daños provocados por adolescentes a otro compañero en un establecimiento escolar, ¿existe responsabilidad de los padres del agresor?”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 2, n° 4.
- DÍEZ PICAZO, LUIS, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1999.
- DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLON, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, Tecnos, 2001.
- DONATI, ANTÍGONO, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, t. II, Milano, 1956.
- DRAHOS, P., y BRAITHWAITE, J., *Information Feudalism*, Londres, Earthscan, 2002.

FUENTES CITADAS

- ETCHEVERRY, GUILLERMO JAIM, *La tragedia educativa*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2009.
- FERNÁNDEZ DELPECH, H., *Manual de los derechos de autor*, Bs. As., Heliasta, 2011
- FERNÁNDEZ, ISABEL, *Escuela sin violencia. Resolución de conflictos*, México D.F., Alfaomega, 2003.
- FONT RIBAS, ANTONI, “Exclusión de cobertura y cláusulas limitativas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Seguros II*, n° 20, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999.
- GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, “Comentario de la STS”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 32, 1993.
- GEE, J. P., *What video games have to teach us about learning and literacy*, New York, Palgrave MacMillan, 2003.
- GENTILE, JORGE H., “La educación en la Constitución”, en *ED*, 20/12/2001.
- GENTILI, PABLO, “Marchas y contramarchas. El derecho a la educación y las dinámicas de exclusión incluyente en América Latina (a sesenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos)”, en *Revista Iberoamericana de Educación*, n° 49, 2009, [en línea] <http://www.rieoei.org/rie49a01.pdf>
- GENY, FRANÇOISE, *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1902.
- GIANFELICI, MARIO, “Caso fortuito, caso de fuerza mayor y la responsabilidad civil de los propietarios de los establecimientos educativos”, en *LL* 1999-D-591.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA V. y HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, t. I, Bs. As., Ediar, 2006.
- GIROUX, HENRY, “Educación posmoderna y generación juvenil”, en *Nueva Sociedad*, n° 146, [en línea] http://www.nuso.org/upload/articulos/2554_1.pdf
- GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad civil de padres y centros docentes”, en Reglero Campos (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- GÓMEZ CALLE, ESTHER, “Responsabilidad de padres y centros docentes”, en Reglero Campos L. Fernando y J. M. Busto Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
- GÓMEZ, y GÓMEZ MADRICAL, L. S., “Limitaciones a los derechos de autor”, en Solorio Pérez, *Derechos de autor para universitarios*, Colima, Universidad de Colima, 2007.
- GORVEIN, NILDA y POLAKIEWICZ, MARTA, “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, en *ED*, 165-1283.
- GROSMAN, CECILIA y HERRERA, MARISA, “Un enfoque actual sobre el derecho de los adolescentes a ejercer sus derechos sexuales y reproductivos”, en *Revista Encrucijadas*, UBA, 2006.
- GROSMAN, CECILIA, “Los derechos del niño y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo y, en especial, a la protección de su salud reproductiva”, en *Anuario Departamento de Derecho Privado I*, Bs. As., Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2001.
- GROSMAN, CECILIA, “Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental”, en *RDF*, n° 66, septiembre, 2014.
- GUILLAMONDEGUI, LUIS, “Los principios rectores de la ejecución penal. Su recepción en la jurisprudencia de la provincia de Catamarca”, 2005, [en línea] www.pensamientopenal.com.ar

