

**Universidad Siglo 21**



**Proyecto de investigación Aplicada**

**Abogacía**

**Estudio de la Responsabilidad civil de los progenitores, instituciones educativas y el estado en casos de ciber-hostigamiento escolar (ciber bullying)**

Alumno: Garzón Daniel José

DNI: 14.695.866

VABG 37878

Tutor: Analía Luna

*Córdoba, agosto 2019*

## ***Resumen***

La problemática asociada a la violencia escolar despierta gran sensibilidad social, y es más preocupante en este momento debido a la evolución de las redes sociales. Este trabajo final de graduación tiene por finalidad abordar el tema del ciber-hostigamiento escolar o ciberbullying, en lo atinente a las responsabilidades que le incumben al estado, las familias y los colegios en el trabajo de prevención y control de estas nuevas prácticas de hostigamiento.

Este estudio quiere realizar un diagnóstico sobre la situación actual de la violencia entre iguales y sus nuevas formas de manifestarse. El estado de la cuestión a nivel mundial podría calificarse de alarmante, más aún por el impacto de las TICs. El ciberespacio es cada vez más utilizado por menores poco vigilados por sus padres y se advierte sobre el creciente uso de las redes sociales para ejercer violencia, intimidación ensañamiento o humillación pública entre iguales. El anonimato y difusión que proporcionan las redes sociales hacen más intenso el fenómeno del bullying tradicional, generando un proceso concurrente de ciberbullying. Sobre esta realidad nos proponemos evaluar las carencias y necesidades detectadas a distintos niveles, revisar los recursos existentes en la actualidad y plantear propuestas de intervención socio-legal. Por lo que el abordaje de esta problemática y su actual estado de la cuestión será analizado desde un análisis transversal.

**Palabras clave:** Violencia entre iguales. Intimidación escolar. Diagnostico. Prospectiva. Violencia Escolar. Redes sociales. Ciberbullying. Hostigamiento.

## **Abstarct**

The problem associated with school violence arouses great social sensitivity and is more worrisome at this time due to the evolution of social networks. The purpose of this final graduation work is to address the issue of cyber bullying or cyberbullying, with regard to the responsibilities of the state, families and schools in the work of prevention and control of these new harassment practices.

This study wants to make a diagnosis of the current situation of peer violence and its new ways of manifesting. The status of the issue worldwide could be described as alarming, even more so because of the impact of ICTs. Cyberspace is increasingly used by minors

who are under-monitored by their parents and warns of the increasing use of social networks to exert violence, intimidation, cruelty or public humiliation among equals. The anonymity and dissemination that social networks provide make the phenomenon of traditional bullying more intense, generating a concurrent cyberbullying process. On this reality we propose to evaluate the deficiencies and needs detected at different levels, review the resources currently available and propose proposals for socio-legal intervention. Therefore, the approach to this problem and its current state of affairs will be analyzed from a cross-sectional analysis.

**Keywords:** Peer violence. School Bullying. Diagnosis. Prospective School Violence Social networks. Cyberbullying Harassment.

## INDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u> .....	7
<u>Marco teórico</u> :.....	10
<u>Ciberbullying</u> .....	10
<u>Análisis del fenómeno</u> .....	10
<u>Causas de su práctica</u> .....	12
<u>Víctimas y victimarios, características</u> .....	13
<u>Consecuencias</u> .....	14
<u>Marco Metodológico</u> .....	16
<u>Tipo de Estudio o Investigación</u> .....	16
<u>Estrategia Metodológica</u> .....	16
<u>Fuentes a Utilizar</u> .....	16
<u>Técnicas de Recolección y Analisis de Datos</u> .....	17
<u>Delimitación Temporal y Nivel de Analisis</u> .....	17
<u>Capítulo I</u> .....	16
<u>Regulación</u> .....	18
<u>Bien Jurídico Protegido</u> .....	18
<u>Legislación Argentina</u> .....	20
<u>Ley 23849, que aprueba la Convención sobre los derechos del niño</u> .....	22
<u>Ley 26061, de Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes</u> .....	23
<u>Ley 26206, de Educación Nacional</u> .....	25
<u>Ley 26892, para la Promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las instituciones educativas</u> .....	26
<u>Capítulo II</u> .....	28
<u>Rol del estado en la prevención y eliminación del Ciber-Intimidación Escolar</u> .....	28
<u>Consideraciones generales</u> .....	28
<u>Delitos informáticos</u> .....	29
<u>Prácticas informáticas que promueven el Ciber-Intimidación</u> .....	30
<u>Antecedentes doctrinarios</u> .....	31
<u>Capítulo III: Responsabilidad de las instituciones, padres</u> .....	34
<u>Responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores</u> .....	34
<u>El rol de los centros educativos</u> .....	34
<u>La responsabilidad de los establecimientos educativos</u> .....	35

<u>El rol de los padres</u> .....	38
<u>La responsabilidad parental</u> .....	39
<u>Responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores</u> .....	41
<u>Capítulo IV</u> .....	46
<u>Derecho comparado</u> .....	46
<u>Tratamiento en otros países.</u> .....	46
<u>Regulación Internacional</u> .....	48
<u>La Convención de los Derechos del Niño de 1990</u> .....	48
<u>Autonomía progresiva</u> .....	51
<u>Libertad de expresión y derecho a ser escuchado</u> .....	52
<u>Responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos:</u> .....	53
<u>Soluciones del derecho comparado:</u> .....	59
<u>Conclusión</u> .....	66
<u>Reflexiones finales:</u> .....	66
<u>BIBLIOGRAFÍA</u> .....	68
<u>Doctrina</u> .....	68
<u>Referencias Bibliográficas</u> .....	68
<u>Legislación</u> .....	70
<u>Jurisprudencia</u> .....	71



## *INTRODUCCIÓN*

El maltrato entre escolares no es un fenómeno nuevo y el ciberbullying es un tipo concreto dentro de las violencias escolares, siendo este último término más genérico y amplio. Este estudio pretende realizar un diagnóstico sobre la situación actual de la violencia entre iguales y sus nuevas formas de manifestarse. Hoy estar en la red abarca el mundo, por tal motivo considero necesario estudiar en profundidad este portento para que los estados puedan brindar la debida protección a quienes lo sufren, que por su escala no siempre cambiando de barrio, colegio o ciudad se soluciona; y aun peor la exhibición de imágenes ridículas u obscenas perduran en el tiempo, o sea que la persona que sufre dicho hostigamiento lo va a padecer por siempre.

El ciberespacio es cada vez más utilizado por menores poco controlados por sus padres, y el creciente uso de las redes sociales para ejercer violencia, intimidación, ensañamiento o humillación pública entre iguales, resulta preocupante dado que, el anonimato y la difusión que proporcionan las redes sociales hacen más intenso el fenómeno del bullying tradicional, o ciberbullying. La escuela es por excelencia uno de los primeros espacios de socialización secundaria, donde los niños y niñas entran en contacto con adultos ajenos al núcleo familiar y, principalmente, profundizan los vínculos con sus pares. En la edad escolar, el grupo de iguales adquiere una relevancia y una significación que hasta entonces no poseía; y en el modo de relacionarse entre ellos, además de juegos y códigos comunes, surgen muchas veces formas de maltrato y hostigamiento. Con la evolución de la tecnología y el advenimiento de Internet se ha transformado la sociedad, surgiendo un mundo virtual en el que las redes sociales se convierten en una nueva forma de comunicación, donde todas las personas alrededor del planeta pasaron a formar parte de una gran aldea Global.

Y si bien, el crecimiento exponencial de la tecnología ha traído grandes beneficios para las personas en el mundo contemporáneo, también es responsable por la aparición de una nueva variante de criminalidad que se utiliza en el ambiente virtual, para la comisión de conductas ilícitas ya conocidas, antes como el bullying o ciber intimidación escolar y hoy en el mundo virtual como ciberbullying.

Los estudiantes de la actualidad, habiendo nacido en un mundo empapado de nuevas tecnologías, conciben gran parte de sus interacciones mediadas por los recursos tecnológicos a su alcance. Con el surgimiento de las Tecnologías de la Información y la

Comunicación (TIC), el mundo en el que se relacionan las niñas, niños y adolescentes se extendió de una manera impactante para quienes no forman parte de los denominados nativos digitales (Presnky,2001).

Pueden ser múltiples las causas que desemboquen en el bullying como ser, problemas en el entorno familiar del menor, la desigualdad social, la difusión en los medios de acciones violentas. Tratar de eliminar el tema de la violencia en las escuelas requiere de un proceso de concientización que abarque los ámbitos de las autoridades políticas, escolares, padres e hijos por igual. Dada las graves consecuencias que sobrevienen para la víctima en el desarrollo de su vida futura.

Si bien en nuestro país, más allá de la adhesión a los Pactos internacionales, al reconocimiento constitucional de los derechos de los niños y de otras normas específicas de protección de la Niñez, el ordenamiento básico de la responsabilidad civil de los padres y de los centros educativos se encuentra en el Código Civil Comercial. Estas regulaciones resultan insuficientes para tratar el problema del ciber bullying ya que la mayoría de estas normas sólo se limitan a reconocer los derechos de los niños o a atacar la consecuencia del conflicto –el daño ya causado-, pero no tienen entidad para centrarse en la prevención de este.

Por tal motivo en el desarrollo del TFG proponemos el análisis de las consecuencias que se producen sobre la víctima que padece este tipo de hostigamiento. Es por eso que se planteó como objetivo general esta investigación el determinar la responsabilidad jurídica del estado, los establecimientos educativos y la familia por los daños cometidos por los menores de edad con respecto a la intimidación escolar. Para ello evaluaremos la regulación en las normas legales y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema. Brindando una noción del marco regulatorio de la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos y los establecimientos educativos para aplicarlos a los casos que suponen violencia escolar.

En nuestro país, el sistema normativo parece ser insuficiente para dar solución a este problema. Mas allá de la adhesión a los Pactos internacionales, el reconocimiento constitucional de los derechos de los niños y otras normas específicas de protección de la niñez -como la Ley 26.091-, el ordenamiento básico de la responsabilidad civil de los padres y centros educativos que se encuentra en el nuevo código civil y comercial (Arts. 1754, 1755 y 1756). Todas estas normas resultan ser insuficientes ya que la mayoría se limitan a reconocer los derechos de los niños o de atacar la consecuencia del conflicto - el daño ya ocasionado-, pero no tienen entidad para centrarse en la prevención del

problema. El trabajo se plantea en cinco capítulos. El primero describiremos el fenómeno que dio origen a esta investigación. Realizando un análisis del ciber bullying y los daños, estudiando las causas y consecuencias de su práctica y describir las generalidades de las víctimas y victimarios.

En el segundo capítulo, definiremos el bien protegido y el marco regulatorio que fue desarrollándose para combatir este problema.

En el capítulo tres, de ellos tratará de determinar cuál es el rol asumido por el estado para evitar y erradicar el ciberbullying. Donde se realizará una enunciación de las nociones generales con la intención de reflejar el tratamiento que el estado le está dando a este problema. Definiremos los delitos informáticos y cuál es el lugar que ocupan en el escenario del ciberbullying.

El capítulo cuatro se enfocará en brindar un pantallazo acerca de la legislación vigente respecto de la responsabilidad civil de las instituciones escolares; de los padres y los menores. En el capítulo cinco se abordará el marco regulatorio del ciberbullying a nivel internacional, mencionando brevemente el tratamiento que en otros países se le está dando a este problema en particular. Cerrando este trabajo con las consideraciones finales.

## ***Marco teórico:***

### ***Cyberbullying***

Con la evolución de la tecnología y el advenimiento de Internet se ha transformado la sociedad, surgiendo un mundo virtual en el que las redes sociales se convierten en una nueva forma de comunicación, donde todas las personas alrededor del planeta pasaron a formar parte de una gran aldea Global. Y si bien, el crecimiento exponencial de la tecnología ha traído grandes beneficios para las personas en el mundo contemporáneo, también es responsable por la aparición de una nueva variante de criminalidad que se utiliza en el ambiente virtual, para la comisión de conductas ilícitas ya conocidas, antes como el bullying o intimidación escolar y hoy en el mundo virtual como cyberbullying. En este capítulo nos centramos, en el que se sufre el cyberbullying. La diferenciación de grupos en la edad escolar es una necesidad intrínseca relacionada con la posibilidad de construir y definir la personalidad de los niños y adolescentes, de acuerdo con quien o quienes se relaciona. Con lo cual es posible que se den situaciones donde aparezca la diferenciación a través de la contraposición con sus pares. El punto está en ver cuándo estas contraposiciones tienen intencionalidad destructiva y cuándo forman parte de un proceso de construcción casi necesario (Propuestas para prevenir y resolver el *bullying* en las instituciones educativas, 2014).

### ***Análisis del fenómeno***

El avance tecnológico ha posibilitado en nuestra sociedad el surgimiento de nuevas formas de maltrato entre iguales que exigen una reflexión en cuanto a la problemática del bullying, a la vez que plantean nuevos interrogantes y desafíos. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación han generado cambios profundos y de forma exponencial en una multiplicidad de ámbitos, dando lugar a nuevas formas de comunicación entre los

sujetos, nuevos modos de acceder a la información, así como también a novedosas maneras de establecer vínculos con los otros, modificando las comprensiones clásicas de amistad, comunidad, encuentro y privacidad.

Un estudio dirigido por el “Foro Generaciones Interactivas” (Bringué et al, 2010) indagó sobre las prácticas cotidianas y valoración de la PC, de Internet, de la televisión, del celular y de los videojuegos por parte de la llamada “Generación Interactiva”, es decir, niños escolares de entre 6 y 18 años. Dicho estudio encontró que el 89% de los adolescentes de entre 10 y 18 años poseen teléfono celular propio, mientras que un 93% tiene acceso a Internet. En relación con el uso de estas tecnologías por parte de los adolescentes argentinos, se halló que un gran porcentaje (83%) utiliza Internet para comunicarse con otros, a través de aplicaciones de mensajería instantánea y del correo electrónico; mientras que un 87% utiliza su teléfono celular también para establecer comunicaciones con otros a través de SMS -Short Message Service- (95%), y del envío y recepción de llamadas (83%). Siguiendo esta línea, se puede inferir que las nuevas generaciones ubican a las TIC en un lugar central dentro de su vida social, estableciendo conexiones, relaciones y vínculos con sus pares a través de estos recursos tecnológicos, interactivos y digitales.

Un estudio realizado por Microsoft junto al Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) (Microsoft, 2011), el 16% de los adolescentes encuestados manifestó haber recibido alguna vez intimidaciones, amenazas o comentarios discriminatorios en alguna red social. En este sentido, el bullying se está valiendo de las TIC para transformarse en un nuevo fenómeno denominado cyberbullying. Si bien en la literatura internacional se utilizan diferentes términos para mencionar este fenómeno, - bullying electrónico, intimidación online, e-bullying-, gran parte de la comunidad científica acuerda en la denominación cyberbullying (Calmaestra Villén, 2011).

Existen diferentes concepciones acerca de este fenómeno; sin embargo, son varios los autores que aplican elementos de la definición del bullying al cyberbullying, aunque añadiéndole ciertas particularidades. Así, Smith y colaboradores (2008) manifiestan que el cyberbullying es una agresión intencional, por parte de un menor o grupo de menores, usando formas electrónicas de contacto, repetidas veces, a otro menor que no puede defenderse fácilmente por sí mismo. Según Chisholm (2006), esta modalidad de maltrato entre iguales incluye conductas online principalmente a través de Internet y teléfonos celulares, orientadas a la humillación y a la intimidación.

El ciberbullying se define como el uso de las nuevas tecnologías de la información

(principalmente Internet, telefonía móvil y videojuegos online) para ejercer el hostigamiento psicológico entre iguales. Las TIC hacen que las víctimas no tengan un respiro en las 24 horas del día, pues el ciberbullying también entra en el hogar además de estar presente en la escuela. Así, el hogar deja de ser un lugar donde la víctima se sienta protegida como ocurría con la intimidación escolar.

Las formas que puede adoptar el ciberbullying son muy variadas y se encuentran limitadas por el manejo de la tecnología y por la imaginación de los menores que actúan como victimarios. Otros términos para referirse al ciberbullying son "E Bullying" o "hostigamiento por Internet". Muchas víctimas del ciberbullying lo pasan muy mal durante varios meses antes de decidirse a buscar ayuda. El problema es que, cuando se deciden a buscar ayuda, no saben dónde acudir.

### *Causas de su práctica.*

El ciberbullying se puede manifestar de cualquier manera, ya que los medios informáticos ofrecen una gran variedad de formas de expresión. De hecho, la manifestación del ciberbullying queda reservada a la imaginación que pueda aplicar el acosador dentro del mundo tecnológico.

En su forma general el fenómeno consiste en la opresión psicológica reiterada hacia la una persona con menos poder por parte de otra con un poder mayor. Es este desequilibrio de poder entre las personas la característica más relevante de este tipo de abuso.

El espectro de tipos de *bullying* es muy amplio y diverso. La mayoría de los autores lo identifican con acciones intimidatorias donde se da una serie de combinaciones de agresiones físicas, verbales y psicológicas (Capomasi, 2014). Además, frente a situaciones de burlas, amenazas u otras agresiones, la violencia no sólo se da de modo individual entre un agresor y una víctima, sino que también puede ser un fenómeno grupal. Hay grupos que molestan a un niño y hay grupos que molestan a otros grupos.

Esto se debe a que el actuar en grupo facilita las prácticas abusivas (Estudio sobre Bullying, Ciberbullying y Violencia escolar (s./f.). El objetivo de la práctica de la intimidación escolar es apocar, reducir, someter, aplanar, amedrentar y consumir, emocional e intelectualmente, a la víctima, con vistas a obtener algún resultado favorable

para quienes acosan o satisfacer una necesidad imperiosa de dominar, someter, agredir, y destruir a los demás que pueden presentar los acosadores como un patrón predominante de relación social con los demás (Acoso Escolar o *bullying*. Cómo actuar. 2012).

Estos problemas ocurren en una franja etaria que va desde los 7 u 8 años hasta los 17 o 18 años, es decir, son niños, adolescentes y jóvenes, que necesitan la intervención y, más aún, el amparo amoroso del adulto (Espinoza, 2013). Por supuesto que el que es objeto de burlas, amedrentamiento y golpes tiene un gran sufrimiento subjetivo, pero claramente, cuando emergen estas situaciones, está claro que todos allí son víctimas y que, con más razón, los adultos debiéramos sentirnos obligados a tomar una participación activa para volver más humanas las relaciones que construimos.

### *Víctimas y victimarios, características*

La víctima, Hilda Marchiori (1995, pág. 35) enseña que: “el daño emocional-moral es el que experimenta o siente la víctima por la lesión en su personalidad, en sus afecciones legítimas, en su intimidad. La extensión del daño y del peligro causados, es la circunstancia que permite conocer el grado de vulnerabilidad de la víctima, y la peligrosidad y responsabilidad del autor, teniendo en consideración, la relación con otras circunstancias que menciona el art. 41 del Cód. Penal, especialmente en función de la determinación de la conducta delictiva en cada caso concreto”.

Los responsables del ciberbullying suelen ser adolescentes con poca supervisión de sus padres y con un buen manejo de las tecnologías de la información, además, tienen acceso a dispositivos como la computadora o el teléfono celular.

El agresor, al igual que en el bullying, es alguien que puede tener alguna problemática familiar o personal. En el caso del ciberbullying también pueden ser personas que no tienen amigos y por lo tanto utilizan una computadora o cualquier dispositivo móvil para acosar, intimidar o agredir a otros, incluso, llegan a alterar sus horarios para dormir, pues se desvelan por estar pendiente de su víctima.

Aunque no hay una agresión de tipo física como en el bullying, el ciberbullying afecta emocionalmente a las víctimas, pues alguien que es bombardeado por ofensas, amenazas o insultos ve mermada su salud, al no poder dormir, tener pesadillas y terrores nocturnos,

sobre todo si la víctima es un niño.

Alguien que es víctima de ciberbullying constantemente está revisando su celular o sus redes sociales para ver si han dicho algo en contra de él o, por el contrario, puede ser el último que se entere de lo que se está hablando sobre su persona. Cuando el estado emocional permanece alterado continuamente o por largos periodos, puede llegar a desencadenarse algún problema de salud física como gastritis o presión arterial elevada, ya que la víctima no duerme, no come y está muy afectada. Inclusive, hay casos en que la personalidad y la vulnerabilidad emocional pueden llevar a un individuo a un intento de suicidio.

Las víctimas de ciberbullying tienen ciertas características. Normalmente son elegidas por los acosadores debido a que las perciben como débiles emocional y físicamente, que se sienten o son diferentes y quienes no van a tener el apoyo de sus iguales, pues estos los han hecho a un lado. Es decir, son fácilmente identificables por aquellos que van a molestarlos.

Los tipos de agresión que se dan en el ciberbullying, el cual es más frecuente entre los y los 19 años de edad, son rumores, ofensas, amenazas e intimidaciones, entre otros. De lo que se trata es de amenazar a una persona hasta inmovilizarla, pues ya no acude a la escuela, no quiere salir sola o deja de asistir a sus sitios preferidos porque tiene miedo y no se atreve a denunciar.

Muchas veces las víctimas no piden apoyo porque piensan que el agresor se cansará y dejará de agredir. Por lo tanto, llegan a modificar sus rutinas, cambia de número de teléfono e incluso puede cambiar de casa. A veces no comentan con nadie sobre el ciberbullying que viven, porque creen que de esa manera evitarán que se siga difundiendo la agresión.

### *Consecuencias*

Víctimas de ciberbullying pueden desarrollar a largo plazo, secuelas emocionales, como ser (Marchiori, 1995):

- Cambios de personalidad característicos del estrés postraumático.
- Dificultades para relacionarse con los demás.

- Sensación de abandono y desesperanza.
- Hostilidad, nerviosismo, pérdida de la sensación de control

Para las víctimas, puede resultar terrorífico ser objeto de abuso, no sólo por lo que supone el daño físico y psicológico, sino también por el daño moral que les provoca la humillación de ser considerado un débil y un marginado social. La víctima, llena de temores, que intenta contener y disimular por un sentimiento de vergüenza, suele percibir su situación causada por su propia debilidad social y su escasa capacidad para afrontar las relaciones interpersonales; sin contemplar que éstas son especialmente injustas y duras para él/ella. Su autoestima se devalúa y la imagen de sí mismo/a se deteriora, lo que le aísla cada vez más y termina afectando gravemente a su rendimiento académico.

La dañina relación de abuso y maltrato entre iguales suele producir una vinculación patológica amparada en el secreto, la dependencia y el miedo al ridículo por parte de la víctima, así como en la impunidad del agresor o agresores, y en la pasividad de los demás compañeros, espectadores de la crueldad de unos hacia otros. La violencia entre iguales se ve favorecida por el aislamiento en el que se desenvuelve el propio sistema de compañeros/as y tiene, en la tolerancia del entorno inmediato, un factor añadido que aumenta el riesgo de daño psicológico (Marchiori, 1995).

Algunas víctimas del maltrato de sus iguales, cuando se perciben sin recursos para salir de esa situación, terminan aprendiendo -también se aprende de lo malo- que la única forma de sobrevivir es convertirse, a su vez, en violentos y desarrollar actitudes maltratadoras hacia otros.

Pero estas situaciones de violencia también dañan la personalidad en construcción del agresor. Los violentos, ante la indefensión de la víctima y la pasividad de los espectadores, refuerzan sus actitudes abusivas y transfieren estos comportamientos a otras situaciones sociales.

Para quien agrede impunemente a otro se socializa con una conciencia de clandestinidad que afecta gravemente a su desarrollo socio personal; se va convirtiendo, poco a poco, en un niño/a que cree que las normas están para saltárselas y que no cumplirlas puede llegar a proporcionar un cierto prestigio social. Todo ello resulta dañino para su autoimagen y su valoración moral; así se va deteriorando su desarrollo moral y aumentando el riesgo de acercamiento a la precriminalidad, si no encuentra a tiempo elementos educativos de corrección que reconduzcan su comportamiento antisocial (Olweus, 1998).

## ***MARCO METODOLOGICO***

### ***Tipo de estudio o investigación***

Según Dankhe (1986) se pueden distinguir cuatro tipos de investigación, el exploratorio, descriptivo, correlacional y explicativo. Para realizar este PFG fue necesario determinar el tipo de estudio que se aplicara para su desarrollo y el tipo de investigación elegida es descriptiva, y este consiste en seleccionar una cuestión o problemática, recoger información sobre ella y luego realizar una descripción sobre el tema (Sampieri, 2006). Y el objetivo de este trabajo es poder analizar el acoso escolar denominado Bullying o Cyberbullying en la Argentina, interpretando cuáles son los principios fundamentales sobre los que se asienta, sus agravantes, los modos en que se configura y el tratamiento legal que el sistema jurídico argentino aplica a este delito.

### ***Estrategia Metodológica***

La estrategia está dirigida a la “exploración, descripción y entendimiento” de algún fenómeno o situación (Sampieri, 2006, pág. 26). La metodología utilizada para el trabajo es cualitativa, ya que el objeto del mismo es recopilar la mayor cantidad de información y datos posibles sobre la temática, sin proceder a ningún otro análisis más que el de la interpretación, con el fin de comprender el Delito Acoso escolar en el marco del ordenamiento jurídico argentino.

### ***Fuentes a utilizar***

Las fuentes de información pueden clasificarse en fuentes primarias, fuentes secundarias y fuentes terciarias o de referencias generales (Yuni y Urbano, 2003), este trabajo se realizará mediante las siguientes:

- Fuentes Primarias: están son de información directa, originales, de primera mano. Se trata para este caso de la legislación nacional, internacional y provincial, los fallos y sentencias de diferentes cámaras y juzgados nacionales y provinciales relativos al tema de acoso escolar.
- Fuentes Secundarias: están las que comentan, sintetizan o analizan las fuentes primarias. En este estudio se utilizarán libros que contengan elaboraciones

doctrinarias o que traten el tema fijando una posición, artículos de revistas especializadas en derecho.

- Fuentes Terciarias: son instrumentos que se basan en las fuentes secundarias, para este trabajo se consultaran las diferentes posiciones doctrinarias de libros, o notas que expliquen sobre el tema en cuestión.

### ***Técnicas de recolección y análisis de datos***

Se utilizará la técnica de observación de datos y documentos de las fuentes primarias y secundarias, analizando e interpretando su contenido para poder hallar las dificultades y particularidades del caso en cuestión.

### ***Delimitación temporal y nivel de análisis***

Si bien el problema del acoso estudiantil tiene su origen muchísimo tiempo atrás La delimitación temporal del presente trabajo y su análisis se tomará desde comienzos de este nuevo siglo, que tuvo como característica un gran crecimiento de redes sociales de todo tipo.

La hipótesis de investigación es que el plexo normativo del Estado argentino es coherente y concordante con las legislaciones internacionales.

## ***Capítulo I***

### ***Regulación***

Bien jurídico protegido - Legislación argentina - Ley 23849, que aprueba la Convención sobre los derechos del niño - Ley 26061, de Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes - Ley 26206, de Educación Nacional - Ley 26892, para la Promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las instituciones educativas.

### ***Bien Jurídico Protegido***

Los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, varios con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22), a la vez que gozan de derechos específicos por su condición de personas en etapa de crecimiento. En consecuencia, tanto la Constitución Nacional como diferentes normas internacionales fijan obligaciones concretas al Estados en favor de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, el artículo 75 inciso 23 de la CN prevé que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos por ella y por los tratados internacionales, en particular respecto de niños y niñas. Asimismo, los instrumentos que gozan de jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 de la CN) estipulan derechos específicos a niños y niñas. Entre estos, podemos mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que dispone que niños y niñas tienen derecho a medidas de protección (artículo 24); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en cuanto establece que todo niño/a, tiene derecho a medidas de protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (artículo 19). Pero sin dudas, el instrumento más relevante en la materia es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que reconoce expresamente a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho.

La CDN también dispone que los Estados tienen la obligación de atender al interés superior del niño como consideración primordial en la adopción de cualquier política que los afecte (artículo 3 inciso 1). La Corte IDH ha sostenido que "... este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En

el mismo sentido, conviene observar qué para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección” (Corte IDH, caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239, párr. 108).

El interés superior del niño, entonces, resulta un derecho sustantivo, pero a la vez constituye un principio jurídico interpretativo fundamental, que sirve como marco para analizar cualquier otro derecho, norma y/o disposición que atañe al ejercicio de sus derechos.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos/as está explícitamente contemplado en la CDN, en cuanto reconoce que estos tienen derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que les conciernan, y en especial a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecten (artículo 12).

El Comité de los Derechos del Niño ha advertido que el derecho de los niños y niñas a ser oídos/as y tomados/as en serio es uno de los valores fundamentales de la CDN, junto con los principios generales de no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño. Por tal razón, resalta que el artículo 12 de la Convención no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos (cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 20 de julio de 2009, CRC/C/GC/12, párr. 2).

El Ciber hostigamiento escolar atenta contra la dignidad del niño y sus derechos fundamentales, en particular, pueden verse conculcados por la intimidación moral la dignidad de la persona, como presupuesto básico de tales derechos, pero, también, su libertad personal, su integridad física y moral, su intimidad, su honor, entre otros valores constitucionalmente protegidos.

Genéricamente los menores en este país se encuentran protegidos por una cantidad de cuerpos legales tanto nacionales como internacionales, y desde el año 2003 se han modificado las principales premisas con que piensa y trabaja la política educativa: de considerarse un privilegio ha pasado a ser concebida como un derecho que debe garantizarse a todos los niños y jóvenes.

Esta concepción ha tenido como principal corolario el trabajo sostenido orientado a ampliar los márgenes de inclusión en vistas a generar condiciones de igualdad social.

Este ha sido el propósito de nuestra política educativa, desde el Programa Conectar hasta el Área de Inclusión Democrática en la Escuela; desde el Plan de Lectura hasta el Programa de Educación Sexual Integral.

En resumen, se trata de construir una escuela que integre sin caer en la homogeneización de las diferencias, se trata de articular realidades y particularidades. Donde el propósito es hacer un aporte para el abordaje integral de ciertas problemáticas sociales que se manifiestan también en la institución educativa. Debido a que no todos los problemas tienen la misma solución. Hay que detenerse en las particularidades de cada institución, con el fin de construir una escuela democrática, debemos despojarnos de premisas técnicas que indiquen el modo correcto en que debe resolverse un conflicto. Más bien debemos ser capaces de poner en juego los valores y derechos que se encuentran en la base de nuestra acción y que queremos promover para la escuela argentina.

Las políticas de inclusión desafían a pensar de otro modo las prácticas escolares, los vínculos entre generaciones y las representaciones sobre los jóvenes. Esto implica construir escuelas que ofrezcan la posibilidad de convivir en la diversidad, de compartir y cuidar lo público y de aprender en la vida cotidiana el valor de la democracia y la justicia.

### *Legislación Argentina*

En verdad no existe ninguna norma que se refiera específicamente al tratamiento del bullying, los menores en nuestro país se encuentran protegidos por cuerpos legales nacionales como internacionales, como son la Constitución nacional, que garantiza el derecho a la educación desde su sanción en el año 1853. El derecho a la educación se reforzó con la incorporación de tratados internacionales en el Art. 75 inc.22 que hacen al sistema internacional de derechos humanos. Como ser la convención internacional sobre los derechos del niño y de la niña, donde en su Art.19 Inc. 1 y 2, se enfocan específicamente en la obligación de los estados parte al tratamiento y prevención de todo tipo de maltratos acerca del menor.

La ley 26206 de Educación Nacional que estableció a la educación como un derecho social que debe ser garantizado por el estado, donde se destacan ideal referidas al entorno

escolar y su proyección social como ser en su Art.2 “La educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social, garantizados por el estado”. El Art. 11 “Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad”. En el título 5 hace referencia a las desigualdades, que pueden ser entendidas como situaciones de injusticia, marginación, estigmatización y otras formas de discriminación. A través de esto se intenta dar un marco que ayude a evitar o disminuir la violencia escolar.

La ley 26061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, que en su Art. 15 establece que “los organismos del estado, la familia y la sociedad deben asegurarle, 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”.