FUENTES CITADAS

- GUTIÉRREZ, MARIANO, “El jardín de los senderos que se entrecruzan. Las dificultades de los garantistas para entender la educación como derecho”, 2012, [en línea] www.pensamiento-penal.com.ar
- HALPERIN, ISAAC, *Seguros*, 3ª ed., act. y ampl., Bs. As., Depalma, 2001.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. III, Madrid, Gráficas Uguina Meléndez Vales, 1971.
- HERNÁNDEZ, C. A. y FRUSTAGLI, SANDRA A., “Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual”, en *suplemento especial de JA*, 28/05/2008.
- HERNÁNDEZ, C. A. y TRIVISONNO, J., “La suspensión del contrato en el proyecto de código civil y comercial de 2012”, en *La Ley* 2012-E-1067.
- HERNÁNDEZ, C. A. y TRIVISONNO, J., “Cesión de derechos y sus subtipos”, en *La Ley* 2013-F-940.
- HERNÁNDEZ, C. A., “El contrato de prestación de servicios educativos privados. Consideraciones sobre el derecho de admisión y las facultades de extinción a favor del establecimiento”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, setiembre 2007.
- HERNÁNDEZ, C. A., “Aportes de la CSJN para la construcción de un derecho contractual justo”, en Alterini, *Pesificación de créditos hipotecarios, Suplemento Especial La Ley*, 2007.
- HERNÁNDEZ, C. A., “El contrato de servicios educativos privados en clave constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, n° 20, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, agosto 2012.
- HERNÁNDEZ, C. A., “Reflexiones sobre el Derecho del Consumidor (A propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani)”, en *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel A. Ciuro Caldani*, Bs. As., La Ley, 2005.
- HERNÁNDEZ, C. A., “Régimen Jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del derecho contractual”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. 2005-1.
- HERNÁNDEZ, C. A., “Sobre algunos aspectos del contrato de obra en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, La Ley, 2012.
- HERRERA, D., *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Bs. As., Educa, 2012.
- HERVADA, J., *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Navarra, Eunsa, 1994.
- HOGGE, B., HOLLOWAY, M., BARRIO, F., GROSSMAN, W., BLACKER, O., y HATCHER, J., *Taking forward the Gowers Review of Intellectual Property: proposed changes to copyright exceptions. Response of the Open Rights Group*, Londres, Open Rights Group, 2008.
- IMBROGNO, PAULA M., “Demasiados abogados... ¿pocos procesalistas?”, en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, n° 7, junio 2011.
- IRIBARNE, SANTIAGO PEDRO, “El valor didáctico de la consideración de los distintos niveles de conocimiento jurídico en la enseñanza del derecho”, IV Jornadas de Enseñanza del Derecho, Facultad de Derecho (UBA), 15 y 16 de octubre de 2014; e “Interdisciplinariedad, Interpretación y Filosofía del Derecho”,

FUENTES CITADAS

- III Jornadas de Enseñanza del Derecho”, 9 y 10 de septiembre de 2013, Facultad de Derecho (UBA), ambos, [en línea] <http://www.derecho.uba.ar/academica/carrdocente/jornadas.php>
- IRTI, N., *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992.
- IUGMAN, SILVIA, *La mediación escolar*, 4ª ed., Bs. As., Lugar Editorial, 2004.
- KASER, M., *En torno al método de los juristas romanos*, Juan Miquel (trad.), Valladolid, Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, 1964.
- KAYESS, ROSEMARIE y FRENCH, PHILLIP, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, en *Human Rights Law Review*, n° 1, 2008.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y PARELLADA, CARLOS A., “Indemnizaciones de equidad”, en JA1981-II.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en Salvador D. Bergel y Nelly Minyersky (comps.), *Bioética y Derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “El silencio del asegurador frente a la denuncia del siniestro”, en Barbato, Nicolás (coord.), *Derecho de Seguro, en homenaje a Juan Carlos Félix Morandi*, Bs. As., Hammurabi, 2001.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentina de 2014”, en *La Ley. Suplemento diario*, 08/10/2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, en LL 1998-B, 1047.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA “Publicidad y consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 5, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1996.
- KENNEDY, DUNCAN, “Capítulo 1: La importancia política de la estructura del plan de estudios de la facultad de derecho”, en *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Bs. As., Siglo XXI, 2012.
- KUHN, THOMAS S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Carlos Solís (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- LANKSHEAR, C., & KNOBEL, M., *New Literacies, Maidenhead*, Open University Press, 2003.
- LESSIG, L., *Code 2.0*, Nueva York, Basic Books, 2006.
- LESSIG, L., *Free Culture*, Nueva York, The Penguin Press, 2004.
- LIMODIO, GABRIEL F., “Los códigos y la enseñanza del derecho”, en *Diario ED*, 08/08/2014.
- LIMODIO, GABRIEL F., *Los principios y la enseñanza del Derecho Privado*, EDUCA, 2008.
- LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil*, Bs. As., LexisNexis, 2003.
- LLOVERAS, NORA y MONJO, SEBASTIÁN, “Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código”, en *La Ley*, 2013-E.
- LOIZAGA, E., “Aporte a la anotación del art. 1117 CC”, en Bueres, A. J. y Highton, E. I., *Código civil y normas complementarias*, t. 3-A, Bs. As., Hammurabi, 1999.
- LOIZAGA, E., *Responsabilidad civil de los establecimientos educativos*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2000.