La ley 26892 para la promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las instituciones educativas, que si bien es conocida como “ley anti-bullying”, su objetivo no es solamente hacer frente a la intimidación escolar, sino crear un sistema nacional de convivencia escolar (un marco legal contra el bullying, 2014). En efecto, la conflictividad social en las instituciones educativas comprende más situaciones que estricta problemática acontecida con el acoso escolar (González Pondal, 2013).

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación menciona los principios que rigen la responsabilidad parental, como ser el interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Estos principios son reiteración de los derechos consagrados en la convención sobre los Derechos del Niño – Arts. 3, 5 y 12 -, y en la Ley 26061 – Arts. 3, 24 y 27-.

También habla de la responsabilidad de los establecimientos educativos dejando en claro que la responsabilidad recae en el organizador o administrador de dicho establecimiento. El fenómeno social de la violencia es mucho más amplio que el problema institucional de la violencia en el ámbito educativo; la violencia en la calle, en la vida doméstica, en el ámbito político y social. Hacen ver que lo que ocurre en las escuelas es un reflejo de lo que ocurre en la vida pública y privada en todos los aspectos. Por lo tanto, el ámbito escolar es un fiel reflejo de lo que sucede en el mundo social, algunos sociólogos de la educación han hablado de la escuela como una micro sociedad. (Jackson, 1994).

Por otra parte, la violencia en las escuelas hace referencia a aquellos episodios que no son organizados como practicas propias de la escuela, sino que tienen a la institución

educativa como un escenario. En estos casos, la escuela actúa como caja de resonancia del contexto en la que esta inserta (clima, conflictos y violencia en la escuela, 2011). Ese “grupo-aula” es el escenario propicio y necesario para que se manifieste el bullying. (Cerezo,2006).

### ***Ley 23849, que aprueba la Convención sobre los derechos del niño***

La “Convención sobre los Derechos del Niño” aprobada en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (que ya había ingresado a nuestro derecho interno en el año 1990, al aprobarse por el Congreso Nacional, la ley 23849) fue uno de esos instrumentos que, al decir de nuestros convencionales constituyentes, “en las condiciones de su vigencia”, obligó a una relectura de las categorías jurídicas clásicas desarrolladas por el derecho de familia.

Se trata del instrumento internacional sobre derechos humanos ratificado por la mayor cantidad de países del globo, ya que en muy breve tiempo logró reunir un total de 193 adhesiones. De los 195 Estados soberanos e independientes representados por las Naciones Unidas, solo Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur no lo han ratificado. Ningún otro tratado internacional sobre la materia ha provocado tal consenso por parte de los gobiernos, y produjo un cimbronazo en la concepción de la infancia y la adolescencia, aun antes de culminarse con su redacción.

Es el instrumento normativo de mayor interés, relevancia y jerarquía en la materia, ha marcado un antes y un después en los derechos de las niñas, niños y adolescentes, al construir una nueva legalidad e institucionalidad para estas personas a nivel mundial. El valor fundamental de la “Convención sobre los Derechos del Niño” radica en que inaugura una nueva relación entre la niñez, el Estado, el derecho y la familia. A esta interacción se la conoce como la “doctrina de la protección integral de los derechos”. La idea de los niños y adolescentes como “sujetos de derecho”, y no meros “objetos de protección”, implicó reconocerles la titularidad de los derechos fundamentales de los que ya gozan los adultos, más un “plus” de prerrogativas específicas justificadas en su condición de personas en desarrollo.

La doctrina de la “protección integral” ha producido un quiebre de paradigma en la

historia jurídica de la niñez, dejándose atrás la concepción paternalista propia de la llamada doctrina de la “situación irregular” o modelo tutelar, que considera a los niños como ‘menores’, “incapaces” y “objetos” de protección y representación por parte de sus progenitores – o demás representantes legales – y el Estado.

### **Ley 26061, de Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes**

La sanción de la ley 26061 posibilitó que el Estado argentino cumpliera con las obligaciones internacionales contraídas en su momento, y que, desde el campo normativo expreso, pudiera concretarse el “derecho constitucional de familia” en la satisfacción de la plena eficacia de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes.

Ya desde su artículo primero, la ley 26061 señala: “... tiene por objeto la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado, habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces”.

A diferencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, que alude solo a los niños en sentido genérico y no al término “adolescentes”, la ley 26061 se acerca a la mayoría de las legislaciones acordes con la doctrina de la protección integral en las cuales se reemplaza el uso del vocablo “menores”, por la expresión “niños y adolescentes”. E introduce un agregado que responde a la doctrina internacional de los derechos humanos: la perspectiva de género. Es por ello que la norma en estudio alude a “niñas, niños y adolescentes”, en este orden, desde su título y en todo su texto. Resulta interesante resaltar, que aunque presente en algunos pasajes aspectos de “derecho común” – especialmente en las cláusulas transitorias modificatorias del antiguo Código Civil, hoy reemplazado por el Código Civil y Comercial unificado–, la ley 26061 no puede ser

encontrada en el contexto normativo de nuestro derecho constitucional, dentro de la tipología “leyes de derecho común”, cuyo dictado es de competencia exclusiva del Estado federal, a la luz de lo que dispone el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional. Pero, aunque así lo fuera, por la materia regulada, se ubicaría en el campo del llamado “federalismo de concertación” en donde, a pesar de la existencia formal de una competencia exclusiva del Estado federal, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –mediante sus respectivos órganos de gobierno– participan en la aplicación y concreción eficaz de la norma.

Entre las materias delegadas por las provincias al Estado federal – establecidas en el artículo 126 de la Constitución Nacional – y, por ende, prohibido su ejercicio a los Estados provinciales o federados, no se visualiza ningún tópico donde pueda subsumirse la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Además, no hay que olvidar que, en el campo de los derechos y garantías, el orden constitucional federal configura un piso mínimo a partir del cual las provincias y la CABA pueden desarrollar un catálogo tuitivo ampliatorio, sin que ello implique un menoscabo de la garantía federal.

A la hora de preguntarse cuáles son las consecuencias que provoca esta situación, las respuestas posibles son: a) la ley 26061 configura un piso mínimo e indisponible para los Estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los cuales podrán dictar sus propias normas en la materia con el objeto de ampliar el ámbito de los derechos y garantías; b) si una Provincia no dictó aún una norma local sobre la materia, la ley 26061 se aplica directa y obligatoriamente en dicha jurisdicción; c) tanto los Estados provinciales como la CABA están constitucionalmente habilitados para aplicar –tanto en sede judicial como administrativa– la normativa federal a través de los órganos locales.

De hecho en el ámbito porteño, a solo dos años de darse su Constitución originaria, el 3 de diciembre de 1998 la Legislatura unicameral sancionó la ley 114 de “Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, bastante antes que la propia norma nacional en análisis, y tal como se verifica en los casos que en este capítulo se exponen (conforme veremos más adelante) adoptó pues este temperamento a la luz de las atribuciones y funciones que se le asignaron al “Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” (CDNNyA) y, finalmente, d) en el supuesto de identificarse una colisión normativa entre la norma federal y las normas locales, la antinomia se resuelve aplicando como vector hermenéutico el principio pro homine que conduce a la prevalencia de la norma que provea la solución más

favorable a la persona humana, a sus derechos y al sistema de derechos en sentido institucional.

### ***Ley 26206, de Educación Nacional***

La Ley de Educación Nacional (N° 26.206) fue sancionada el 14 de diciembre del 2006 y tiene por objeto regular el ejercicio del derecho de enseñar y aprender consagrado por el artículo 14 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella. Establece la estructura del Sistema Educativo, haciendo alusión a todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo Nacional; determina la extensión de la obligatoriedad escolar y plantea las responsabilidades y obligaciones del Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con relación a la Educación.

Se aplica en toda la Nación en su conjunto, respetando los criterios federales, las diversidades regionales y articula la educación formal y no formal, la formación general y la profesional en el marco de la educación continua y permanente.

Es importante destacar dentro de las políticas de promoción de la igualdad educativa que el Ministerio de Educación y el Consejo Federal de Educación fijarán y desarrollarán las mismas con el fin de enfrentar situaciones de injusticia, marginación y discriminación de cualquier índole. De esta forma intentaran garantizar el acceso y la permanencia de los alumnos en todos los ciclos y modalidades. Se incluye a alumnas embarazadas, debiendo construirse salas de lactancia en las escuelas. Se promueve la inclusión de niños no escolarizados al sistema educativo y se prevé acciones tendientes a erradicar el trabajo infantil.

El Estado debe garantizar la calidad educativa, y para ello definirá contenidos curriculares comunes y núcleos de aprendizaje prioritarios en todos los niveles, los renovará periódicamente, mejorará la formación docente, implementará políticas de evaluación de calidad y dotará a las escuelas de los recursos materiales necesarios. Se incluye en los contenidos curriculares el dominio de tecnologías de la comunicación y la información. Se incorporan principios del cooperativismo y el mutualismo. Flexibilización y ampliación de la escolarización para alumnos discapacitados. Ejercicio y construcción de la memoria colectiva sobre los procesos históricos y políticos que instauraron el

terrorismo de Estado. Generación de sentimientos democráticos y de DDHH. Derechos del Niño. Diversidad cultural de los pueblos indígenas y sus derechos. Igualdad entre los sexos.

Estos derechos sociales se caracterizan por la solidaridad, la búsqueda de una vida propiamente humana en la que uno se relaciona con otros, lo que supone la obligación de la comunidad de atender al bienestar de cada uno de sus miembros. Los individuos ya no están aislados sino en comunidad. Un tema discutido desde la filosofía jurídica es la exigibilidad del cumplimiento de estos derechos, ya que en su formulación se presentan más como una intención que no incluye una información de quién es el sujeto obligado a cumplirlos.

Enmarcada en la concepción de derecho social, la educación ya no sólo es un derecho individual sino un derecho que supone una obligación de la comunidad y el Estado de actuar positivamente para su concreción. De los beneficios de la educación no sólo se apropia el individuo sino la sociedad en su conjunto en la medida en que ciudadanos mejor preparados coadyuvan al desarrollo económico y social del conjunto.

Finalmente, para reafirmar el valor de la educación como bien público, la Ley establece que la educación será prioridad nacional y política de Estado (Art. 3) y, expresa su oposición a toda forma de mercantilización de la educación (Art. 10).

***Ley 26892, para la Promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las instituciones educativas.***

La nueva ley 26.892 encara la problemática del bullying como una conducta específica y un tema a ser estudiado y abordado como una cuestión de Estado y no como una mera cuestión entre particulares.

El Estado mismo interviene mediante el reconocimiento legal y el establecimiento de formas de abordaje de la conflictividad en el ámbito escolar.

Esta ley, es muy auspiciosa en cuanto a los principios y a los valores que intenta propiciar (los valores democráticos como eje; participación de todos los sujetos involucrados; diálogo como forma de solucionar conflictos; convivencia pacífica; escucha activa; bilateralidad previa a la imposición de sanciones), pero en cuanto a su operatividad requiere de un “trabajo de campo”, en el terreno mismo donde se desenvuelve la

problemática.

En el plano de la conflictividad derivada del uso de herramientas informáticas, la ley poco se explaya, salvo la enunciación de su reconocimiento como tema a abordar. Así también, cada ámbito educativo con su diversidad de localización, integración social, contexto, etc. implica que los códigos de convivencia que se promueven deberán ser adaptados a cada necesidad y ambiente, alejándose de una mera extrapolación de experiencias de un ámbito a otro.

El reconocimiento legal de la situación particular de los casos de violencia escolar denominada bullying es un avance, pero no debe quedar en un enunciado, sino que deberán articularse los mecanismos necesarios para la operatividad de la norma: ello requiere una intervención del Estado asimismo en la debida formación docente, en la conformación y en la auditoría permanente de los equipos interdisciplinarios y sus resultados evidenciables a mediano plazo.

Es fundamental el principio según el cual la sanción ante el comportamiento conflictivo debe tener un espíritu formativo (“sanciones formativas” las llama la ley), en el marco de escalas graduales de punición. La conflictividad en el ámbito escolar es específica y no puede por ninguna circunstancia abordarse el tema bajo el amparo de sanciones “ejemplificadoras”.

Este principio formativo sumado a la conformación democrática de las comisiones e incluso en la redacción de los códigos de convivencia es auspicioso. Pero será indelegable la función del Estado (Ministerio y Consejo Federal de Educación), en la articulación, evaluación de logros, corrección de errores de implementación, formación de los profesionales involucrados en el tema, etc.

En la problemática tratada en la ley, no puede esperarse todo del colegio, sino que siempre volvemos al tema de que la buena educación empieza en casa. Y por supuesto que en ese marco ingresa ya el análisis más político según el cual un hogar bien constituido, con integrantes incluidos en la población económicamente activa, con vivienda digna y con adecuada alimentación, salud y esparcimiento será seguramente un basamento fundamental para que en la escuela no detonen situaciones problemáticas que los educandos traen de su hogar. Por ello, no todo puede pedírsele ni al colegio ni a una ley. Pero es un buen comienzo al menos que el Estado incluya el bullying como tema, si no a resolver, cuanto menos a abordar, a tratar.

## *Capítulo II*

### *Rol del estado en la prevención y eliminación del Ciberbullying Escolar*

Consideraciones generales - Delitos informáticos - Practicas informáticas que promueven el ciberbullying - Antecedentes doctrinarios.

#### *Consideraciones generales*

Dentro de las consideraciones generales es importante destacar los diferentes tipos de intimidación escolar. La intimidación escolar es un problema que afecta a estudiantes de todas las etnias y clases sociales, y es motivo de preocupación de la sociedad, ya que lamentablemente es muy común haber tenido contacto con una víctima de este flagelo. También es cierto que muchas veces por ser la intimidación un problema oculto a los padres, docentes y otros adultos, no se logra dimensionar la gravedad de este problema o incluso se llega a minimizar los hechos vinculados a este tipo de intimidación.

Las principales causas que involucran el hostigamiento escolar son la apariencia personal, el estatus socioeconómico, la etnia, la religión o la condición de género (por ej. Sexualidad). El acto de molestar o de acosar (bullying), es todo comportamiento agresivo que sea intencional y que implique un desequilibrio de poder o de fuerzas, y con frecuencia, estos actos se hacen repetitivos.

El hostigamiento escolar rara vez responde a un estilo: verbal, psicológica, física, a través del ciber- espacio, etc. En la mayoría de las ocasiones el victimario utiliza una mezcla de ellas, lo que amedrenta aún más a la víctima, que simplemente puede llegar al aislamiento social por el temor, a no encajar adecuadamente en la escuela, presentar cuadros psicósomáticos, e incluso, suicidarse.

El ciberbullying se define como el uso de las nuevas tecnologías de la información (principalmente Internet, telefonía móvil y videojuegos online) para ejercer el hostigamiento psicológico entre iguales. Las TIC hacen que las víctimas no tengan un respiro en las 24 horas del día, pues el ciberbullying también entra en el hogar además de

estar presente en la escuela. De esta forma, el hogar deja de ser un lugar donde la víctima se sienta protegida como ocurría en la intimidación escolar.

Las formas que puede adoptar el ciberbullying son muy variadas y se encuentran limitadas por el manejo de la tecnología y por la imaginación de los menores que actúan como acosadores.

Otros términos para referirse al ciberbullying son "E-Bullying" u "hostigamiento por Internet". Muchas víctimas del ciberbullying lo pasan muy mal durante varios meses antes de decidirse a buscar ayuda. El problema es que, cuando se deciden a buscar ayuda, no saben dónde acudir. Y es aquí donde comienza la función del estado dado que, a pesar de parecer insuficientes, las medidas adoptadas, se continúa trabajando para la erradicación de este tipo de flagelos.

### *Delitos informáticos*

En el código penal argentino hay al menos 45 tipos penales que pueden configurarse de forma directa a través de dispositivos informáticos. Los delitos más frecuentes asociados al ciberbullying pueden ser: Discriminación; Xenofobia; Calumnias e injurias; Incitación al odio; Grooming o corrupción de menores en grado de tentativa; Violencia de género; Pornografía infantil; u hostigamiento (que solamente en Ciudad de Bs As es considerado una contravención).

Pero también existen conductas dolosas aun no tipificadas en nuestro ordenamiento penal. Asociaciones civiles vienen trabajando desde el 2013 junto con diferentes diputados nacionales para que estas conductas que producen tanto daño a las víctimas se transformen en delitos y los autores puedan ser juzgados y sancionados, como ser: Porno venganza; Publicación ilegítima de imágenes íntimas; Acopio de pornografía infantil; Cyberbullying; Ley integral sobre prueba informática; Hostigamiento digital.

Y es fundamental que la víctima de alguno de estos delitos ejerza su derecho y radique su denuncia ante las autoridades judiciales. Existen en el país muchas asociaciones civiles enfocadas en la guía y asistencia de las víctimas, para asesorarlas y contenerlas psicológicamente a ellas y su entorno y asistirles en el procedimiento para radicar denuncia y/o preservar la prueba informática.

“Denunciar es fundamental para que comience una investigación y terminar con la impunidad “.

### *Prácticas informáticas que promueven el Cyberbullying*

Es sabido por todos que una de las conductas posibles en los seres humanos es la agresión, en donde un sujeto intenta intencionalmente causarle un daño a otro. Aunque esta conducta puede aparecer y desaparecer en un breve período de tiempo, su duración también puede prolongarse y no remitir de manera rápida o fácil: entramos entonces en el terreno del hostigamiento.

El hostigamiento tiene el componente agresivo de la intencionalidad de hacer daño, pero éste perdura en el tiempo y es normal encontrar episodios de violencia repetidos que dan cuenta de esta cronicidad. En todo hecho de intimidación también aparece la desigualdad de poder entre la víctima y el agresor. Acerca de este último, encontramos que la intimidación puede ejercerse de manera individual o grupal.

Los tipos de daño producto del hostigamiento suelen ser variables, siendo los más comunes los físicos (golpes, empujones, quemaduras), verbales (insultos, amenazas), psicológicos (expandir rumores sobre la víctima) o sociales (exclusión de la víctima del ámbito grupal).

En cuanto a los participantes del hostigamiento, se reconocen 3: el agresor, la víctima y el observador. Muchas veces no se tiene en cuenta la participación de los observadores en el proceso de hostigamiento, es decir, aquellas personas que presencian el hecho y que desde su acción o inacción ayudan a prolongar o a fomentarlo.

Cuando la intimidación se produce a través de las tecnologías de información y comunicación (TIC), hablamos del término en inglés, “cyberbullying”. Estas tecnologías ofrecen al agresor una amplia gama de modalidades como ser: Intimidación mediante numerosos mensajes, llamadas o correos, que toman la forma de amenazas y/o insultos; Difusión de imágenes comprometidas, rumores, chismes; La posibilidad de hackear la cuenta de alguien; Crear perfiles falsos en las redes sociales; La grabación de la agresión o la humillación de la víctima para difundirlo posteriormente.

Se debe aclarar que debido al ámbito virtual donde ocurre, el cyberbullying tiene ciertas

particularidades respecto al hostigamiento donde no intervienen las TICs. Mientras que el hostigamiento ordinario ocurre en un lugar y tiempo determinados, el ciberbullying no conoce límites espaciales ni temporales. La víctima difícilmente puede escapar del ciberbullying. En cuanto a los efectos, el ciberbullying cuenta con la permanencia que ofrece internet y estos se multiplican exponencialmente al poder llegar a más personas. En este punto, los observadores pueden colaborar negativamente al compartir y difundir material relacionado con el ciberbullying. Las TICs también han actualizado a otras antiguas formas graves de acoso, como el abuso de menores: el grooming.

El agresor del ciberbullying muchas veces actúa impulsivamente, con una actitud poco reflexiva, sin pensar en las consecuencias que pudiera tener para la víctima o para él mismo. Si se lo confronta, el agresor suele justificar su accionar mediante diferentes posturas ajenas a su propia responsabilidad. A veces minimizan el hecho y sus consecuencias, suponiendo que se trata de un juego o una broma sin mayor importancia, donde todos se ríen. Otras veces aparece la idea de reciprocidad, es decir, el ciberbullying como venganza por un hecho del pasado cometido por la víctima. Frecuentemente aparecen excusas que responsabilizan a la víctima: “Es una idiota, se lo merece” o “Ella se hizo las fotos”. Finalmente, hay agresores que intentan desplazar la responsabilidad de sus actos hacia otras personas, por ejemplo, hacia aquellos que difundieron el material. Frecuentemente, los agresores también fueron víctimas del ciberbullying y en este sentido, repiten con otros el daño que ellos mismos sufrieron. La edad y el género también son factores que deben ser tenidos en cuenta: el fenómeno del ciberbullying toma fuerza entre los adolescentes jóvenes.

### *Antecedentes doctrinarios*

En verdad no existe ninguna norma que se refiera específicamente al tratamiento del bullying, los menores en nuestro país se encuentran protegidos por cuerpos legales nacionales como internacionales, como son la Constitución nacional, que garantiza el derecho a la educación desde su sanción en el año 1853. El derecho a la educación se

reforzó con la incorporación de tratados internacionales en el Art. 75 inc.22 que hacen al sistema internacional de derechos humanos. Como ser la convención internacional sobre los derechos del niño y de la niña, donde en su Art.19 Inc. 1 y 2, se enfocan específicamente en la obligación de los estados parte al tratamiento y prevención de todo tipo de maltratos acerca del menor.

La ley 26206 de Educación Nacional que estableció a la educación como un derecho social que debe ser garantizado por el estado, donde se destacan ideal referidas al entorno escolar y su proyección social como ser en su Art.2 “La educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social, garantizados por el estado”. El Art. 11 “Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad”. En el título 5 hace referencia a las desigualdades, que pueden ser entendidas como situaciones de injusticia, marginación, estigmatización y otras formas de discriminación. A través de esto se intenta dar un marco que ayude a evitar o disminuir la violencia escolar.

La ley 26061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, que en su Art. 15 establece que “los organismos del estado, la familia y la sociedad deben asegurarle, 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”.

La ley 26892 para la promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las instituciones educativas, que si bien es conocida como “ley anti-bullying”, su objetivo no es solamente hacer frente a la intimidación escolar, sino crear un sistema nacional de convivencia escolar (un marco legal contra el bullying, 2014). En efecto, la conflictividad social en las instituciones educativas comprende más situaciones que estricta problemática acontecida con el acoso escolar (González Pondal, 2013).

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación menciona los principios que rigen la responsabilidad parental, como ser el interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Estos principios son reiteración de los derechos consagrados en la convención sobre los Derechos del Niño – Arts. 3, 5 y 12 -, y en la Ley 26061 – Arts. 3, 24 y 27-.

También habla de la responsabilidad de los establecimientos educativos dejando en claro que la responsabilidad recae en el organizador o administrador de dicho establecimiento. El fenómeno social de la violencia es mucho más amplio que el problema institucional de

la violencia en el ámbito educativo; la violencia en la calle, en la vida doméstica, en el ámbito político y social. Hacen ver que lo que ocurre en las escuelas es un reflejo de lo que ocurre en la vida pública y privada en todos los aspectos. Por lo tanto, el ámbito escolar es un fiel reflejo de lo que sucede en el mundo social, algunos sociólogos de la educación han hablado de la escuela como una micro sociedad. (Jackson, 1994).

Por otra parte, la violencia en las escuelas hace referencia a aquellos episodios que no son organizados como practicas propias de la escuela, sino que tienen a la institución educativa como un escenario. En estos casos, la escuela actúa como caja de resonancia del contexto en la que esta inserta (clima, conflictos y violencia en la escuela, 2011). Ese “grupo-aula” es el escenario propicio y necesario para que se manifieste el bullying. (Cerezo,2006).

### ***Capítulo III: Responsabilidad de las instituciones, padres***

#### ***Responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores***

En la responsabilidad civil de los centros educativos por los daños causados o sufridos por sus alumnos dentro del ámbito escolar. Nos interesa, exponer los lineamientos generales de sus obligaciones, determinar si puede inferirse la responsabilidad concurrente con los padres de los menores que provocan situaciones de bullying, o si son exclusivamente responsables de las consecuencias debido a la responsabilidad objetiva de garantía que deben brindar a los educandos.

#### ***El rol de los centros educativos***

La escuela como institución ha cumplido siempre un rol de formación y educación formal que se complementa (pero no la excluye) con la educación familiar. En tiempos actuales la escuela se ve expuesta a nuevos contextos y desafíos educativos y sociales, tales como el fenómeno del ciber bullying.

Lo que ha sucedido en la última década del siglo XX y principios del XXI es que ha aumentado la conciencia pública sobre la conexión entre los problemas sociales y los problemas de la escolaridad obligatoria. Lo que se ha producido en estos años, más que una escalada de la violencia es una escalada en la visibilidad social sobre la conflictividad escolar y los problemas reales y morales de la sociedad.

Efectivamente, no podemos afirmar que tenemos escuelas más violentas, pero no cabe la menor duda de que tenemos una sociedad más preocupada por los problemas de la violencia escolar (Savater, 1997).

## *La responsabilidad de los establecimientos educativos*

La responsabilidad de los establecimientos educativos en el C.C.C. se encuentra regulada en el art. 1767, realizando un análisis de este artículo, se puede apreciar que se le ha otorgado mayor precisión al mismo, al suplantarse la figura del propietario, por la del “titular del establecimiento educativo”, quitando la duda sobre si la responsabilidad recae sobre quien detente el derecho real de Propiedad o sobre quien reviste el carácter de organizador y/o administrador del establecimiento educativo. Se eliminó la diferenciación del establecimiento educativo (“privado o estatal”), lo cual determina que la responsabilidad se aplica a todo tipo de establecimiento.

Añade que el daño causado o sufrido por los alumnos debe producirse cuando se hallen o “deban hallarse” bajo el control de la autoridad escolar, extendiendo temporalmente la responsabilidad.

La responsabilidad es objetiva y se exige únicamente con la prueba del caso fortuito, abandonando la culpa. Con esto se logra identificar la naturaleza de las responsabilidades paternas y de los establecimientos educativos, que obran por delegación de los padres, siendo ambas de raíz objetiva, y eliminando con ello los vicios de inconstitucionalidad del art. 1117 por violación al principio de igualdad ante la ley, principal crítica que realizara Zavala de González (2001).

En opinión de Tale (2013, pág. 154), la norma debería permitir otros eximentes, tales como “el hecho inevitable de un tercero o el hecho del propio damnificado”, más aún cuando el propio art. 1731 reconoce el valor eximente del hecho del tercero. Sostiene que, si bien la norma garantiza una compensación económica a la víctima, no hay razón para sustraer la responsabilidad de los dueños de los establecimientos educativos del régimen general que reconoce el valor eximente del hecho del tercero.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, Zavala de González (2000, pág. 127) plantea como ejemplo, a aquel establecimiento educativo que será responsable por los daños sufridos por los alumnos a raíz de un atentado terrorista perpetrado contra el colegio. Otro absurdo, que permite pensarse, se da ante el secuestro de un alumno dentro del establecimiento educativo, donde los secuestradores reducen por la fuerza y con armas de fuego al guardia de seguridad y al portero del colegio que resguardan la puerta de ingreso. Zavala de González (2000) continúa la crítica manifestando que es poco razonable y lógico, que el establecimiento educativo deba responder por ante el hecho intencional e

inevitable de un alumno que decide deliberadamente golpear a uno de sus compañeros lanzándole un ladrillo, o empujándolo por las escaleras en un acto imprudente, ya que esto sucederá aun cuando las autoridades demuestren que han puesto el máximo deber de vigilancia y seguridad para evitar cualquier tipo de daño. El hecho de un alumno a otro, dentro de un marco jurídico razonable, debe ser considerado como un eximente de responsabilidad.

Tale (2013) manifiesta, que debe incluirse asimismo como otra causal de eximente al daño que se auto produce el alumno, cuando las autoridades del colegio han demostrado la máxima diligencia en las medidas de seguridad y control para prevenir los daños. No resulta justo ni equitativo, que el colegio deba responder por los daños que sufriera por la propia culpa del alumno cuando este manipulara conductores eléctricos o realizara actividades peligrosas dentro del establecimiento, por ejemplo; desobedeciendo expresas instrucciones al respecto, burlando los controles, la vigilancia y los mayores controles de las autoridades del mismo. Zavala de González, en su libro “Valoraciones sobre la Responsabilidad” (2000, pág. 126) ilustra el caso del adolescente que se suicida en el baño del colegio con un elemento de uso común de propiedad del colegio.

Tal como se menciona, en el art. 1767 resulta violatorio del principio constitucional de igualdad, el establecimiento educativo es una de las únicas figuras que no pueden liberarse de responsabilidad, incluso ni por el hecho inevitable de terceros extraños como del hecho del propio damnificado, sin existir mayor razón de esa diferencia (Tale, 2013). Hasta aquí hemos hablado de la responsabilidad de los establecimientos educativos, y la imposibilidad de eximición de responsabilidad por aquellas actividades riesgosas o anormales al proceso educativo tanto de terceros extraños como de la propia culpa de la víctima, aun cuando existiese diligencia en el control y vigilancia de los alumnos por parte de las autoridades del establecimiento. Tampoco podrán eximirse, tal como lo afirma Zavala de González (2000) y Tale (2013), de la responsabilidad por los daños sufridos por las actividades educativas y recreativas cotidianas y normales de la diaria educativa, que no revisten riesgo. Aun cuando los padres envían a sus niños para que experimenten y cumplan con dichas actividades, aun cuando no haya existido o no deba haber existido la custodia, control o vigilancia por parte de las autoridades educativas. Se plantea como ejemplo, los daños sufridos por correr en el patio, resbalarse en el aula y caer, etc.

Respecto a la responsabilidad objetiva que se le endilga al establecimiento educativo, existe una clara contradicción con el propio art. 1756, en lo que respecta a la responsabilidad de los establecimientos que tienen a su cargo el cuidado de personas

internadas (tales como hospitales, sanatorios, neuro psiquiátricos, etc.) que es subjetiva, y cuyas causales de eximición quedan resumidas en la acreditación de la diligencia en el control y vigilancia de los mismos.

Cada vez es más extensa la jurisprudencia que marca que la responsabilidad de estos establecimientos se iguala a la responsabilidad objetiva de los establecimientos educativos del art. 1767, existiendo una profunda incongruencia con la realidad de ambos tipos de establecimientos, y con la propia realidad jurídica. Al respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado diciendo que:

Que en cuanto aquí interesa con especial énfasis, la Convención sobre los Derechos del Niño, enunciada, con jerarquía constitucional, en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional prevé, entre otras disposiciones de relevancia para este caso, que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas [...] las autoridades administrativas [...] una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3º.1); que “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.3); que “Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (art. 6º.2); que “[...] se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño [...]” (art. 12.2); que “Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de [...] descuido o trato negligente [...] mientras el niño se encuentre bajo la custodia de cualquier persona que lo tenga a su cargo” (art. 19.1); que “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado” (art. 20.1); que “Los Estados partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación” (art. 25).

Siguiendo la misma línea en la provincia de Buenos Aires, la jurisprudencia marca:

Un ente asistencial psiquiátrico, tiene innegable obligación de custodiar y cuidar a los pacientes dada su especialidad de la materia. Aun cuando el Hospital A. no es un

nosocomio del tipo carcelario -como lo refiere la apelante aisladamente en sus quejas-, y sería de puertas abiertas tal como lo relatara el testigo a fs. 1183/1187, en el caso de autos la recurrente no rebate las claras consideraciones vertidas por el Cuerpo Médico Forense, en el sentido de que fue determinante al dictaminar que no se han cumplido las normas de seguridad en la internación del joven, porque pudo salir solo, fuera de la esfera de custodia institucional (conf. fs. 224 del citado incidente). Sobre el particular y en un caso de similares características al presente, el doctor Liberman señaló que no haber evitado la salida es el antecedente causal mediato sin cuyo concurso esa forma de suicidio no hubiera sido posible. Lo mismo ocurre en la especie, por lo que cabe soslayar el argumento del demandado acerca de la relación inmediata y necesaria entre antecedentes causales y daño. Es claro que en este expediente la órbita es extracontractual y la reparabilidad se extiende a las consecuencias mediatas previsibles. En tal contexto, y de acuerdo a la afección esquizofrénica que padecía el paciente, señaló el mencionado magistrado que se puede afirmar que hay un adecuado nexo de causalidad entre las deficiencias de servicio que permitieran la huida y la muerte por suicidio.