FUENTES CITADAS

- LÓPEZ HERRERA, EDGARDO S., “Responsabilidad civil de los padres, tutores y curadores en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, en *Revista RCyS*, 2012-IX.
- LÓPEZ MESA, MARCELO, “La responsabilidad de los propietarios y directivos de establecimientos educativos, sus luces y sus sombras”, en *elDial*, DC124F.
- LÓPEZ MESA, MARCELO, *Responsabilidad por accidentes de automotores*, t. I, Bs. As., 2014.
- LÓPEZ MESA, MARCELO, *Curso de derecho de las obligaciones*, Bs. As., Depalma, 2001, t. III.
- LÓPEZ MESA, MARCELO, en López Mesa, Marcelo J. y Trigo, Félix A., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. IV, 2ª ed., Bs. As., 2010.
- LÓPEZ MESA, MARCELO, *Sistema de jurisprudencia civil*, t. II, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- LÓPEZ, AXEL y LACOBUSIO, VALERIA, *Educación en la cárcel: un nuevo paradigma en la ejecución de las penas. Ley 26.695*, Bs. As., Fabián J. Di Plácido Editor, 2011.
- LORENZETTI, R., “Aspectos Valorativos y principios preliminares del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *LL*, 23/04/2012.
- LORENZETTI, RICARDO L., “Contratos y deberes secundarios de conducta: La libre elección”, en *LL 1998-B*.
- LORENZETTI, RICARDO L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003.
- LORENZETTI, RICARDO L., “La influencia del derecho constitucional en el derecho privado”, en *Revista de Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, 1998-355.
- LORENZETTI, RICARDO L., *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995.
- LORENZETTI, RICARDO L., “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, Segunda parte. Algunos aspectos del Código, n° 3 y 6.
- LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los contratos*, t. I., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999.
- LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004.
- MACARIO, F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Nápoles, Jovene Editore Napoli, 1996.
- MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO, “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el derecho vigente y en el proyecto”, en *Revista de Derecho de Daños*, t. 2014-1.
- MARTÍNEZ DORAL, J. M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963.
- MARTÍNEZ VEGA, M. L., “El derecho de admisión en los colegios privados: ¿Una excepción a la prohibición de la discriminación o el ejercicio de la libertad contractual?”, en *LL*, 2003.
- MARTÍNEZ ZAMPA, DANIEL F., “Acerca de la Violencia en las escuelas (o la pérdida del valor de la palabra)”, [en línea] <http://www.mediacioneducativa.com.ar/articulos/delequipo/125-acerca-de-la-violencia-en-las-escuelas>
- MATHOV, ENRIQUE, “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos”, en *LL 1996-A-1301*.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, G., “Función actual de la responsabilidad civil”, en Concepción Rodríguez, José Luis, *Derecho de daños*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1999.
- MINYERSKY, NELLY, “Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, en *RDF*, n° 43, 2009.

FUENTES CITADAS

- MIZRAHI, MAURICIO, “La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código”, en *Revista Jurídica La Ley*, 18/03/2013.
- MOEREMANS, DANIEL E., “Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos en caso de suicidio de un alumno”, en *Revista RCyS*, 2014-IX.
- MOEREMANS, DANIEL, “Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos en caso de suicidio de un alumno”, en *RCyS*, año XVI, N° 9, septiembre, 2014.
- MOIA, ÁNGEL L., “Responsabilidad del Estado por los establecimientos educativos de gestión pública. Viejos y nuevos problemas de la prescripción liberatoria”, en *La Ley Online*, AR/DOC/3423/2014.
- MOIA, ÁNGEL LUIS, “Responsabilidad del Estado por los establecimientos educativos de gestión pública. Viejos y nuevos problemas de la prescripción liberatoria”, en *LL*, 02/10/2014.
- MOLINA DE JUAN, MARIEL F., “La responsabilidad civil de los padres” en Lorenzetti, R. J., *Máximos Precedentes-Responsabilidad Civil*, t. III, Bs. As., La Ley, 2013.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia”, en *Estudios de responsabilidad por daños*, t. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1980.
- MUÑOZ, JAVIER N., “Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista RDPyC*, 2012-2.
- NETANEL, N. W., *Copyright’s Paradox*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- NICOLAU, N. L. y HERNÁNDEZ, C. A., “Breve análisis acerca de la relación de consumo y sus fuentes y de algunas normas que incorpora en esta materia el Proyecto de Código civil y comercial de 2012”, en Rivera (dir.) y Medina (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- NIETO, ALEJANDRO, “Sobre los abogados”, en Nieto, Alejandro y Fernández, Tomás Ramón, *El Derecho y el revés*, Barcelona, Ariel, 1998.
- NINO, CARLOS S., *Algunos modelos metodológicos de “Ciencia” Jurídica*, Fontamara, México, 1990.
- ORLANDO, MAGDALENA, “Una mirada complementaria de la educación inclusiva en Argentina”, Asociación por los Derechos Civiles, 2013, [en línea] <http://www.adc.org.ar/2013/wp-content/uploads/2013/12/ANEXOS-Informe-Educaci%C3%B3n-Inclusiva.pdf>
- ORTEGA, ROSARIO y DEL REY, ROSARIO, “La mediación escolar en el marco de la construcción de la convivencia y la prevención de la violencia. Avances en Supervisión educativa”, en *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España*, n° 2, 2006.
- PALACIOS, AGUSTINA y BARIFFI, FRANCISCO, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2007.
- PALACIOS, AGUSTINA, “La necesidad de adecuación de la Ley de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica”, en Rosales, Pablo Oscar (dir.) *Discapacidad, Justicia y Estado: género, mujeres, niñas y niños con discapacidad*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.