### *El rol de los padres*

La familia es el primer contexto de aprendizaje de las normas y reglas socialmente establecidas y adquiridas. Mientras esto ocurre, la responsabilidad en la crianza supone el deber de los padres de responder por las consecuencias que genere su comportamiento en el proceso de desarrollo de sus hijos. Los padres son responsables de la vigilancia y la educación de sus hijos, destacándose la mayor relevancia de la primera en las etapas más tempranas de la niñez y la de la segunda en las más cercanas a la mayoría de edad (Llambías, 2012).

La vigilancia activa ha sido entendida como “el conjunto de medidas y cuidados que reclaman los hijos, de acuerdo con su edad y condición” y se relaciona, con la presencia física del padre en el momento del hecho, también con la formación del hijo, a través de la educación, elemento éste que se ha señalado como uno de los determinantes de

atribución de responsabilidad a los padres.

Las medidas de vigilancia necesarias, posibles y exigibles dependen de una serie de datos que varían de un supuesto a otro y que tienen que ver con las peculiaridades del niño de que se trata, como con las circunstancias en que se hallen las personas obligadas a su vigilancia y las posibilidades de previsión de que tuviera lugar efectivamente el evento dañoso (Mosset Iturraspe, D'Antonio, Novellino, 1998).

Esta última constituye una de las funciones que comprende la guarda y que procura que a través de la vigilancia propiamente dicha y especialmente de la educación a medida que crecen, que los hijos no provoquen daños a terceros. Y puesto que los padres, como regla, se encuentran posibilitados de ejercer tal función, que a su vez entraña un fuerte interés social, lo que implica fundamentalmente una tarea de educación formativa del carácter de los hábitos de los menores. "La culpa de los padres consiste en la omisión del consejo oportuno hacia el menor y no en la permanente mirada sobre él". Asimismo, debe apreciarse en cada caso el comportamiento de padres e hijos, en relación con el medio al que pertenecen, con sus hábitos y costumbres, con la edad y el estado físico y mental del menor.

### ***La responsabilidad parental***

La responsabilidad parental, se conceptúa 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. El CCC menciona los principios que rigen la responsabilidad parental, mencionando al interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.

Estos principios son la reiteración de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño -arts. 3, 5 y 12-, así como en la Ley 26.061 -arts. 3, 24 y 27. El CCC dentro de los principios establece que, a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos. Si bien esto es una clara consecuencia de la capacidad progresiva, resulta conveniente aclarar que esa

totalidad que parece tener la responsabilidad parental va disminuyendo con el crecimiento de los hijos, es decir, con la adquisición de madurez para poder tomar decisiones propias. El art. 641 del CCC también establece el otorgamiento conjunto del ejercicio de la responsabilidad parental cuando los progenitores convivan. Por su parte, el CCC determina que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde, en caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores, presumiendo que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a solo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades.

Es decir que en principio el régimen de los no convivientes es igual que el de los padres convivientes: ambos ejercen la responsabilidad parental, y las decisiones que tome uno se presume que son tomadas con la conformidad del otro progenitor. Se otorga unilateralmente por voluntad de los progenitores o decisión judicial, teniendo en cuenta el interés del hijo. En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público.

Una gran novedad está en la solución que el CCC encuentra cuando los desacuerdos de los progenitores son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, estableciendo que 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 los dos años. También el juez puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

Cumplido el plazo debe revisarse a los fines de verificar si subsisten o han cesado las causas que dieron lugar a la decisión de que se otorgue en forma unilateral. Siempre con la intención de que el ejercicio de la responsabilidad parental sea compartido por ambos progenitores.

La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental también es una novedad. El CCC contempla la posibilidad de que en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente o tercero idóneo.

El acuerdo celebrado en este sentido con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo, tiene un plazo máximo de un año de duración, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente

fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades (Mizrahi, 2012).

### ***Responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores***

El nuevo ordenamiento trae dos artículos que se refieren a la responsabilidad civil de los padres (arts. 1754 y 1755).

Estos articulados proveen clarificadores avances en lo que respecta a la responsabilidad de los padres, evitando la diferenciación de padre y madre, incluso sin importar quién de los dos se encuentra ejerciendo la responsabilidad parental, aclarándose que la regla es el ejercicio por ambos progenitores según el propio art. 641 CCC, el cual estatuye el ejercicio de la responsabilidad parental, tanto en caso de convivencia como de no convivencia, a ambos progenitores. Tanto en los actos cotidianos como en las decisiones trascendentes de la vida de los hijos. Es de ahí que ambos padres tienen serias y claras incidencias en el cuidado personal y educación de los hijos, por lo que ambos asumen solidariamente las consecuencias lesivas frente a la víctima del actuar de los hijos (Lloveras, Monjo, 2013).

Es importante recordar, como antes se ha mencionado, que en Código Civil y Comercial de la Nación se distingue claramente el ejercicio de la responsabilidad parental con la figura de los “cuidados personales” (art. 648 CCC) que comprende las actividades y cuidados de la vida diaria y cotidiana tanto si es ejercido de manera unipersonal por el padre conviviente o de manera compartida por ambos padres (Lloveras, Monjo, 2013).

El art. 1754 CCC plantea un doble condicionante para activar la responsabilidad solidaria de los padres por el hecho lesivo de los hijos; que se encuentren bajo la responsabilidad parental y que habiten con ellos. Atento el último condicionante, cesa la responsabilidad de los padres, si el hijo menor no convive con ellos, salvo que las causales por las cuales el menor no lo haga sea plenamente atribuible a estos últimos; o hubiesen sido puestos bajo la vigilancia de otra persona de manera transitoria o permanente, con la excepción que plantea el art. 643 CCC que hace mención de la hipótesis de la delegación de la

responsabilidad parental (Mizrahi, 2012).

Este apartado, mereció especial atención del Dr. Guersi (2015), ante la redacción del art. 643, 1754 y 1755 CCC, se preguntaba que sucedía con el hecho dañoso producido por el menor que no convive con sus padres, sino que lo hace con otro familiar, que no reviste la condición de tutor ni curador del hijo menor y que por ello no existe delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, tal como lo plantea el propio art. 643 CCC. La realidad marca que cada vez más son los casos de este tipo de casuística ¿Los padres no deben responder por el hijo que no conviva con ellos al no existir delegación del ejercicio de la responsabilidad parental? ¿Por qué si el Código Civil y Comercial de la Nación establece la responsabilidad objetiva sobre los padres, se la limita a los hijos que convivan? Casas (2014), en su comentario al art. 641 CCC, establece como regla que la responsabilidad parental es ejercida por ambos progenitores, matrimoniales o extramatrimoniales, convivan o no convivan entre sí, con total independencia de la residencia diaria o que habiten con ellos, ya que en este caso se ingresa en la órbita de los cuidados personales (art. 648 CCC), ut supra mencionados.

En idéntico razonamiento los Dres. Lloveras y Monjo (2013) manifiestan que el art. 1755 CCC fija que la responsabilidad es objetiva, y ante ello los padres no se eximen por las causales subjetivas, como pueden ser las basadas en las Teorías de la culpa invigilando o la Teoría del defecto en la educación y en la vigilancia, en las cuales acreditando que los hijos no conviven o no habitan con ellos pueden eximirse de los deberes de vigilancia y control. Es decir, no se entiende la limitación y el condicionamiento a la convivencia o no de los hijos (Trigo Represas y López Mesa, 2011).

El art. 1754 CCC plantea dos órdenes de responsabilidad, el primero de ellos para los padres fijando la responsabilidad solidaria entre ellos por el hecho dañoso de los hijos menores. Y paralelamente, la responsabilidad personal y concurrente de los hijos. Pizarro y Vallespinos (2006) conceptualizan a las obligaciones solidarias, como aquellas en las cuales el acreedor puede exigir a cualquier codeudor el cumplimiento íntegro de la prestación, como consecuencia del título constitutivo o de una disposición legal que así lo establezca. La solidaridad no se presume (art. 827 CCC).

Son obligaciones en las cuales existe un vínculo jurídico que hace resurgir un frente común de acreedores y deudores, en el cual los primeros están legitimados para reclamar íntegramente el crédito a los segundos realizando todas las medidas de ejecución disponibles a cualquiera de los acreedores. Asimismo, cada uno de los deudores responde por la totalidad de la deuda como si fuera un único deudor, sin perjuicio de las acciones

de regreso que pudieran corresponderles, a cada uno (Llambías, 2012).

Es importante destacar, tal cual lo hace Llambías (2012), que la mencionada pluralidad de vínculos existe a partir de la interrelación que existe entre sí, no sobreviven separados o aislados ni son independientes entre sí. Todo lo que ocurra a cualquiera de estos vínculos produce efectos en el resto de los componentes, por ejemplo, si un deudor cancela la deuda, beneficia al resto de los deudores.

Asimismo, y de manera paralela a la responsabilidad solidaria de los padres, el art. 1754 CCC en consonancia con el principio de “capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes”, consagra la responsabilidad concurrente de los hijos menores, frente al propio acto lesivo; constituyendo así un bloque de “reparadores” frente a la víctima compuesto del propio autor del daño (el hijo autor del hecho ilícito) y los padres, quienes responden por un factor de atribución objetivo, tal cual lo establece el art. 1755 CCC (Lloveras, Monjo, 2013).

Las obligaciones concurrentes son las que tienen identidad de acreedor y de objeto adeudado, pero distinta causa y deudores. Ante ello se nos presentan una pluralidad de obligaciones sin conexión entre los deudores, tanto frente al/los acreedores como entre ellos, a diferencia de las obligaciones solidarias en las cuales existe una única relación jurídica con relaciones internas entre los deudores. Por ejemplo, la extinción de la deuda con respecto a uno de los deudores de la obligación concurrente, en principio no se extiende a los demás deudores ya que cada uno de ellos mantiene obligaciones diferentes frente al acreedor en virtud a la participación de cada deudor en la causa del daño (Pizarro y Vallespinos, 2006).

Como antes mencionamos, en las obligaciones concurrentes no existen correlaciones entre los deudores por la propia estructura de las obligaciones y es de ahí que no existiría la posibilidad de acciones rectorias y de repetición entre sí. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en virtud al principio de equidad y justicia, cada vez más profundiza su jurisprudencia reconociendo este tipo de acciones entre los deudores, aun cuando la propia estructura de la obligación no lo permitiría.

Llambías (2012) plantea lo que se denomina la “conurrencia parcial de obligaciones”, que es lo que plantea el propio art. 1754 CCC, ya que, frente al acto lesivo de los hijos, estos responden de manera concurrente con los padres, y estos de manera solidaria entre sí. Con esto encontramos un único acreedor (la víctima), diversidad de causas y de deudores que tienen un mismo objeto. Los padres responden objetivamente; y los hijos como autores del hecho ilícito.

Es decir, ambos deudores responden por las obligaciones resarcitorias, por causas totalmente distintas, con objetos totalmente distintos y con deudas cuyas cuantías también son diferentes. Es decir, la víctima deberá reclamar a cada deudor, y si el damnificado obtiene la total reparación de uno de los deudores, queda cancelado su crédito con el otro deudor; pero si el deudor que pago es el que adeuda la obligación de menor valor, aun el acreedor tiene la posibilidad de accionar contra el otro deudor por la parte no satisfecha del daño mayor que estaba a cargo del deudor.

Este punto fue seriamente criticado por Guersi (2015), porque si nos limitamos a literalidad de lo que establece el propio art. 1754 CCC, tanto el padre como el hijo menor responderán en función a la causa que se le atribuya en el hecho dañoso. Este notable jurista plantea la necesidad que tanto la responsabilidad entre los padres, como la del hijo menor con estos últimos, sean solidarias, ya que puede suceder que el hijo menor posea un patrimonio de mayor cuantía que el padre, y sea este el responsable de cancelar el total de la obligación. La responsabilidad debe ser solidaria, quedando entre ellos las acciones recursorias que correspondan.

De la letra del propio art. 1755 CCC surgen importantes postulados que debemos destacar. Como primer tema, se produce un cambio radical en el factor de atribución de la responsabilidad parental virando desde la subjetiva, basada en la presunción de culpa en el ejercicio de la relación parental; a la objetiva con todas las consecuencias que ello conlleva y que hemos analizado ut supra, como la inversión de la carga probatoria, limitación de los eximentes a la ruptura del nexo causal, entre otros (Mizrahi, 2012).

En materia de eximentes el art. 1755 CCC, plantea que los padres no pueden liberarse de responsabilidad con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexo causal; con la prueba del hecho del damnificado, del tercero por el cual no se debe responder o el caso fortuito. Establece que cesa la responsabilidad parental “si el menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente”. Entendemos con Tale (2013) que se podrían derivar graves consecuencias de la aplicación de la norma, cuando, por ejemplo, el menor de cualquier edad sea puesto transitoriamente bajo la vigilancia de una niñera, o de una empleada doméstica, o de unos tíos, o de unos vecinos. Se exige de responsabilidad civil a los padres del menor en las referidas situaciones, y expone a la víctima a quedar sin resarcimiento, además de ser injusta como se ha mostrado con ejemplos, carece de precedentes en el derecho extranjero. Tale (2013) plantea realistas ejemplos, que nos posicionan muy de cerca de la problemática que se abrirá con lo expuesto en el articulado analizado.

Si en el aprendizaje de un deporte como el rugby, tiro al blanco, etc., un menor de edad, por imprudencia, por desobedecer las instrucciones del maestro, o por propia intencionalidad lesiona o incapacita a otro aprendiz, según el propio art. 1755 CCC, el damnificado únicamente tendrá acción contra el instructor o su empleado (si tuviese), y siempre que haya obrado con culpa. Claramente si este resulta insolvente, el damnificado está limitado en su capacidad de accionar, ya que los padres están eximidos en su responsabilidad. Sí es importante, tal como lo sostenemos para el sistema actual, el nuevo patrón de responsabilidad de los padres es objetivo, y así lo establece expresamente la norma del segundo artículo, en el que se expresa que “...los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos”.

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

En materia de eximentes, el art. 1756 CCC establece: “Otras personas encargadas. Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo. 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 establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control.”

Claramente delimita las figuras de quienes pueden asumir la delegación de la responsabilidad, estableciendo que únicamente serán los tutores y curadores, y para los cuales el factor de atribución de la responsabilidad es el mismo que a los padres, objetivo. Asimismo, Guersi (2015) destaca una segunda gran incongruencia, ya que el art. 1756 CCC establece que la responsabilidad de los tutores y curadores es objetiva respecto al hijo menor de edad. “Responsabilidad. El tutor es responsable del daño causado al tutelado por su culpa, por acción u omisión, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones...”. Estas incongruencias traerán serias dificultades ya que las eximentes son claramente diferentes entre el factor de atribución objetiva y subjetiva.

## **Capítulo IV**

### **Derecho comparado**

El hostigamiento o maltrato sistemático entre pares ha existido siempre en la vida física de las personas y se la puede entender fácilmente como la ley del más fuerte, pero la aparición de Internet ha logrado un efecto multiplicador y perpetuo de hostigamiento, y el efecto psicológico y moral sobre la víctima es mayor, llegando instancias del suicidio, tal el caso de la joven canadiense Amanda Todd de 15 años, que incluso dejó un video explicando el hostigamiento que estaba sufriendo que la llevó a tomar una decisión tan drástica.

#### ***Tratamiento en otros países.***

¿Qué están haciendo los países para evitar estas situaciones? Sabiendo que no es todo y que las leyes deben ser acompañadas de acciones claras por parte de los educadores, las escuelas, los padres y la comunidad toda, a continuación, se expone un listado de los países de América Latina que actualmente tienen legislación o están trabajando en ella para prevenir y/o sancionar el Cyberbullying.

En Chile, en septiembre de 2011 se publicó una reforma a la Ley General de Enseñanza para reglamentar y prevenir la violencia escolar o bullying. Básicamente esta modificación busca *"promover la buena convivencia escolar y prevenir toda forma de violencia física o psicológica, agresiones u hostigamientos"*. Para instrumentar esta convivencia, se *"deberá crear un Comité de Buena Convivencia Escolar con las funciones de promoción y prevención"*.

Inicialmente define la intimidación escolar como *"toda acción u omisión constitutiva de agresión u hostigamiento reiterado, realizada fuera o dentro del establecimiento educacional por estudiantes que, en forma individual o colectiva, atenten en contra de otro estudiante, valiéndose para ello de una situación de superioridad o de indefensión, que provoque en este último, maltrato, humillación"* e insta a que *"los alumnos, padres, profesionales y equipos docentes deben propiciar un clima escolar que promueva la buena convivencia de manera de prevenir todo tipo de acoso escolar"*.

Puerto Rico aprobó en junio de 2010 una medida legislativa dirigida a incluir el Cyberbullying como parte de la política pública de prohibición y prevención de

hostigamiento e intimidación de los estudiantes. Esta ley remarca que *"el bullying se desarrolla con el respaldo de observadores silentes y sin recibir penalidades por esas conductas antisociales y, esta situación crea una sensación de superioridad del acosador y de inferioridad del acosado"*.

En este caso también se prevén penas para los estudiantes y los directivos. *"Los estudiantes que lleven a cabo actos constitutivos de violación incurrirán en cinco (5) días de suspensión escolar en un primer incidente; diez (10) días en el segundo, y el tercer incidente conllevará la suspensión escolar indefinida. Los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones en escuelas están obligados a informar y/o referir al Departamento de la Familia las infracciones y, de no cumplirse con lo establecido, será sancionado con multas administrativas de hasta mil (1000) dólares"*. En México DF, en diciembre de 2011 se aprobó la Ley para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar, con la cual se busca combatir el fenómeno del bullying en la capital del país (no aplica a todos los estados).

De acuerdo con el dictamen, a través de esta normativa se reconoce el maltrato entre alumnos como un problema y, en consecuencia, se busca aplicar programas de atención y prevención en la materia. Se prevé atención médica y psicológica, asesoramiento legal y asistencia telefónica gratuita para las víctimas y sus familiares. En Perú, en junio de 2011 el congreso aprobó por unanimidad la Ley 29.719 para *"combatir el bullying, violencia física y psicológica que algunos escolares ejercen contra sus compañeros de aula"*. Sin embargo y pese al tiempo transcurrido, diferentes expertos expresan que en los colegios esta ley nunca se ha aplicado y tampoco se han reglamentado los estamentos de control necesarios por falta de presupuesto. En Colombia existe el proyecto de Ley 201 de 2012 por el cual se busca crear *"el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar"*. En este caso uno de los apartados define el ciberbullying como el *"uso deliberado de tecnologías de información (Internet, redes sociales virtuales, telefonía móvil y videojuegos online) para ejercer maltrato psicológico y continuado entre iguales"*.

## *Regulación Internacional*

### *La Convención de los Derechos del Niño de 1990*

La Convención de los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por la Argentina con fuerza de Ley, el 16 de octubre de 1990 a través de la Ley 23.849. Además, la Convención antes citada, posee jerarquía constitucional, receptada en el Artículo 75 Inciso 22 de nuestra Constitución Nacional.

Es un tratado internacional que reconoce los derechos humanos de niños y niñas. Refleja los principales sistemas jurídicos del mundo y reconoce las necesidades específicas de los países en desarrollo, estableciendo en forma de ley internacional, que los Estados Partes, deben asegurar que todos los niños y niñas, sin ningún tipo de discriminación, se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia, tengan acceso a servicios como educación y atención a la salud, puedan desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades y talentos, crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y reciban información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos participar en el proceso de una forma accesible y 17 activa.

Las normas que aparecen en la Convención fueron negociadas a lo largo de 10 años por gobiernos, organizaciones no gubernamentales, promotores de los derechos humanos, abogados, especialistas de la salud, asistentes sociales, educadores, expertos en el desarrollo del niño y dirigentes religiosos de todo el mundo. El resultado es un documento consensuado que tiene en cuenta la importancia de los valores tradicionales y culturales para la protección y el desarrollo armonioso del niño.

Además, ha inspirado en todas las regiones del mundo a que se realice un cambio social y se apliquen sus normas mediante: La incorporación de los principios de los derechos humanos en la legislación, el establecimiento de organismos interdepartamentales y multidisciplinarios, la creación de programas nacionales para la infancia, la ampliación de las alianzas en favor de la niñez, la promoción de defensores o comisionados encargados de los derechos de los niños y niñas, análisis de las consecuencias de las medidas sobre la niñez y el establecimiento de sistemas de justicia para la niñez y la juventud.

Podemos citar algunos de los Artículos que regulan específicamente Derechos y Garantías de los Niños que conciernen a nuestro problema de investigación: El art. 3, proclama el interés superior del niño, como hito en el proceso de considerarlo como un Sujeto de

Derecho, que debe ser pública y jurídicamente protegido. Puede considerarse al interés superior del niño, como la satisfacción de sus derechos por parte de las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los mismos, consagrados en la Convención y como una garantía.

Además, en el inciso b y c, regula los deberes de los Estados parte. Es necesario limitar las facultades de los mismos para intervenir en los asuntos de la infancia, aspecto que ha debido hacerse con especial atención en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños. En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un principio que obliga a diversas autoridades, e incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones. Los niños tienen derechos que deben ser respetados, o, dicho de otro modo, los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. (Cillero Bruñol, S/D) El interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable -realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad. (Cillero Bruñol, S/D).

El Artículo 19 establece las medidas de protección dirigidas al niño, enmarcando como partes intervinientes en las mismas a la familia, la sociedad y el Estado. Cada uno desempeñará su rol correspondiente y asegurará la efectiva realización de los Derechos y Garantías reconocidos, ponderando ineludiblemente el interés superior del niño. Dentro los alcances de las medidas de protección a que alude el artículo 19 de la Convención, se destacan aquellas referidas al concepto de vida digna, al derecho a la educación y la salud, a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación. Y más aún, quedan comprendidas aquellas medidas reconocidas por otros instrumentos internacionales, entre las que destaca las medidas de prevención del delito y los procedimientos especializados y adecuados para menores de edad acusados de infringir las leyes penales. (Argentero, 2012).

El Estado tiene obligación de respetar y garantizar todos los derechos fundamentales de los niños: los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Esto implica no sólo que debe respetarlos (obligación negativa, obligación de no hacer, de no interferir), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva, obligación de hacer, de adoptar medidas). Estas

últimas, deben tender, en primer lugar, a prevenir posibles situaciones de vulneración de derechos. Es decir, no sólo existe una obligación de reparar, sino que previamente debe haber un Estado actuando, que debe adoptar las medidas adecuadas para garantizar a los niños los mismos derechos que poseen los adultos, más un plus específico por su especial condición., cuyo goce y ejercicio se encuentra supeditado a la adopción de medidas de protección por parte del Estado. (Argentieri, 2012).

El Artículo 34 compromete a los Estados parte a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales, tomando todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir tales sucesos.

El Artículo 39 establece la necesidad de que los Estados Parte promuevan la recuperación física y psicológica, la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o conflictos armados.

Los cuatro principios de rectores de la Convención son los siguientes:

No discriminación (artículo 2); El interés superior del niño (artículo 3); La supervivencia y el desarrollo (artículo 6); La participación (artículo 12) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Las Reglas de Beijing, fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución 40/33 de 1985, por recomendación del séptimo congreso, en Beijing, China. Estas Reglas, establecen una serie de principios, prácticas y recomendaciones, aceptadas internacionalmente como condiciones mínimas, para administrar justicia para jóvenes que colisionen con la letra de la Ley.

Dentro de las medidas específicas, hacen hincapié en que el ingreso en instituciones sólo será utilizado como último recurso y durante el menor plazo posible. Entre los objetivos de justicia juvenil que se exponen, se hallan el de promover el bienestar del joven; asegurar que cualquier medida que se tome sobre los delincuentes juveniles, será siempre en proporción a las circunstancias tanto del joven como del delito; reducir al mínimo, el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia y prevenir el delito y la delincuencia juvenil.

### 3.1.2 Interés superior del niño Art. 3 CDN

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

Art. 3 Ley 26.061 A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. 9 en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (2014) se eliminó esta figura y se reemplazó por la de “Responsabilidad Parental”.

11 10 Guía de Estándares Mínimos para la Línea 102 en Argentina. Proyecto: Líneas 102 como instrumento para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Argentina, elaborado por SENNAF, UNICEF-Argentina y Child Helpline International (mayo, 2017).

Este principio rige en materia de patria potestad,<sup>9</sup> pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.’

El principio del interés superior del niño establece la necesidad de priorizar el bienestar de la niña, niño o adolescente por sobre otros intereses. El interés superior es reconocido como un derecho dinámico a evaluarse en cada contexto. Asimismo, el principio del interés superior del niño implica que, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de NNyA frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deben prevalecer los primeros.<sup>10</sup>

### *Autonomía progresiva*

Art. 5 CDN ‘Los Estados Parte respetarán 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 del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.’ Conforme con el artículo 5 de la CDN, la dirección y orientación de madres, padres o tutores debe estar relacionada con la evolución de las facultades de NNyA.

La evolución implica que NNyA se encuentren en un proceso de desarrollo y crecimiento en el que adquieren progresivamente mayor autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos y libertades. Así, mientras más sepa y entienda una NNyA, más tendrá que evolucionar la dirección dada por madres, padres o tutores hasta llegar a un intercambio en pie de igualdad.<sup>11</sup> Esto no exime a los Estados de garantizar la protección a medida que la NNyA crezca y adquiera más conocimientos. Es importante asegurar un equilibrio entre el respeto por parte de la familia, instituciones y comunidad y el proceso de desarrollo de NNyA.

Una línea de ayuda para niñas, niños y adolescentes (NNyA) que encuentra su fundamento en promover y garantizar los derechos de los NNyA, debe estar preparada y dispuesta para identificar, intervenir y orientar situaciones de riesgo, crisis, vulneración de derechos, y para compartir un espacio de escucha y contención. Para lograr este objetivo, los consultores que operan la línea de ayuda deben contar con las cualidades y procesos de formación que permitan actuar bajo un enfoque de derechos, brindando una atención personalizada y específica.

### ***Libertad de expresión y derecho a ser escuchado***

Art. 12 CDN ‘1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.’ Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del

niño, en función de la edad y madurez del niño.’ Art. 24 Ley 26.061 Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;
- b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.’ El principio del derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta reafirma la concepción de NNyA como seres pensantes y capaces de tener ideas de acuerdo a su grado de madurez y desarrollo, desplazando al adulto del lugar de único intérprete de sus necesidades.

A su vez, el principio enfatiza la función de NNyA como partícipes activos en la promoción, protección y vigilancia de sus propios derechos. Este derecho debe ser respetado y promovido especialmente desde el Estado. Para ello, es importante que los gobiernos establezcan una relación directa con NNyA para poder conocer y tomar en cuenta su opinión a la hora de adoptar medidas que puedan afectarles.

La Línea 102 es uno de los canales directos del Estado con la población de NNyA, siendo una herramienta fundamental para el sistema de protección integral. Desde la Línea 102 se debe no solamente escuchar a NNyA, sino también darle importancia a su opinión para pensar, junto con ellos, abordajes y soluciones orientadas al ejercicio y promoción de sus derechos.

Es decir, el escuchar a no es un fin en sí mismo pero un medio para adoptar juntas medidas. La generación de procesos de atención basados en el enfoque de derechos parte de reconocer a los NNyA como sujetos activos de derechos capaces de transformar sus entornos. Para el fortalecimiento de la Línea 102, es necesario reconocer en los consultores personas capaces de superar los prejuicios y creencias personales, para actuar bajo los principios del respeto y garantía de los derechos humanos. Finalmente, la atención de NNyA requiere el reconocimiento de sus formas de comunicar en el marco de su etapa de desarrollo, así como también, de la influencia de nuevos lenguajes digitales.

### ***Responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos:***

El Código Civil y Comercial de la Nación establece que los padres responden por los actos de los hijos menores de edad, por tanto, son responsables hasta que sus hijos

cumplen los 18 años.

El criterio adoptado por la jurisprudencia es que la edad se considera al momento del hecho y de la sentencia, por lo que si el evento ocurre cuando el menor tiene 17 años y la sentencia se dicta luego de que adquiere la mayoría de edad, seguirán respondiendo sus progenitores.

Por su parte, el Código Civil de Vélez Sarsfield establecía que antes de los 10 años el menor no respondía de ninguna forma por sus actos. Esta cuestión disparó interpretaciones disímiles dado que, conforme la manda del Art. 921 (9) del antiguo Código Civil, se sostenía que los padres respondían de modo exclusivo por los actos de sus hijos menores de 10 años y, en tal sentido, se decía que si el menor ya había cumplido los 10 años de edad, ambos podían responder de modo concurrente (los padres en forma indirecta y el menor de modo directo), postura que no compartimos ya que entendemos que lo normado en el Art. 921

debe ser interpretado conjuntamente con lo regulado en el Art. 907, 2do párrafo, en cuanto disponía que el menor inimputable puede ser responsable por "razones de equidad"(10); por lo tanto, si el menor de 10 años hubiese tenido mayor fortuna (por ejemplo, si la hubiese adquirido herencia) entendemos que hubiera resultado factible que el menor responda en forma directa por los daños causados por su accionar.

Para entender el contexto en el que se daban estas discusiones, Alberto J. Bueres y Elena I. Highton (2018) decían que el artículo 1114 del Código Civil de Vélez encontraba sus antecedentes más antiguos en la Costumbre Britana, ya que en su art. 656 se establecía que: el padre, desde que tenía el deber de castigar al hijo, debía pagar la multa civil por los daños injustos que el hijo bajo su poder causare.

Si bien la Costumbre aludida no resultó de aplicación en todo el territorio francés, su esencia fue receptada por el Código Napoleón que, en su art. 1384 inc. 4º, establecía que: "El padre, y la madre después de la muerte del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habitan con ellos". La notable influencia del código citado extendió la regla a las codificaciones modernas que lo siguieron y, entre ellas, al Código Civil Argentino.

Se dice que la figura no se conocía en el Derecho Romano, por lo menos no en forma similar a la de sus antecedentes franceses. En el Derecho Romano, cuando un menor o un esclavo causaban un daño, la víctima podía accionar contra el padre o el amo, quien debía entregar al hijo o esclavo en noxa para que el ofendido pudiera, con el producido del trabajo del dañador, resarcirse del perjuicio sufrido. De lo contrario se lo consideraba

solidarizado con el delito.

Ahora bien, el actual art. 1754 del Código Civil y Comercial, deja a salvo la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos, pero surge aquí una diferencia ya que no se hace referencia a la edad del menor, con lo que se evitan disquisiciones interpretativas.

La consideración de que todo acto ilícito cometido por un menor de edad resulta involuntario se mantiene en los 10 años, a través del art. 261 que dice que: "Es involuntario por falta de discernimiento: a) el acto de quien, al momento de realizarlo está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años...". Sin embargo, y a diferencia del antiguo Código Civil, la nueva codificación no deja dudas acerca de que un menor de 10 años puede responder civilmente por sus actos por razones de equidad, ya que así lo regula expresamente el art. 1750.

Así, en la actualidad no se discute sobre la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos menores de diez años (pues se los considera personas sin discernimiento) para lo cual existen distintas teorías que intentan fundar dicha imputación de responsabilidad; ahora bien, de lograr el objetivo aquí propuesto cuya base es determinar la irresponsabilidad que pueda existir en el caso concreto de un menor de edad pero mayor de diez años serán los padres los que continuarán respondiendo por el hecho de sus hijos, por lo que me veo obligado a hacer una muy breve mención de las teorías aludidas.

Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa (2007), nos enseñan que en los fundamentos de la responsabilidad parental no existen uniformidad de pareceres, habiéndose formulado varias teorías al respecto.

Los autores mencionados distinguen entre: a) Fundamentaciones de base subjetiva: dado que la ley obliga a los padres a prevenir cualquier posible ilícito que pudieran cometer sus hijos, adoptando las medidas proporcionadas a los acontecimientos que se quería evitar, además de obrar con la prudencia y el pleno conocimiento de las cosas que resultaren necesarios para la corrección y consejo a sus hijos, es que, bajo estos estándares cargan sobre las espaldas de los padres una presunción de culpabilidad, que normalmente se edifica a partir de suponer que esto se debió a una falta de vigilancia y cuidado de los hijos.