FUENTES CITADAS

- PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2008.
- PARELLADA, CARLOS A., “Prescripción del reclamo de daños contra el Estado y funcionarios públicos”, inédito a publicarse en *Revista RCyS*, 2014-XII.
- PARELLADA, CARLOS, “Las eximentes de la responsabilidad por riesgo, el caso fortuito y la culpa de los padres en el ejercicio de la patria potestad”, en *JA* 2012-I.
- PARISI, NÉSTOR S., “La objetividad de lo subjetivo. A propósito de la responsabilidad civil de los progenitores por los daños causados por sus hijos menores de edad”, en *Revista RCyS*, 2013-VI.
- PETERS, SUSAN J., “*Education for All?: A Historical Analysis of International Inclusive Education Policy and Individuals With Disabilities*”, en *18 Journal of Disability Policy Studies*, n° 2, vol. 18, 2007.
- PETTIGIANI, EDUARDO J., “¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo?”, en *Revista Derecho de Familia*, t. 62, Abeledo Perrot, noviembre, 2013.
- PIAGGIO, ANÍBAL, “Codificación, Descodificación, Recodificación”, en *La Codificación: Raíces y Prospectiva*, t. III, ED, 2005.
- PIEPPEP, JOSEF, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1998.
- PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 4, Bs. As., Hammurabi, 2008.
- PIZARRO, RAMÓN D., “La responsabilidad del propietario de establecimientos educativos en un acertado fallo”, en *LLC*, mayo, 2010.
- PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., “La responsabilidad objetiva de los padres y los límites de la responsabilidad civil”, en *Revista RCyS*, 2012-VIII.
- RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, “¿Positivización de los derechos naturales para dejar atrás la polémica ‘iusnaturalismo-iuspositivismo’?: otro intento insuficiente en la eterna lucha por el derecho justo”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL*, n° 1, noviembre 2011.
- RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg*, Bs. As., El Derecho, t. 185.
- RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, “Los derechos humanos del art. 33 de la Constitución Nacional: la exégesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1987-1997)”, en *Anuario de Derecho* n° 4, Universidad Austral, Abeledo Perrot, 1998.
- RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Comentario a los arts. 1º, 2º y 3º del Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, en prensa.
- RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Dimensión filosófica de la labor interpretativa*, Bs. As., La Ley, 17/10/2008.
- RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Teoría del Derecho*, Bs. As., Depalma, 2013.
- RABBI BALDI CABANILLAS, RENATO, *Teoría y Práctica de la Interpretación*, en prensa.
- REYNA, CARLOS, “Nota al art. 1117 CC”, en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 1999.
- REZZÓNICO, L. M., *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, vol. 2, Bs. As., 1969.

FUENTES CITADAS

- RIESER, RICHARD, *Implementing Inclusive Education: A Commonwealth Guide to implementing Article 24 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Commonwealth Secretariat, 2008.
- RIVERA, J. C., “El Derecho Privado Constitucional”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 7, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- ROBINSON, KEN, *El elemento. Descubrir tu pasión lo cambia todo*, Bs. As., Conecta, 2014.
- ROCA Y TRÍAS, ENCARNA, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- ROITMAN ROSENMANN, MARCOS, *El pensamiento sistémico. Los orígenes del social-conformismo*, Bs. As., Siglo XXI, 2003.
- ROJAS, JORGE A., “La habilitación profesional: *voxata quaestio*. Nueva visión”, [en línea] www.jorgearojas.com.ar
- SÁDABA, I., *Propiedad intelectual ¿Bienes públicos o mercancías privadas?*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2008.
- SAGARNA, FERNANDO A., “El legitimado pasivo en la responsabilidad civil de los docentes”, en *DJ* 1997-I-907.
- SAGARNA, FERNANDO A., “Ley 24.830: Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos”, en *JA* 1997-III-937.
- SAGARNA, FERNANDO A., “Responsabilidad civil del establecimiento educativo para alumnos con capacidades distintas. La eximente ‘caso fortuito’”, en *LL* 2010-E, 15.
- SAGARNA, FERNANDO A., “Responsabilidad civil del establecimiento escolar. Lecciones fuera del colegio”, en *LL* 1999-B-142.
- SAGARNA, FERNANDO A., “Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros”, en Rivera, J. y Medina, G., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- SAGARNA, FERNANDO A., “Responsabilidad del propietario de una escuela y del docente de educación física. Daños causados por una soga elástica con extremo de metal”, en *LL* 1999-F-97.
- SAGARNA, FERNANDO A., *Responsabilidad civil de los docentes y de los institutos de enseñanza*, Bs. As., Depalma, 1994.
- SALAS, ACDEEL E., “Incompatibilidad entre la responsabilidad del padre y del empleador”, en *JA* 1967-VI.
- SALT, MARCOS, “Comentarios a la nueva ley de ejecución penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 1996/B.
- SAMBRIZZI, EDUARDO, “Naturaleza jurídica de la responsabilidad en el supuesto contemplado por el artículo 1117 en el Código Civil”, en *LL* 2005-F, 209.
- SAN JULIÁN PUIG, VERÓNICA, *De la responsabilidad civil de los maestros a la responsabilidad civil del titular del centro docente*, Barcelona, Bosch, 2000.
- SAUX, E., “El deber de seguridad en la responsabilidad contractual”, en *JA* 08/09/2004.
- SCARFÓ, FRANCISCO et al (2013), “Avances en la normativa del Derecho a la Educación en Cárceles de la Argentina”, en *Revista Educación & Realidad*, v. 38, n°1, pp. 71/92, jan/mar 2013, [en línea] <http://www.scielo.br/pdf/edreal/v38n1/06.pdf>
- SEDA, JUAN ANTONIO, *Bullying: Responsabilidades y aspectos legales en la convivencia escolar*, Bs. As., Noveduc, 2014.

FUENTES CITADAS

- SEDOFF, M., *Régimen jurídico de la educación privada*, Rosario, 1996.
- SELL, S. K., *Private Power, Public Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SERRANO, ANGELA, *Acoso y violencia en la escuela. Como detectar, prevenir y resolver el bullying*, Bs. As., Ariel, 2006.
- SOBRINO, WALDO A., “Las modificaciones a la ley de seguros por aplicación de la ley de defensa del consumidor”, en *RCyS 2011-II*, 37.
- STIGLITZ, RUBÉN S.; *Derecho de Seguros*, 5° ed. act. y ampl., Bs. As., Abeledo Perrot, 2008.
- STIGLITZ, RUBÉN S.; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “Citación en garantía del asegurador y obligación concurrente de este con la de su asegurado”, en *JA 1977-I-499*.
- SUAREZ KINDY, JOY y GONZALES FERNÁNDEZ, MARIBEL, “Bullying: detección e intervención”, en Juan A. Seda Seda (comp.), *La Convención de los Derechos del Niños aplicada al Ámbito Educativo*, Rosario, Homo Sapiens, 2013.
- SZTAJNSZRAJBER, DARIÓ, *¿Para qué sirve la filosofía? (Pequeño tratado sobre la demolición)*, Bs. As., Planeta, 2014.
- TALE, CAMILO, “Responsabilidad civil de los padres por daños causados por sus hijos menores de edad y de los propietarios de establecimientos educativos por daños sufridos por sus alumnos por daños causados por estos, en el Código Civil vigente y en el proyecto de nuevo Código”, en *Revista Derecho de Daños, Problemática actual de la Responsabilidad Civil-II*, 2014-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014.
- TARABORRELLI, J. N., “¿El contrato de enseñanza educativa privada constituye una estimulación a favor de tercero?”, en *JA 2003-I*.
- THOMAS, G., y Vaughan, M., *Inclusive Education: Reading and Reflections*, Maidenhead, Open University Press, 2004.
- TOMASEVSKI, K., “Indicadores del derecho a la educación”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 40, 2004.
- TRIGO REPRESAS, F. A., en Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A., *Derecho de las obligaciones*, t. V, 4ª ed., Bs. As., La Ley, 2010.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MEZA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, 2ª ed. act. y ampl., t. IV, Bs. As., La Ley, 2011.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “Responsabilidad civil de un ‘centro’ de atención integral, para personas con necesidades especiales”, en *Revista RCyS*, 2012-II.
- UNICEF, *Guía de recomendaciones para la atención integral de adolescentes en espacios de salud amigables y de calidad, 2012*, [en línea] http://www.unicef.org/argentina/spanish/2012_Guia_Clinica_Sap_Unicef.pdf
- UNICEF, Situación del embarazo adolescente en Argentina en el día mundial de la población, 2013, [en línea] http://www.unicef.org/argentina/spanish/Embarazo_adolescente_Argentina-VB.pdf
- UNITED NATIONS EDUCATIONAL, *Scientific and Cultural Organization*, Guidelines for Inclusion: Ensuring acces to education for all, 2005
- VAIDHYANATHAN, S., *Copyrights and Copywrongs*, Nueva York, New York University Press, 2001.
- VIBES, F. P., *Derechos de propiedad intelectual*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.
- VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964.