Así, la teoría presentada se funda en que la patria potestad impone deberes y da facultades a los padres sobre sus hijos menores. Los padres tienen el deber de educar, alimentar y vigilar a sus hijos, para que éstos se comporten civilizadamente y no causen daños a terceros.

Si pese a dicha obligación de los padres, el menor comete un ilícito, se presume que los padres no han previsto todo cuanto era exigible para evitarlo. Por este motivo la ley invierte la carga de la prueba, obligando a los padres a demostrar que el hecho se generó, a pesar de la vigilancia ejercida en la conducta de sus hijos.

Es indudable que el hijo menor se encuentra sometido a la autoridad paterna y materna, sea que el progenitor la ejercite (con o sin eficacia) o la abandone, son los padres quienes tienen derechos y deberes respecto del hijo, por lo que no pueden fácilmente liberarse éstos de su responsabilidad, a menos que la justificación del daño causado por el menor sea verdaderamente relevante y se encuadre dentro de las causales de exoneración previstas normativamente.

Existen varias fundamentaciones subjetivas de responsabilidad parental, ellas son: - Teoría de la culpa "in vigilando": esta postura carga sobre las espaldas de los padres una presunción de culpabilidad, que se edifica a partir de suponer una falta de vigilancia y cuidado de los hijos. Para los autores y tribunales que la aplican, el fundamento de la ley radica aquí en una presunción de falta de cuidados.

-Teoría del defecto en la educación y en la vigilancia: aquí la responsabilidad refleja de los padres reposa en una presunción de culpa "in vigilando" o en una falta de educación del menor; por haberse omitido las diligencias enderezadas a ejercer debidamente la patria potestad.

-Teoría de la presunción de culpa: algunos autores han afirmado que esta responsabilidad encuentra fundamento en una presunción de culpa en la vigilancia y que tal presunción iuris tantum puede ser desvirtuada con la prueba paterna que la destruya.

-La patria potestad: Trigo Represas adhiere a esta postura y considera menester efectuar una aclaración sobre una circunstancia que en general no es claramente advertida: el fundamento de esta responsabilidad no reside propiamente en los deberes de buena educación y vigilancia emanados de la patria potestad, sino de la patria potestad en sí misma, la cual impone, por cierto, obligaciones a los padres, no solo con respecto a los hijos, sino también frente a terceros. De tal forma, la sola comisión de un hecho ilícito dañoso por el hijo menor hace presumir una desatención o falta de cuidado el padre, en el cumplimiento de sus deberes de educación y vigilancia con respecto a aquel. Sin perjuicio de ello, puede probar que de su parte no existió la referida culpa o negligencia.

-La "tesis del riesgo": Bueres y mayo consideran que "es necesario responsabilizar a los padres por los daños que causen sus hijos menores de edad, de forma objetiva, en virtud del riesgo creado". El Dr. Wayar en un voto sostuvo que el fundamento de la

responsabilidad paterna por los daños ocasionados por los hijos menores, no se encuentra en la culpa sino en un factor objetivo de atribución; tal factor objetivo estaría dado, ya por el riesgo creado, ya por la necesidad económica de encontrar un responsable solvente frente a la víctima del daño.

Ahora bien, estas propuestas han sido observadas por los codificadores quienes las han introducido en el CCyCN, aunque con variaciones en torno al factor de atribución de los padres por los hechos dañosos de los hijos que se encuentran bajo responsabilidad parental (denominación que reemplaza al de patria potestad).

Así, en el Título V, sección 6º del libro III, que se titula "Responsabilidad por el hecho de terceros", dispone el Art. 1754 que: Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos.

En cuanto a la denominación del Título "Responsabilidad por el hecho de terceros", compartimos la objeción que realiza López Herrera, en cuanto a que no luce como el más adecuado para referirse a los hijos ya que éstos no son terceros, hubiese sido más adecuada la expresión "responsabilidad por el hecho ajeno" o "responsabilidad por el hecho de otro".

A su vez, se mantiene la responsabilidad solidaria de ambos progenitores por los hechos de los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental. Como ya adelantamos, este Código suplanta el término patria potestad por el de responsabilidad parental. De ese modo, se armoniza con la que emplean tratados y convenciones internacionales. Además, no es un cambio ingenuo, la palabra potestad se conecta necesariamente Mauricio Mizrahi, con el poder que evoca a la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el concepto de "responsabilidad" es inherente al deber que, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía. Tal la misión esencial que en la actualidad se entiende como la primordial función de la institución.

La redacción refuerza la idea del desempeño autónomo de los hijos, ya que entre las funciones incorpora la idea del desarrollo que el niño va observando durante su crecimiento. Así, el art. 639, al fijar los principios generales que la rigen, hace referencia a "la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez", todo lo cual resulta consecuente con el principio de

capacidad progresiva. Esto se logra con una formación responsable en el ejercicio de la libertad e independencia.

Asimismo, el nuevo Código establece un factor de atribución objetivo conforme el art. 1722: "El factor es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos el responsable se libera demostrando la culpa ajena, excepto disposición legal en contrario". En palabras López Herrera: "No importa cuanta diligencia se ponga, lo mismo se responde".

Respecto a los eximentes dispone el art. 1755, cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643, relacionado con la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en un tercero.

La expresión "cesa si es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente..." no es clara, por lo que necesariamente deberán alcanzarse consensos interpretativos. Es que la referencia a la vigilancia puede dar lugar a pensar en un retorno a la antigua mirada subjetiva, dando a pensar que el legislador se muestra reticente a introducir el factor objetivo en este supuesto.

Pero también en relación con el tema de hostigamiento escolar, cabe interpretar que lo que la intención ha sido la de aludir al menor escolarizado que causa daño mientras se encuentra bajo la autoridad educativa, esto impone reafirmar la tendencia doctrinaria y jurisprudencial que impera hasta el momento y adoptar el criterio de que en esos supuestos la responsabilidad es solo del titular del establecimiento. Ello trasuntaría una aproximación al anterior art. 1115 que disponía que: "La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona".

Ahora bien, si el hecho acontece en el régimen escolar común, el que tiene lugar durante determinadas horas del día, no parece adecuado sentar una regla general que exima de responsabilidad a los progenitores, sino que, entendemos, sería conveniente atender a las circunstancias del caso concreto, teniendo en particular consideración el origen del hecho dañoso. Sería valedero eximir a los padres en caso de que el daño provenga de un episodio singular y aislado, pero no cuando la conducta del dañador sea habitualmente agresiva o rebelde, pues en estos supuestos habrá que analizar si en el origen causal del acontecimiento dañoso no ha prevalecido el temperamento del autor por sobre las reales posibilidades de vigilarlo.

Tampoco se liberan los padres cuando no conviven con el hijo por una causa atribuible a ellos, según reza el art. 1755 en su 2do párrafo, por tanto, en caso de pérdida o suspensión de la responsabilidad parental provocada por la conducta paterna (arts. 700, 702 inc. b.), se mantiene la responsabilidad parental.

Estimo acertada la resolución ya que no cabe eximir de obligaciones al progenitor que precisamente no cumplió con ellas, principalmente cuando el accionar del menor se da en el ámbito del colegio a consecuencia de maltrato de sus compañeros, o a causa de ellas. Así es primordial destacar que existe una relación directa entre las conductas aprendidas como normales en el centro de la familia, y la responsabilidad de los padres en el trazo para con los demás de sus hijos en consecuencia. De igual forma, sucede con los maestros de escuela que consienten un abuso de sus alumnos, por no poder identificar sus propios conflictos.

### ***Soluciones del derecho comparado:***

En el ámbito internacional existen distintas medidas en internet que permiten frenar de cierta forma el acoso sexual vivido en ellas. Así, la Red Peruana contra la Pornografía Infantil denunció el 17 de abril 2009 que Facebook deshabilitó su cuenta sin explicación ni justificación. Esta acción, se realizó un día después de lanzar una iniciativa contra el abuso y la explotación sexual infantil en Internet.

Dicha ONG sostuvo que la desactivación de su cuenta constituía "un apoyo indirecto a aquellos perfiles de agresores sexuales que se esconden entre los casi 200 millones de perfiles existentes en Facebook, muchos de los cuales, a pesar de ser claramente utilizados con el fin de atraer a personas menores de edad, no son eliminados". Luego de la denuncia efectuada, la cuenta fue reactivada.

Por otro lado, Facebook, se niega a poner el "botón del pánico" o botón de denuncia en el perfil de cada usuario, como ya han hecho MSN y Bebo. La Agencia Británica de Protección de Menores se lo ha exigido para proteger a la niñez y la adolescencia. Así, tendrían acceso directo a 10 fuentes de ayuda según el tipo de problema. Por ejemplo, contactar directamente con la Línea del Menor u obtener información para acudir a una comisaría de policía. Facebook considera que es innecesario porque "es uno de los lugares más seguros en Internet".

Tras la pantalla, niñas, niños y adolescentes cibernautas siguen siendo sujetos de derechos. Tienen derecho a que familiares, maestros, Estado y toda la sociedad los protejan contra toda violencia online. Además, tienen derecho a un acceso a la

información y participación virtual libre de riesgos.

Por su parte Uruguay, es el primer país del mundo en implementar el Plan Ceibal, el proyecto One laptop per child, en todo su territorio. En dicho país, todos los niños y niñas tienen su computadora con acceso a Internet, al ingresar al sistema de educación pública. La accesibilidad a las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICS) es considerada a nivel social, por los gobiernos y la opinión pública, como necesaria para la educación y formación integral de las personas como ciudadanos. La sociedad entiende nuevas formas de privacidad. Los conceptos cambian conforme cambia el contexto social. Hoy la intimidad irrumpe de forma cada vez más cotidiana en la esfera social de los medios de comunicación.

Internet es el medio por excelencia para la difusión de lo personal, aunque también es potencialmente un ámbito para ver amenazada la integridad de la infancia.

En esta idea el proyecto busca incorporar al Código Penal la figura que reprime la acción de contactarse con un niño o niña mediante internet con fines sexuales, reconocida como "ciberacoso" o "grooming". El ciberacoso comprendería todas las prácticas "on-line" utilizadas por pedófilos para lograr el contacto con menores o adolescentes, con el objetivo de ganar su confianza y la creación de un vínculo con ellos. Estos individuos lo hacen a través de identidades ficticias, fingiendo tener la misma edad y sentimientos, para luego lograr el encuentro real y concretar el abuso sexual.

Los chats y las salas de juegos en red que hoy los menores utilizan, son los vehículos elegidos para lograr contacto con ellos e intercambiar información, como pueden ser imágenes o videos de contenido sexual. Esos documentos suelen ser utilizados como herramienta de extorsión, amenazando con ser mostradas a sus padres. Es así como los menores que sufren de ciberacoso no encuentran salida, a donde pedir ayuda y quedan atrapados dentro del acoso.

El grooming desde el punto de vista penal hace referencia, como se señalaba, a una serie de conductas y acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, creando una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder aprovecharse o abusar de él.

Con el grooming se provoca un daño al menor y el acto tiene que ver con la vulnerabilidad en los niños, la cuestión del daño, la inocencia infantil y la vulnerabilidad de sus derechos individuales.

En derecho comparado se puede apreciar que varios países ya han legislado sobre esta materia. En la República Argentina, mediante el dictado de la ley N° 26.904 de diciembre

de 2013, se penalizó el grooming a través de la figura penal del ciber acoso con fines sexuales.

En Chile, se incorporó con la ley 20.526 modifica el Código Penal modificando el art. 366 quáter.

En Costa Rica, se lo penalizó por la ley sobre delitos informático No.9135 del mes de abril del año 2013.

En España, la reforma del Código Penal que entró en vigor en diciembre de 2010 por su artículo 183 bis estableció: castigar la captación de menores con fines sexuales a través de Internet, así como considerar agresión sexual (aunque no haya violencia ni intimidación) aquellos actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, cuando la víctima sea menor de edad.

En tal sentido la norma dispuso: "El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo, a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183" (agresiones y abusos sexuales) "y el 189," (prostitución y corrupción de menores e incapaces: espectáculos exhibicionistas o pornográficos y material pornográfico) "siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño".

En el Reino Unido, el acta "Malicious Communications Act" (1998) clasifica el ciber acoso como un delito. Y las secciones 14 y 15 del Sexual Offences Act de 2003 pena la organización de encuentros con niños, para uno mismo o terceras personas, con la intención de abusar sexualmente del menor. El encuentro mismo también está penado.

En Canadá, el Criminal Code, sección 172.1, pena la comunicación con un menor por medio de un sistema informático con el propósito de cometer abuso sexual.

En los EE.UU. el ciberacoso ha sido recientemente tratado en la ley federal, aunque en general se ha dejado en manos de los estados la legislación contra el ciberacoso. Es así como la primera ley contra el ciberacoso tuvo lugar en 1999 en California. En la Florida En Florida, a través de la HB 479 en 2003 se prohibió el ciberacoso.

Esta ley entró en vigor en octubre de 2003. Texas promulgó el Acta Stalking by Electronic Communications Act, en 2001. Y Missouri revisó sus estatutos sobre acoso para incluir el acoso y el acecho mediante comunicaciones electrónicas y telefónicas, así como el

cyberbullying escolar después del suicidio de Megan Meier en 2006.

Y en Australia, la Criminal Code Act de 1995, secciones 474.26 y 474.27, prohíbe el uso de un servicio de telecomunicaciones para buscar personas menores de 16 años, o exponerlas a material indecente, con propósito de realizar grooming.

f.- El Ciber grooming en el Código Penal:

La Convención sobre la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual de 2007 fue el primer documento internacional en señalar como delitos penales las distintas formas de abuso sexual de menores, incluyendo el grooming y el turismo sexual.

En algunas legislaciones ya en marcha en algunos países se considera el grooming como un delito preparatorio para otro de carácter sexual más grave.

En Alemania se pena con privación de libertad de 3 meses a 5 años al que ejerza influencia sobre el menor por medio de la exhibición de ilustraciones o representaciones pornográficas o por dispositivos sonoros de contenido pornográfico o por conversaciones en el mismo sentido.

A su vez, Australia también pena con 15 años de prisión el uso de Internet para buscar actividades sexuales con personas menores de 16 años.

En Escocia penan con hasta 10 años de cárcel la reunión con un menor de 16 años después de algunos contactos preliminares a través del chat.

Finalmente, en Estados Unidos se prohíbe transmitir datos personales de menores de 16 años con el fin de cometer delitos de carácter sexual. En Florida aprobaron en 2007 la Ley de Cibercrímenes contra Menores, que sanciona a quienes contacten con menores por Internet y luego se encuentren con ellos con el fin de abusar sexualmente.

Desde octubre de 2011 una nueva Directiva europea aborda el delito de grooming y castiga que un adulto solicite sexualmente a un menor que no ha llegado a la edad de consentimiento sexual. La Directiva indica que la pena deberá ser de al menos un año de prisión cuando se hayan realizado efectivamente actos encaminados a mantener dicho encuentro sexual. La solicitud de material pornográfico de un(a) adulto/a a un(a) menor por debajo de dicha edad también es considerada delito por dicha normativa.

Un informe del Innocenti Research Center dependiente de UNICEF, recomendaba (en 2011) que se castigasen los intentos de contacto y el abuso online, incluso sin mediar engaño.

Por su parte, en el ámbito nacional, y como ya adelantamos, en diciembre de 2013 el grooming o cyber acoso fue incorporado al Código Penal Argentino en el artículo 131. El

mismo prevé una pena de entre cuatro a seis años, a quien "a través de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma".

Se observa que, para cometer este tipo de delitos, el victimario suele hacerse pasar por la misma edad que la víctima -menores de entre 10 y 15 años- y buscan hacerse amigos iniciando un diálogo común y corriente hasta que van profundizando en lo sexual. Llegado a esa instancia, el victimario comienza a pedir fotos y/o videos al niño o niña en poses específicas, que se levante o quite la remera, y de esa forma va profundizando al punto tal que las imágenes que la víctima le pasa son sin ropa, y eventualmente difunda públicamente dichas imágenes.

La circunstancia para destacar, tanto respecto de este delito como así también como el que comentaremos a continuación, es que únicamente será penalmente responsable aquella persona mayor de 16 años que contacte a otra, menor de edad, con los fines espurios que el articulado reseña, dado que por aplicación del art. 1 de la Ley 22.278, "No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación"(2008).

Es decir, si el acto lo comete otro menor de edad, el derecho penal no puede actuar para detener este flagelo que podría ser utilizado para martirizar a otros niños, por ejemplo, divulgando las fotografías que se obtengan por estos medios. Por lo tanto, esta problemática quedará limitada exclusivamente al ámbito del derecho civil.

g.- Pornografía infantil:

Este delito está contemplado en el artículo 128 de CPA y prevé penas de entre seis meses a cuatro años de prisión a quien "produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores".

El artículo además prevé penas para las personas que "tuvieran en su poder material pornográfico como el anteriormente descrito con fines de distribución o comercialización"; como así a quienes faciliten "el acceso a espectáculos pornográficos

o suministrare material pornográfico a menores de 14 años".

Ante esto, cabe preguntarse acerca de los motivos que justificarían la necesidad de crear una figura penal autónoma y distinta de los delitos contra la integridad sexual que ya se encuentran tipificados en el Código.

Según Beatriz Busaniche (2018), por ejemplo, el proyecto aprobado en Senadores "(...) no sirve para proteger y tutelar el bien jurídico que se supone debe defender, es decir: la integridad de los menores".

En este sentido, como ha planteado la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), es necesario pensar y buscar respuestas a las amenazas reales que puedan existir para niños, niñas y adolescentes, sin demonizar a internet.

El Grooming podría ser facilitado por la tecnología, pero no significa que necesariamente el medio deba ser tecnológico.

Como sostiene la Asociación Pensamiento Penal (APP) sostiene que el término "contactare" es vago e impreciso, al igual que el requisito subjetivo de un "propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual", que resulta difícil de demostrar. Una redacción vaga que carece de una descripción precisa de las acciones típicas iría en contra del principio constitucional de legalidad.

En este caso, cualquier contacto con un menor de edad a través de los medios especificados por la norma podría ser objeto de investigación penal a efectos de determinar el cumplimiento del requisito subjetivo mencionado. La normativa de otros países resuelve este problema de manera expresa. Por ejemplo, la Directiva 2011/92 del Parlamento europeo exige la necesidad de que haya principio de ejecución. Es decir, que se haya llevado adelante la ejecución de actos materiales tendientes a la concreción de tal encuentro.

Por lo tanto, se requiere la realización de actos materiales concretos que demuestren la intención de llevar a cabo el encuentro con el menor de edad a fin de cometer un delito. En este sentido, en España, por ejemplo, el artículo 183 bis del Código Penal establece como requisito que la "(...) propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento (...)", a fin de precisar la conducta típica. La vaguedad y falta de precisión de la figura penal en el texto aprobado van a contramano del principio de debido proceso y garantías consagradas en nuestro régimen legal.

Asimismo, la norma observa una violación al principio de proporcionalidad de las penas, en tanto se prevé la misma escala penal para un acto preparatorio, como sería el de contactar por medio de cualquier tecnología a un menor con el propósito de abusar

sexualmente de él (art. 131 CP), que, para el delito de abuso sexual consumado, contemplado en el artículo 119, primer párrafo del Código Penal.

A su vez, otra cuestión problemática consiste en que, al no especificar la edad del sujeto que ejecuta la conducta, quedarían incluidos casos de contactos entre dos jóvenes de la misma edad, lo cual, y así lo ha considerado la Asociación Pensamiento Penal, sería una "desnaturalización del modo en que se desarrollan las interacciones juveniles frente a la sospecha de que ese contacto pudiera ser interpretado como revelador de una finalidad de atender contra la integridad sexual del sujeto pasivo" (23).

Por otro lado, se destaca que, para el caso de delitos contra la integridad sexual es la víctima quien decide si habilita el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, un acto preparatorio como el grooming quedaría fuera de su decisión, ya que no éste último es un delito de acción pública, lo que significa que la justicia podría investigar el hecho aún sin la autorización de la víctima, lo que genera un contrasentido con los requisitos del abuso sexual simple.

Por lo expuesto, se advierte que la redacción actual de la figura de grooming, contemplada en el Código Penal, tiene una serie de puntos problemáticos que pueden afectar principios y garantías constitucionales. La vaguedad e imprecisión del tipo penal, la falta de coherencia y sistematicidad con el resto de las disposiciones del Código, así como la falta de proporcionalidad en las penas, pueden llevar a una vulneración de las garantías y libertades individuales.

Más allá de lo expuesto, observamos que la inclusión de una norma de estas características debe ser celebrada, más allá de sus deficiencias, las que sin dudas deberán ser observadas por los operadores del sistema para efectuar, mediante la interpretación y la jurisprudencia los ajustes necesarios para no violentar garantías y derechos adquiridos.

Por otro lado, la legislación civil deberá contemplar que estas acciones también pueden ser ejecutadas por menores de edad no alcanzados por la ley penal y que adoptar únicamente una postura tendiente a responsabilizar a los padres por los actos de sus hijos se erige en una actitud meramente represiva y no, como se requiere para abordar y resolver verdaderamente los problemas que acarrearán estas situaciones, una actividad preventiva, que realmente alcance para proteger a las víctimas.

## ***Conclusión***

### ***Reflexiones finales:***

Es importante destacar que dentro las figuras legales que se estuvieron viendo en las leyes mencionadas existe una diferencia importante en la protección que brinda el derecho civil y el derecho penal, que consiste en el tipo de daño ejercido ya sea físico, con o sin connotaciones sexuales, y el psicológico al que se le daba menor importancia hasta el dictado del último proyecto de ley de acoso y antibullying.

De esta forma, si bien al día de hoy existe un largo camino por recorrer, contamos con nuevas defensas penales, civiles y de responsabilidad directa hacia los menores según el tipo de daño ocasionado, la responsabilidad, y el perfil del acosador que interviene.

Por otra parte, como pudimos ver en los tiempos que corren no pueden hacerse generalidades que impliquen una aplicación riguroso y excluyente de la responsabilidad de los padres por los actos que cometen sus hijos, así como tampoco se puede dejar de tener presente que los menores de edad también poseen rasgos de personalidad que muchas veces exceden a la de los padres, como por ejemplo determinados rasgos patológicos que pueden dar lugar al tipo de conducta abusiva, obsesiva, y decidan dañar a otro, que deben ser atribuibles a ellos mismos.

Es decir, en cualquier caso, que implique la intervención de menores, deberá tenerse en cuenta el grado de entendimiento de mismo, la agresión producida, y eventualmente la responsabilidad conjunta de los padres junto a la de los menores, tratando de encontrar medios apropiados para reconducir el comportamiento a seguir de aquellos, al margen de cualquier resarcimiento que pueda caberle a la víctima. Todo ello, teniendo en cuenta que la razón de ser de la incorporación de normativa que tenga que ver con el fin de evitar el daño a otro encuentre un límite de enseñanza no sólo para los padres, y encuentre un mecanismo de enseñanza ejemplar donde se le trasmite al niño o adolescente el grado de responsabilidad que implican la toma de decisiones que lleve a cabo. Así no puede dejarse de pensar en la necesaria intervención del Estado en la responsabilidad de educar a través de la ley, fomentando la educación de los maestros en la observancia de las conductas inapropiadas de sus alumnos, y en que los menores comprendan que por el obrar de uno, no existen otros responsables que ellos mismos. Entendiendo que la única posibilidad de

que respondan ante ellas es haciéndolos sujetos de un derecho u obligación.

Los lineamientos del nuevo CCC, establece que la responsabilidad objetiva de los padres por los daños causados por sus hijos menores. También reconoce la posibilidad de una responsabilidad concurrente entre ellos. Entendemos que esto puede hacerse extensivo a los casos de daños causados por los menores en los establecimientos escolares. Cabría la posibilidad real de condenar a ambos concurrentemente. Sin embargo, entendemos que, por una cuestión de solvencia, el damnificado siempre prefiere ir contra la institución educativa y obtener una condena contra el Estado o contra una aseguradora. Pero sería importante que, como sociedad, llamemos la atención de los padres de aquellos niños que hacen de la violencia un patrón habitual de conducta sobre todo en los casos de ciber bullying, demandándolos por los daños causados por sus hijos, como un modo de conminarlos a replantearse su rol como padres y las consecuencias que eso implica.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Luis Ángel Nocera, "El grooming en la legislación argentina". Visto en [www.saij.gob.ar/](http://www.saij.gob.ar/).
- Jorge Mosset Iturraspe "Daños causados por menores de más de 10 años. Responsabilidad del menor. La situación de los padres. La vigilancia activa. Las eximentes". Pág. 144. Revista de Derecho de Daños 2002-2. Menor dañino y menor dañado. Ed. Rubinzal -Culzoni editores.
- Alberto J. Bueres - Director - Elena I. Highton - Coordinadora. Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. Pág. 634 -. Ed Hammurabi. Tomo 3A.
- Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa. "Tratado de la Responsabilidad Civil". Pág. 130. Tomo III. Ed. La Ley.
- Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A Piedecabras - Directores. Código Civil Comentado. Ed. Rubinzal Culzoni Editores.
- Aída Kemelmajer de Carlucci. "Daños sufridos y causados por niños". Pág. 41. Revista de Derecho de Daños 2002-2. Menor dañino y menor dañado. Ed. Rubinzal-Culzoni editores

Avilés, J. (2002). La intimidación y el maltrato en los centros escolares (Bullying). Lan Osasuna, 2, 1-13.

Belluscio, A. C. (2010). *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Calcaterra, Rubén R. "La Ley: Suplemento de Resolución de conflicto". (16- 12-96) Bs. As. Pag.11.

Capomasi, Romina Paola "La mediación escolar frente al bullying" en sede Juan Antonio (compilado) "La convención de los Derechos del Niño aplicada al ámbito educativo"

Rosario: Homo Sapiens, pag.77.

Caputto, M.C. (2011). Responsabilidad colectiva: daños causados por miembros no identificados de grupo determinado. RCyS2011-XI, 39.

Cerezo, F. (2001). *La violencia en las aulas*. Madrid: Pirámide.

Compagnucci de Caso, R. (1987). *Responsabilidad por el hecho ajeno*. La Plata: Lex.

Defensor del Pueblo-UNICEF (2000). *Violencia escolar: El maltrato entre iguales en la Educación Secundaria Obligatoria*. Publicaciones de la Oficina del Defensor del Pueblo. Madrid.

Medina, G. (2008). *Daños en el Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

Míguez, D. y Noel, G. (2006). Entre el Pánico Moral y el Suceso Real: La Violencia Escolar en la Argentina Reciente, Ponencia presentada en el VIIIº Congreso Argentino de Antropología Social, Salta.

González Pondal, Tomás I. 24-06-2013 MJ-DOC-6325-AR | MJD632 Comentarios sobre ley 26892 contra el bullying

Jackson, PH. W. (1994). *La vida en las aulas*. Madrid: Morata.

Lorenzetti, R. (1996). Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos. LA LEY, 1996-D,1061.

Marrama, S. (2013). Herramientas del sistema judicial para el abordaje del bullying. Cita: MJ-DOC-6423-AR | MJD6423).

Núñez, R. (1972) *Manual de Derecho Penal parte general*. (3er Ed/4ta Reimpresión). Córdoba, República Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba

Olweus, D. (1998). *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*. Madrid: Morata.

Ortega, R. (1994). *Las malas relaciones interpersonales en la escuela: Estudio sobre la violencia y el maltrato entre compañeros de segunda etapa de E.G.B.* Infancia y Sociedad, 27-28, 191-216.

Salas, A. (1946). Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, J.A., 1946-III-798.

Savater, F. (1997). *El valor de educar*. Barcelona: Ariel.

Seda, J. (2014). *Bullying: Responsabilidades y aspectos legales en la convivencia escolar*. Buenos Aires: Noveduc.

Yuni, J.A y Urbano, C. A. (2003). *Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*. (1er Ed.) Córdoba, Rep. Argentina. Editorial Brujas.

Zabala de González, M. (2004). *Actuación por daños*. Buenos Aires: Hammurabi.

Zabala de González, M. (2011). Función preventiva de daños. Buenos Aires: La Ley, 03/10/2011, pág. 1.

Dokmetjian, M. V. (2014) “El bullying” como factor de influencia del “School shooting”. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Id infojus: DACF140027.

Dra. Milagros Figueroa Campos, Facultad de Psicología de la UNAM.

<http://www.unamglobal.unam.mx/?p=19907>

[www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/MN\\_Instruccion\\_10\\_2005.pdf?idFile=934611d6-6f25-49de-8d2a-916cad86b3ee](http://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MN_Instruccion_10_2005.pdf?idFile=934611d6-6f25-49de-8d2a-916cad86b3ee)

Gil Lavedra, Ricardo. (2012). Es necesaria una ley, artículo de opinión.

<http://www.lanacion.com.ar/1463613-es-necesaria-una-ley>.

Gutiérrez Pequeño. (2010). El maltrato entre iguales en el aula. Una reflexión sociológica acerca de la convivencia escolar. De:

<file:///C:/users/usuario/downloads/dialnet->

[ElMaltratoEntreIgualesEnElAula-2010197.pdf](file:///C:/users/usuario/downloads/dialnet-ElMaltratoEntreIgualesEnElAula-2010197.pdf). Mac Donald, Andrea

Fabiana. Publicación: [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar), 07-05-2018.

[http://ciencia.unam.mx/leer/418/ciberbullying\\_perfil\\_de\\_victimas\\_y\\_victimarios](http://ciencia.unam.mx/leer/418/ciberbullying_perfil_de_victimas_y_victimarios)

<http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/05/15052017.pdf>

### ***Legislación***

Constitución Nacional

Código Civil y Comercial

Código penal

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 16-12-1966 Convención sobre los derechos del niño. UNICEF 20-11-1989

Ley Nacional de Educación N° 26.202. 13-12-2006

Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061. 28-09-2005

Ley para la Promoción de la Convivencia y el Abordaje de la Conflictividad Social en las Instituciones Educativas N° 26892. 11-09-2013

Ley 24.711 Convenio sobre Cibercrimen. 15-12-2017

### ***Jurisprudencia***

Cámara de apelaciones en lo civil y comercial N° 5 Córdoba, “F., C.A. c/L., M.J. y Otro – Ordinario – Daños y perjuicios – otras formas de responsabilidad contractual”, 11-03-2014.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala: L, “G.R.M. c/Inst. Inmaculada Concepción de Nuestra Sra. De Lourdes y otros s/ daños y perjuicios (acc. Tran. c/les o muerte)”, 02-02-2012.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala: A, “G.R.J. c/Babar Bilingüal School Dominique Seguin s/ daños y perjuicios”, 03-07-2009. Cita:

MJ-JU-M-46829-AR | MJJ46829 | MJJ46829.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala tercera, “S.C.J.C/M.D. E y otra s/ daños y perjuicios – resp.est – por delitos y cuasid. Sin uso automot”, 20-11-2012. TD975895175895275895.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: H, “G.R.J.H. y otros c/ Creatore Víctor Juan y otros; I.J.M. y otros c/ Creatore Víctor Juan y otros; R.M.R. y otros c/ Creatore Víctor Juan y otros s/daños perjuicios”, 02-06-

2014. Cita: MJ-JU-M-87223-AR | MJJ87223.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala: F, “M.M. y otro vs. Gobierno de Ciudad de Buenos Aires y otros. Daños y perjuicios”, 29-04-09. Cita RC J 4089/14, Recuperado el 15-07-2018 de:

<http://www.rubinzalonline.com.ar/fallo/9101/>.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: H, “Canelo Julia del Carmen y otro c/ Vázquez Gonzalo Gastón y otros s/daños y perjuicios”, 18-12-2007. Cita: MJ-JU-M-20396-AR | MJJ20396 | MJJ20396.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: H, “R.P.B. c/Escuela N° 3 Juan Ángel Golfarini y otros s/ daños y perjuicios”, 18-03-2013. Cita: MJ-JUM- 78393-AR | MJJ78393 | MJJ78393.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas, de Paz yTributaria de Mendoza, Sala: cuarta. “G.C.R.F. por su hijo menor c/ Dirección General de Escuelas s/ daños y perjuicios”, 24-05-2013. Cita: MJ-JU-M- 78460-AR | MJJ78460 | MJJ78460.