FUENTES CITADAS

- VIGO, R., “Comentarios al Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial: ‘El Derecho y la Interpretación en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial’”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. I., Rubinzal Culzoni, 2012-2.
- VILLAGRÁN, SANTIAGO, “La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el Proyecto de Código”, en *LL 2013-A*.
- VON BULOW, OSKAR, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Bs. As., El Foro, 2008.
- WEINGARTEN, C., *La confianza en el sistema jurídico*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 2002.
- WILSON, L., *Fair use, free use and use by permission*, Nueva York, Allworth Press, 2005.
- WINDSCHEID, B. y MUTHER, T., *Polémica sobre la “actio”*, Bs. As., EJEA, 1974.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE y GONZÁLEZ ZAVALA, RODOLFO M., “El juicio de daños como instrumento dañoso. Eximentes probadas de responsabilidad”, en *Revista RCyS*, año XIV, n° 3, marzo 2012.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, “Daños causados o sufridos por alumnos (art. 1117 CC)”, Foro de Córdoba, 1999, año X, n° 51.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, t. 4, Bs. As., Hammurabi, 1999.
- ZULETA PUCEIRO, ENRIQUE, “Fuentes del Derecho”, en *Teoría del Derecho. Una visión crítica*, Bs. As., Depalma, 1987.

Índice temático

A

ACOSO ESCOLAR P. 37, 38, 40, 41, 42, 50, 51, 54

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD P. 93, 95, 214, 292

AUTONOMÍA PERSONAL. *Véase* AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

B

BULLYING. *Véase* ACOSO ESCOLAR

C

CÓDIGO CIVIL DE LA NACIÓN P. 57, 65, 84, 115, 138, 209, 210, 212, 221, 222, 223, 277, 278

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN P. 19, 56, 76, 78, 79, 81, 82, 87, 92, 103, 111, 112, 121, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 149, 151, 156, 167, 171, 188, 189, 205, 206, 213, 216, 217, 277, 279, 280, 281, 284, 289

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO P. 128, 131

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 8, 9, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 33, 34, 39, 96, 100, 109, 118, 130, 131, 132, 133

reforma constitucional de 1994 P. 23, 26, 39, 129

CONSUMIDOR. *Véase* DERECHOS DEL CONSUMIDOR

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EDUCATIVOS PRIVADOS P. 81, 83, 85, 86, 87, 90, 93, 94, 99, 101, 103, 104, 107, 109

reintegración P. 87, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 101

derecho de admisión P. 83, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 107

D

DEBER DE SEGURIDAD. *Véase* OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD

DEMOCRACIA P. 22, 23, 25, 28, 30, 35, 53

DERECHO A LA EDUCACIÓN P. 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 18, 24, 26, 27, 28, 31, 32, 33, 36, 40, 94, 102, 194, 198, 207, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 275, 276, 290

derecho a la educación inclusiva P. 19, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 246, 248, 249, 250, 251, 252, 254

educación en contexto de encierro P. 261, 265, 271

educación sexual P. 284, 289

DERECHO A LA INFORMACIÓN P. 3, 6, 18, 34, 87, 91, 92, 103, 291

acceso a la información P. 8, 9, 10, 285, 288

deber de la información P. 88, 93, 94, 104

propiedad de la información P. 3, 18

sociedad de la información P. 4, 11, 16

DERECHOS DEL CONSUMIDOR P. 4, 73, 74, 89, 92, 93, 104, 106, 133, 288

contrato de consumo P. 86, 87, 88, 107

DERECHOS HUMANOS P. 3, 5, 7, 8, 10, 11, 16, 17, 19, 24, 35, 53, 101, 104, 191, 193, 196, 227, 245, 261, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 275, 276, 284, 288

derecho internacional de los derechos humanos P. 124, 212

tratados internacionales sobre derechos humanos P. 23, 29, 129, 130, 131, 132, 133, 280

DISCRIMINACIÓN P. 7, 13, 28, 29, 30, 40,
95, 102, 103, 182, 194, 196, 200, 203, 246, 248, 249, 266, 268
obligación de no discriminar P. 7, 13,
40, 252

E

EDUCACIÓN P. 3, 5, 16, 19,
21, 22, 23, 25, 28, 29, 34, 48, 85, 88, 90, 91, 93, 105, 109, 111,
146, 148, 151, 162, 191, 192, 197, 199, 200, 201, 206, 218,
229, 231, 246, 247, 249, 261, 270, 277, 278, 280, 281, 282,
283, 284, 285, 288, 289, 292
crisis de la educación P. 21, 22, 35
educación gratuita P. 8, 31, 32, 33, 36
educación mixta P. 30, 108
enseñanza primaria P. 7, 26, 32, 33,
96, 156, 195, 264, 266
enseñanza privada P. 97, 141, 152, 247
enseñanza secundaria P. 32, 195, 266
enseñanza superior P. 8, 33, 60, 76,
107, 136, 137, 152, 157, 238
sistema educativo P. 21, 23, 25, 26, 31, 32, 35,
36, 102, 105, 194, 195, 197, 200, 201, 202, 204, 227, 229, 231,
232, 237, 238, 239, 242, 245, 248, 252, 255, 264, 267, 268, 271
universidades nacionales P. 33

ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONA-
LES P. 8, 9, 10, 18, 27, 34, 43, 41, 44,
45, 47, 52, 53, 54, 58, 60, 62, 63, 64, 66, 75, 76, 77, 85, 86, 87,
88, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 105,
107, 137, 140, 142, 155, 158, 159, 162, 163, 165, 167, 168,
170, 172, 173, 174, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 184, 185,
187, 191, 192, 195, 197, 199, 200, 202, 203, 204, 206, 207,
211, 224, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 239, 240, 247,
249, 254, 255, 271, 277, 278, 281, 282, 283, 286, 292
responsabilidad civil de los estableci-
mientos educativos P. 56, 59, 74,
83, 84, 144, 146, 147, 148, 151, 152, 169, 171, 175, 176, 210
responsabilidad de establecimientos
educativos estatales P. 138
responsabilidad del director de esta-
blecimientos educativos P. 186
responsabilidad de los propietarios de
establecimientos educativos P. 55, 61,
78, 79, 135, 139, 141, 143, 145, 149, 153, 154, 157, 164, 210
responsabilidad directa de los estable-
cimientos educacionales P. 65, 106, 136, 150
violencia en las escuelas P. 37, 51

ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS.
Véase ESTABLECIMIENTOS EDUCA-
CIONALES

I

IGUALDAD. *Véase* PRINCIPIO DE
IGUALDAD

L

LIBERTAD DE CONTRATAR P. 94, 95

LIBERTAD DE EXPRESIÓN P. 5, 6

M

MEDIACIÓN P. 43, 49, 50, 52, 53
mediación comunitaria P. 44
mediación escolar P. 43, 44, 45,
47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54
mediador P. 46, 47, 48, 50

N

NACIONES UNIDAS P. 7, 22, 24,
40, 194, 198, 199, 200, 203, 227, 232, 239, 248, 286

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
P. 3, 9, 29, 38, 41, 102, 149, 161, 168, 170, 173, 174, 180, 182,
184, 191, 192, 195, 197, 200, 217, 218, 229, 235, 237, 241,
242, 244, 247, 249, 251, 256, 275, 277, 283, 284, 286, 289
Convención sobre los Derechos del Niño
P. 8, 24, 34, 35, 37, 39, 40, 42, 54, 206, 212, 276, 280, 282,
285, 287, 292
daños causados o sufridos por niños o
adolescentes P. 205, 206, 207,
208, 210, 211, 216
derechos de los niños P. 39, 40,
125, 209, 213, 282, 285, 287, 288, 290, 291
interés superior del niño P. 212,
213, 250, 292
responsabilidad de los menores P. 211,
219

O

OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD P. 104,
106, 107, 140, 168, 172, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184

P

PATRIA POTESTAD P. 59, 143, 209,
213, 218, 220, 221, 222, 226, 276, 278, 281, 284, 287

PERSONAS CON DISCAPACIDAD P. 29,
88, 165, 180, 187, 192, 193, 194, 196, 198, 200, 229, 238, 240,
249

alumnos con discapacidad P. 191,
195, 197, 199, 201, 202, 203, 204, 232, 236, 239, 243, 247, 248

**Convención sobre los Derechos de las
Personas con Discapacidad** P. 191, 227,
228, 230, 231, 233, 234, 235, 236, 237, 239, 241, 242, 243,
244, 245, 246, 247, 250, 251, 252

modelo social de la discapacidad P. 228,
230, 231

PRINCIPIO DE IGUALDAD P. 7, 10,
25, 32, 33, 40, 50, 66, 132, 192, 196, 206, 230, 233, 245, 286

igualdad de derechos P. 30, 193, 266, 280

igualdad de oportunidades P. 9, 28, 29,
30, 31, 36, 194, 203

igualdad de resultados P. 28, 29

PROPIEDAD INTELECTUAL P. 4, 10, 11,
13, 14, 15, 16, 17, 18, 19

derechos de autor P. 4, 11, 12,
13, 14, 15, 16, 17, 18

patentes, marcas y diseños industriales
P. 13

PUEBLOS INDÍGENAS. Véase PUE-
BLOS ORIGINARIOS

PUEBLOS ORIGINARIOS P. 34, 204

R

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Véase
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

RESPONSABILIDAD CIVIL P. 15, 55,
56, 58, 59, 60, 64, 65, 66, 69, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 83, 84,

85, 92, 104, 105, 106, 107, 136, 138, 139, 142, 143, 144, 146,
147, 148, 151, 152, 156, 157, 159, 162, 164, 167, 168, 169,
171, 175, 176, 208, 209, 210, 218

caso fortuito P. 58, 62, 63, 76, 106,
136, 139, 141, 144, 146, 158, 162, 167, 168, 169, 170, 172,
178, 181, 182, 183, 184, 185, 209, 210, 221, 224, 225

culpa de la víctima P. 63, 106,
139, 140, 169, 170, 183

culpa grave P. 68, 70, 72, 73

dolo P. 59, 62, 70, 72, 139, 153, 154, 172, 219

relación de causalidad P. 166, 167, 181, 221

responsabilidad concurrente P. 153

responsabilidad de los padres P. 209,
216, 221, 222, 226, 280

responsabilidad objetiva P. 59, 62, 106,
139, 141, 144, 146, 148, 156, 167, 170, 177, 181, 183, 184,
210, 218, 219, 220, 221, 223, 225

riesgo creado P. 144, 145, 146, 147

seguro de responsabilidad civil P. 56,
58, 60, 64, 65, 74, 76, 77, 78, 107, 136, 175, 210

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO P. 31,
32, 65, 66, 77, 138, 146, 152, 210

RESPONSABILIDAD PARENTAL P. 208,
209, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 224,
225, 226, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 284, 287, 291, 292

S

SEGUROS P. 64, 70, 73, 78, 163, 176, 285
seguro obligatorio P. 55, 56, 59,
64, 73, 74, 77, 79, 175, 176, 210

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS P. 37,
44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 83, 188, 189, 206, 252

T

**TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y DE LA COMUNICACIÓN** P. 10, 243
tecnologías digitales P. 4, 9

TICS. Véase TECNOLOGÍAS DE LA IN-
FORMACIÓN Y DE LA COMUNICA-
CIÓN

Esta revista con una tirada de 12.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en julio de 2015.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar

