

Acoso Escolar y la Protección de los Derechos de los Niños y Adolescentes

Jamile Bergamaschine Mata Diz^{I, II, III}
Thiago Penido Martins^{II, III, IV}

^IUniversidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte/MG – Brasil

^{II}Universidade de Itaúna (UIT), Itaúna/MG – Brasil

^{III}Centro Universitário de Belo Horizonte (UNIBH), Belo Horizonte/MG – Brasil

^{IV}Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas),
Belo Horizonte/MG – Brasil

RESUMEN – Acoso Escolar y la Protección de los Derechos de los Niños y Adolescentes¹. El crecimiento de los casos relativos a la práctica del *bullying* (acoso) en el ambiente escolar han generado numerosas discusiones sobre la responsabilidad civil. Así, se buscará analizar como las prácticas de acoso en la escuela pueden combatirse desde una perspectiva de la protección derivada de los derechos fundamentales, anclada aún en las decisiones judiciales existentes sobre el tema. Como resultado, se puede afirmar que, aunque las instituciones de enseñanza posean el deber temporal de guardia y vigilancia sobre el niño o adolescente, tal hecho no podrá considerarse como suficiente para elidir la responsabilidad constitucionalmente atribuida a los padres de educar sus hijos.

Palabras-clave: **Derechos Humanos. Derecho a la Educación. Responsabilidad. Acoso.**

ABSTRACT – Bullying and Protection of the Rights of Children and Adolescents. The growth of cases relating to the practice of bullying in the school environment have generated numerous discussions on liability. So, we will seek to analyze the practices of bullying at school can be fought from the perspective of the protection stemming from fundamental rights, yet anchored in existing court decisions on the subject. As a result, we can say that although educational institutions possess temporary duty to guard and watch over the child or adolescent, this fact can not be considered sufficient to elide constitutionally attributed to the responsibility of parents to educate their children.

Keywords: **Human Rights. Education Rights. Responsibility. Harassment.**

Introducción

La violencia es un mal a ser comprendido a partir de una mirada multifactorial y, dentro de esta perspectiva, debe analizarse por diferentes profesionales, como filósofos, sociólogos, biólogos, psicólogos, educadores, juristas y psiquiatras (Botelho; Souza, 2007). La agresividad entre jóvenes, en el contexto escolar, constituye problema céntrico de discusión y movilización de los medios, de las autoridades y de los investigadores de diversas culturas. Además, cuestiones relacionadas a la violencia escolar han motivado diversas discusiones y reflexiones de educadores de varias partes del mundo (Chalita, 2008).

Diversas son las formas de manifestación de la violencia en ambiente escolar. Sin embargo, una forma de violencia, normalmente disimulada, que sucede generalmente entre los propios alumnos (Botelho; Souza, 2007) ha llamado la atención por sus consecuencias. Ese fenómeno social originó el término *bullying*², que es la provocación y o victimización de un alumno en razón de su exposición a acciones negativas de la parte de una o más personas. Es un fenómeno a través del cual un niño o un adolescente son sistemáticamente expuestos a un conjunto de actos agresivos, que sobrevienen sin motivos aparentes, efectuados por uno o más agresores.

Para Bonfim (2006) la interacción entre los estudiantes es caracterizada por una desigualdad de poder, de modo que aquellos dotados de mayor poder (físico o psicológico) estimulan distintos modos de intimidación verbal, simbólica y o física de la víctima. La práctica del *bullying* presenta, generalmente, características comunes, configurándose como un comportamiento premeditado (deliberado) para ofender y dañar; es repetitivo, pues sucede durante un periodo de tiempo; los violentados tienen dificultad en defenderse; para los que acosan, es difícil aprender nuevos comportamientos socialmente admitidos; y, por último, la persona que practica el *bullying* tiene y ejerce poder de forma inapropiada sobre la víctima.

Jálon (2005) subraya que la práctica del *bullying* normalmente presenta las siguientes características:

1) suele incluir conductas de diversa naturaleza (burlas, amenazas, intimidaciones, agresiones físicas, aislamiento sistemático, insultos);

2) tiende a originar problemas que se repiten y prolongan durante cierto tiempo;

3) supone un abuso de poder, al estar provocada por un alumno (el matón), apoyado generalmente en un grupo, contra una víctima que se encuentra indefensa, que en el puede por sí misma salir de esta situación;

4) y se mantiene debido la ignorancia el pasividad de las personas que rodean la los agresores y la las víctimas sin intervenir directamente.

La práctica del *bullying* además de las consecuencias psíquicas y físicas puede resultar en efectos de naturaleza jurídica por parte de

quien lo hace y también de la propia institución educativa. En dicho contexto, el objetivo del presente artículo será analizar la responsabilidad jurídica en relación al *bullying*, intentando determinar en qué medida se puede dimensionar los daños causados de modo a generar la debida reparación a solventarse por quien lo practica y por las instituciones educativas. Asimismo, se buscará fijar cuáles han sido las interpretaciones generadas por los tribunales nacionales sobre la materia en aras de uniformizar el entendimiento actual de la misma.

El tema se reviste de importancia dada la necesidad de comprender el fenómeno del *bullying* no solo bajo la perspectiva educacional, sino también jurídica, fomentando una interpretación coherente con los derechos fundamentales que amparan toda conducta dirigida a la educación, en especial de niños y adolescentes. La ausencia de estudios sobre el tema demuestra que la ciencia jurídica no puede alejarse de un debate actual y que encierra complejas y rabiosas discusiones académicas y sociales.

La metodología utilizada será la hipotética-deductiva (Lakatos; Marconi, 2001), ya que se parte de una premisa relativa a la necesidad de crear mecanismos jurídicos de combate y desestímulo al *bullying* para que posteriormente se reafirme el derecho de los niños y adolescentes a educarse en un ambiente sano y libre de dañinas influencias psicológicas y físicas, de modo que tales mecanismos generen medidas jurídicas de naturaleza coercitiva aunque de carácter civil.

Responsabilidad Civil por la Práctica del *Bullying*

En la sociedad actual la escuela, además de ser considerada como un local de aprendizaje que evalúa el desempeño de los alumnos con base en pruebas de conocimiento (Chalita, 2008) debe ser entendida como un local adecuado para la promoción del pleno desarrollo de la persona y su preparación para el ejercicio de la ciudadanía. Las instituciones de enseñanza deben ser espacios institucionales, en los cuales alumnos y profesores puedan desarrollarse, aprender unos con otros a ejercer la ciudadanía, la cual presupone la valorización del respeto al individuo y a la sociedad. Deben constituir espacios de convivencia libre de cualquier forma de violencia.

En investigación realizada, Olweus (1993) constató que, lamentablemente, la mayoría de los profesores tiene dificultad de identificar o tomar ciencia de la práctica de actos de *bullying* y, en las hipótesis que toman ciencia, son negligentes y no intervienen para evitar su práctica, muchas veces por creer que las conductas adoptadas son normales entre niños y adolescentes, al considerarlas como simple *bromas* o juegos.

A pesar de la investigación haber sido realizada en una otra época, es posible concluir que los profesores han sido negligentes en el combate y prevención de episodios de *bullying*, lo que, inclusive, puede indicar la falta de proximidad entre profesores y alumnos, también considerado un factor de riesgo. La práctica del *bullying* en el ambiente escolar ha

adquirido índices alarmantes en el ámbito de la sociedad brasileña e internacional.

Es sabido que las instituciones de enseñanza – públicas o privadas – son, conjuntamente con la sociedad, la familia y los padres, responsables por la garantía del derecho a la educación de niños y adolescentes, en aras de alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad, al prepararle para el ejercicio de la ciudadanía y calificación para el trabajo. Así, constituye deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad y del poder público, asegurar, con absoluta prioridad, la efectivización de los derechos del niño y del adolescente.

A tal efecto, el crecimiento de los casos relativos a la práctica del *bullying* en el ambiente escolar, han generado numerosos debates entre estudiosos y los órganos jurisdiccionales en lo que se refiere a la responsabilidad civil resultante de esa forma de violencia contra la integridad física y psicológica de los niños y adolescentes. La resolución a dicha querrela pasa por la definición de quien sería responsable por la reparación de los daños de naturaleza material y moral de los niños y adolescentes víctimas del *bullying* en ambiente escolar. Así, se debe plantear si serían las instituciones de enseñanza, los padres o responsables por los niños y o adolescente agresores aquellos que deben responder por los daños ante los tribunales. Esa constituye, por tanto, la principal cuestión que pasaremos a analizar, en la búsqueda por una solución jurídicamente adecuada.

Conforme enfatiza Chrispino (2008, p. 11):

La judicialización de las relaciones escolares es un hecho real y, a nuestro ver, surge en gran número porque los actores educativos involucrados no han sido debidamente educados para combatir esta nueva demanda y no han sido informados sobre las nuevas obligaciones derivadas de los instrumentos legales que explicitan deberes y garantizan derechos. Los educadores, quizás en algunas ocasiones, tuvieron algunas clases de LDB (Ley de Directrices y Bases de la Educación Nacional de Brasil), con fuerte cuño ideológico y poca visión cotidiana. Los gestores, en la mayoría de escuelas públicas, son asignados a los cargos de gestión a través de elecciones políticas o son oriundos de procesos de indicación y, en general, son seleccionados por características que no consideran la capacidad de gestión o aún el conocimiento específico para la dirección de una unidad escolar [...].

El instituto de la responsabilidad civil adquiere importante papel conformador de la realidad social, al ser uno de los más trascendentes y antiguos institutos jurídicos de la humanidad, constituye, desde los tiempos más remotos, significativo instrumento de garantía de la armonía y de la paz social, al vincularse al valor de justicia. Para realizar su finalidad primordial, es decir, la reparación de los daños causados al individuo, deshaciendo, cuando posible, los efectos y perjuicios resultantes del acto ilícito, y por estar encadenada a diversos dominios de la vida social, una vez que tiene su nacer en el actuar humano, el

instituto de la responsabilidad civil debe ser dinámico, al adaptarse y transformarse de según la evolución de la sociedad.

Así pone de relieve Días (1994, p. 31):

El instituto es esencialmente dinámico, tiene que adaptarse, transformarse en la misma proporción en que involucra a la civilización, debe ser dotado de flexibilidad suficiente para ofrecer, en cualquier época, el medio o proceso por lo cual, ante nuevas técnicas, nuevas conquistas, nuevos géneros de actividad, asegure la finalidad de reintegrar el equilibrio deshecho por ocasión del daño, considerado, en cada tiempo, en función de las condiciones sociales vigentes.

La responsabilidad civil puede clasificarse en responsabilidad civil subjetiva y objetiva, pues dependerá de la existencia del elemento culpa para la configuración del deber de indemnizar. El fundamento de la responsabilidad civil subjetiva se define a partir de la culpa – configurada a partir de la constatación de negligencia, impericia o imprudencia. En los términos de los preceptos legales contenidos en los artículos 186 y 927, ambos del Código Civil de Brasil, aquel que por acción u omisión voluntaria, negligencia, impericia o imprudencia violar derecho y causar daño a otro, comete acto ilícito, hecho civilmente responsable por la reparación de los daños materiales y morales a que ha dado causa. La configuración de la responsabilidad civil subjetiva y, consecuentemente, del deber de indemnizar, depende, así, de la existencia de un nexo de causalidad que vincule los daños materiales o morales soportados por la víctima a la práctica de una acción u omisión culposa por el agresor.

La ley, sin embargo, considerando las especificidades y peculiaridades de determinadas situaciones, puede atribuir responsabilidad civil por la reparación de los daños derivados de acciones u omisión no culposas. En estas hipótesis estaremos ante la denominada responsabilidad objetiva, la cual desconsidera el elemento culpa para su configuración, así como para el surgimiento del deber de indemnizar. En las hipótesis en que la legislación atribuye a determinados sujetos responsabilidad objetiva, tales como aquellas fijadas en el artículo 932 del Código Civil brasileño o en las hipótesis de relaciones jurídicas de naturaleza consumista, la configuración del deber de reparación civil dependerá solamente de la comprobación de que la víctima soportó daños materiales y o morales y de la existencia de nexo de causalidad que vincule a una acción u omisión del agresor responsable, independientemente de la existencia de culpa. En estos casos, el sujeto solamente elidirá su responsabilidad si logre aclarar de hipótesis de caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o culpa de terceros.

A tal efecto, realizadas las consideraciones iniciales sobre las indeseables consecuencias de la práctica del *bullying* sobre la formación y salud mental y psíquica de niños y adolescentes, se hace indispensable, por constituir eje del presente trabajo, delimitar la responsabilidad civil por la práctica del *bullying*. Constatada la práctica del acoso en el

ambiente escolar, ¿de quién será la responsabilidad por la reparación de los daños que la víctima ha soportado, los padres, la institución de enseñanza o ambos? El estudio de esta temática si considera imprescindible, fuera en razón del restringido y delimitado número de trabajos y estudios dirigidos al análisis del problema, fuera por el hecho del considerable aumento del número de casos que involucran actos de acoso cometidos en el ambiente escolar, los cuales han demandado la intervención de los órganos jurisdiccionales. Pasaremos, por tanto, a examinar la responsabilidad de los padres e instituciones de enseñanza bajo la perspectiva del derecho brasileño.

La Responsabilidad de los Padres e Instituciones de Enseñanza en el Derecho Brasileño y en el Derecho Español

La responsabilidad civil de los padres por los daños resultantes de acciones u omisiones de niños y adolescentes está disciplinada por los preceptos legales contenidos en el inciso I, del artículo 932, y artículo 933, ambos del Código Civil de Brasil. En los términos del referido dispositivo legal, los padres son objetivamente responsables por los daños causados por las conductas comisivas u omisivas practicadas por los hijos menores que estén bajo su autoridad y en su compañía.

Así, al considerar los hijos menores absolutamente incapaces, son estos legalmente irresponsables por la reparación de los daños que causen, transfiriéndose a los padres el deber de reparación. Conforme señala Silva (2009, p. 81) a los padres, “[...] no bastaría, pues, la alegación de que tomaron las precauciones normales, y que el hijo traicionó su vigilancia para que se excuse del deber legal. Su obligación es resarcir el daño causado por culpa del hijo menor”. Y concluye que los padres solamente no tendrán responsabilidad “[...] probando la juridicidad del comportamiento del hijo” (Silva, 2009, p. 81).

En dicho sentido manifiesta Lyra (1997, p. 71):

[...] los hijos son, para los padres, fuente de alegrías y esperanzas y son, también, fuente de preocupaciones. Quien se dispone a tener hijos no puede ignorar los gravámenes de tal resolución. Así, pues, en virtud de la razonable esperanza de alegrías y amparo futuro, es normal el riesgo de sufrir frustraciones, desengaños, decepciones y desilusiones. Por tanto, aunque el deber de vigilancia fuera imposible de observarse durante las 24 horas de cada día, están los padres sujetos al riesgo que pueda suceder a los hijos, al riesgo de aquellos, en su inocencia o inconsciencia, puedan practicar en daño ajeno.

El análisis de los preceptos normativos contenidos en el inciso I, del artículo 932, compaginados con el artículo 933, ambos del Código Civil de Brasil, permite concluir que los padres son, independientemente de culpa, responsables por las conductas de sus hijos menores que se encuentren bajo su autoridad y en su compañía. La interpretación normativa del referido dispositivo legal podría conllevar a errónea y equi-

vocada comprensión de que los padres solamente serían objetivamente responsables por los actos de los hijos menores cuando estos estuvieran bajo su compañía, proponiendo una interpretación restrictiva de la responsabilidad de los padres cuando los hijos menores no estuvieran en su compañía.

Se enfatiza, empero, que tal interpretación no se coaduna con los objetivos determinados por el legislador brasileño, según manifiesta Matiello (2003, p. 583):

En relación al significado del vocablo compañía, cabe hacer una breve aclaración. El legislador no pretendió atribuir responsabilidad a los padres, por los actos de los hijos menores, sólo cuando estuvieran bajo vigilancia inmediata y residiendo en el mismo local. Es muy común el hecho de que los padres permanezcan en determinada dirección mientras la familia se cambia para otras ciudades, fijando nuevo domicilio, con el fin de completar sus estudios. Aunque eso suceda, la aplicabilidad del mandamiento legal no podrá distorsionarse, ya que la palabra compañía tiene relación directa con el ejercicio de la autoridad paterna y materna, de modo que comprende todas las situaciones en que vigora el patrio poder, y los hijos están efectivamente a él sometidos, aunque distantes físicamente.

Pues bien, lo que nos queda por definir es si los padres, a los que confían temporalmente la guardia y educación de sus hijos menores a las instituciones de enseñanza, se exoneran de su responsabilidad objetiva por las conductas que estos practican dentro el establecimiento de enseñanza, es decir, en ambiente escolar. ¿Si el hijo menor – niño o adolescente – cometa acto de *bullying* en ambiente escolar, podrán los padres eximirse de su responsabilidad civil objetiva bajo el alegato que los hijos estaban bajo la guardia y vigilancia de la institución de enseñanza y que, por tanto, la institución de enseñanza es que deberá responsabilizarse civilmente por los daños que el alumno-víctima ha soportado? O, más bien, ¿sería una hipótesis de responsabilidad solidaria entre los padres y la institución de enseñanza, en aras de determinar el deber recíproco de educar? ¿Englobaría acción regresiva de la institución de enseñanza en contra de los padres?

Primeramente, se debe de aclarar que, en Brasil, las relaciones jurídicas entre las instituciones de enseñanza públicas o privadas y sus alumnos se caracteriza como relación de consumo, ya que están presentes los elementos caracterizadores previstos en los artículos 2º y 3º, del Código de Defensa del Consumidor de Brasil. Como tal, tratándose de relación de consumo, en los términos de los preceptos normativos contenidos en el artículo 14, del diploma legal brasileño, las instituciones de enseñanza públicas y privadas, como prestadoras de servicios educativos que son, responden – independientemente de la existencia de culpa – por la reparación de los daños causados a los consumidores (educandos) por defectos relativos a la prestación de servicios.

Para que se determine el deber de indemnizar se considera suficiente la comprobación del daño y la existencia de nexo de causalidad de una acción u omisión ilícita realizada por la institución de enseñanza. En lo que concierne a las instituciones públicas, su responsabilidad objetiva se ampara en los preceptos contenidos en el párrafo sexto, del artículo 37, de la Constitución de la República de Brasil.

Uno de los primeros fallos sobre la responsabilidad civil de las instituciones de enseñanza por la práctica del *bullying*, emitido por el Tribunal de Justicia del Distrito Federal, determinó la condenación de una institución de enseñanza privada al fijar indemnización por daño moral a un alumno por acosos psicológicos resultantes de violencia escolar practicada por otros alumnos, en razón de ofensa al principio constitucional de la dignidad de la persona humana. Hay que subrayar que, no obstante la existencia de otros fallos sobre violencia escolar, se puede considerar la referida decisión judicial como precedente por tratar del fenómeno del *bullying* como eje de la indemnización.

En los términos de la fundamentación adoptada en el fallo bajo comento, por el Tribunal de Justicia del Distrito Federal (2008), la responsabilidad civil de la escuela “[...] ocurre del hecho de quedarse la misma comprometida con el deber de guardia y preservación de la integridad física y psicológica del alumno, con la obligación de emplear diligente vigilancia, para prevenir y evitar cualquier ofensa o daño a los que allí estudian”. En los términos de la referida decisión judicial

[...] En la especie, se ha demostrado que el reclamante sufrió agresiones físicas y verbales de algunos compañeros que constituían más que pequeños ‘roces’ entre niños de aquella edad, en el interior del establecimiento inculpa-do, durante todo el año lectivo de 2005. Se sabe que tales agresiones, por sí sólo, configuran daño moral cuya responsabilidad de indemnización sería del Colegio en razón de su responsabilidad objetiva. Con efecto, el Colegio procesado tomó algunas medidas en la tentativa de solventar la situación, pero, tales providencias fueron inocuas para solucionar el problema, de modo que las agresiones persistieron durante todo el año escolar. Tal vez porque el establecimiento de enseñanza no ha sido alertado para el papel de la escuela como instrumento de inclusión social, sobremanera en el caso de niños considerados como ‘diferentes’.

Se debe de mencionar que la incorporación del individuo en el mundo adulto requiere la apropiación de conocimientos socialmente producidos. La interiorización de tales conocimientos y experiencias vividas se procesa, en primer plano, en el interior de la familia y del grupo en que este individuo se encuentra y, después, en instituciones como la escuela. Según el juez Baruffi, “En ese proceso de socialización o de inserción del individuo en la sociedad, la educación tiene papel estratégico, principalmente en la construcción de la ciudadanía” (Distrito Federal, 2008).

Sobre la existencia de responsabilidad civil objetiva de las instituciones de enseñanza por la protección de la incolumidad física y moral de sus alumnos, señala Venosa (2002, p. 68) que:

Mientras el alumno se encuentra en el establecimiento de enseñanza, este es responsable no solamente por la incolumidad física del educando, como también por los actos ilícitos practicados por este a terceros. Hay un deber de vigilancia inherente al establecimiento de educación que, actualmente, pasa por la responsabilidad objetiva prevista en el Código de Defensa del Consumidor. El alumno es consumidor del proveedor de servicios, que es la institución educativa. Si el agente sufre perjuicio físico o moral resultante de la actividad educativa en el interior del establecimiento, este es responsable. Responde, por tanto, la escuela, si el alumno ha sido acosado por su compañero en el interior de la institución. Puede incluso imputarse la responsabilidad, aunque el educando se encuentre fuera de las dependencias del colegio o escuela: imagínese la hipótesis de daños practicados por alumno en excursión realizada y patrocinada por la escuela. En ese caso, el deber de vigilancia de los profesores y educadores acompaña a los alumnos.

Al analizar la polémica cuestión de la responsabilidad civil de las instituciones de enseñanza por los daños que los alumnos soporten en el interior de la institución de enseñanza, Diniz (2003) se manifiesta en el sentido de la existencia de responsabilidad solidaria entre los padres y aquella. Según la autora,

[...] el fundamento de la responsabilidad objetiva de las instituciones de enseñanza estaría amparada no solo en su deber de vigilancia, pero sí en razón de que asumen el riesgo de la actividad y, especialmente, por las disposiciones legales contenidas en los preceptos normativos del artículo 933 y del artículo 942, ambos del Código Civil, así como en los preceptos del Código de Defensa del Consumidor. El Art. 932, IV, del Código Civil se refiere a la responsabilidad de los daños de establecimientos de enseñanza, es decir, de aquellos que mediante una remuneración tiene bajo su dirección personas que reciban instrucción. Deberán responder objetiva y solidariamente (arts 933 y 942, párrafo único) por los daños causados a un compañero o a terceros por actos ilícitos practicados por los alumnos durante el tiempo que ejercen sobre ellos vigilancia y autoridad. No se puede dudar que tal responsabilidad, fundada en la culpa in vigilando, se extiende al director de la institución de enseñanza y a los maestros no porque ejerzan sobre sus discípulos un deber de vigilancia, pero porque asuman riesgo de su actividad profesional y por imposición de ley (art. 933). [...] La escuela, que se ha hecho cargo del daño, tendrá legitimidad regresiva contra los padres del alumno que practicó el ilícito o contra el propio alumno caso él tenga más de 16 años, según dispone el Código Civil, arts. 928 y 934 y párrafo único.

Se debe poner de relieve, sin embargo, que la cuestión de la solidaridad entre padres e instituciones de enseñanza por los daños causados por niños y adolescente en ambiente escolar es controvertida, haya vista que, autores como Silva (1990) y Gonçalves (2009), señalan que, cuando los padres confían sus hijos menores a las instituciones de enseñanza, se les transfieren el deber de vigilancia y, consecuentemente, la responsabilidad por los daños que estos causan a terceros, no habiendo cómo rechazar la existencia del derecho de regreso.

La cuestión es delicada, pues quién sino el establecimiento tiene el deber de vigilancia y responde por los actos del educando, difícilmente se puede comprender que pueda interponer acción regresiva para resarcirse del daño causado al establecimiento, a otro alumno o tercero (Silva, 1990, p. 108).

En el mismo sentido es la comprensión de Gonçalves (2009, p. 320) para quien no se justifica

[...] el reintegro contra los padres de los hijos menores, relativa o absolutamente incapaces, porque el establecimiento, al acogerles, recibe la transferencia de la guardia y vigilancia, siendo considerado responsable por culpa in vigilando, si el alumno practica acto lesivo a tercero.

Gonçalves (2009, p. 321) aún critica el entendimiento adoptado por el Supremo Tribunal Federal, al determinar que “[...] responde solidariamente por el daño causado por menor la persona que, no siendo su padre, madre, tutor, tiene, como encargada de su guardia, la responsabilidad de vigilancia, dirección o educación del menor, o voluntariamente, se encuentra en su poder o en su compañía”. Además, entiende que la decisión adoptada por el Supremo Tribunal Federal estaría equivocada especialmente

[...] en la parte en que aseguró el derecho de reintegro también contra los responsables por los menores, pues están ellos en la misma situación de los educadores (ambos son responsables por acto realizado por otra persona), ya que ha habido la transferencia temporal de esa responsabilidad, de los primeros hacia los últimos (Gonçalves, 2009, p. 321).

En relación a la interpretación adoptada por estos renombrados autores, indispensable realizar algunos comentarios, pues la cuestión de la responsabilidad civil resultante de la práctica de actos de *bullying* por niños y adolescentes en ambiente escolar no asume características y límites uniformes. Así, necesario soluciones diferenciadas según las especificidades y peculiaridades del caso concreto.

Tal se da porque, conforme las circunstancias que delimitan el caso concreto, la automática transferencia de la responsabilidad civil de los padres y de la familia hacia las instituciones de enseñanza, con la consecuente exención de la responsabilidad de los padres, además de considerarse como una solución y jurídicamente inadecuada e indebi-

da, provoca una reducción y/o hasta mismo exoneración del papel de los padres en el proceso educativo y de formación psicológica y social de sus hijos, lo que significa generar un vacío colmado por la irresponsabilidad familiar, contrariando los preceptos normativos contenidos en el artículo 205, de la Constitución de la República de Brasil (Brasil, 1988), bien como en el artículo 4º del Estatuto del Niño y del Adolescente (Brasil, 1990a), los cuales son expresos e inequívocos al prever la responsabilidad de la familia por la educación de los niños y adolescente, contribuyendo además para su proceso de formación personal.

Igualmente, conforme manifestamos anteriormente, hay que procederse al examen cuidadoso de las circunstancias relativa al caso concreto, una vez que no se puede olvidar que la institución de enseñanza podrá elidir su responsabilidad si se evidencia la existencia de culpa exclusiva de tercero, es decir, caso se defina que, a pesar de haber adoptado todas las medidas educativas y pedagógicas que estaban a su alcance, el acto de *bullying* practicado por un alumno en contra de otro no fuera posible de evitarse, en la estela de los preceptos normativos contenidos en el párrafo tercero, inciso segundo, del artículo 14, del Código de Defensa del Consumidor brasileño (Brasil, 1990b).

En dicho contexto, pueden suceder situaciones en que las conductas a practicadas por el alumno derivan de la deficiencia de los padres en su deber constitucional y afectivo de educar los hijos, orientándoles en su proceso de formación personal. Ante tales casos, desconsiderar la negligencia de los padres en el cumplimiento de su papel social para sencillamente transferir toda responsabilidad a la institución de enseñanza se presenta como medida inadecuada.

Distintos son los casos en que las instituciones de enseñanza adoptan una serie de medidas pedagógicas con el objetivo de prevenir y combatir la práctica de los actos de *bullying*, tales como reuniones con padres, orientación especializada al alumno, indicación a los padres de la necesidad de que su hijo tenga acompañamiento psicológico, e incluso medidas más drásticas como advertencia, transferencia de clase, suspensión y hasta expulsión del alumno agresor, sin que hayan obtenido éxito.

En esos casos, ¿en qué medida deberá la institución de enseñanza responsabilizarse por los actos de alumno que posee histórico de conductas agresivas? ¿Los padres o responsables pueden exonerarse de su deber de educar, guardar y vigilar solamente porque hayan confiado sus hijos temporalmente a los cuidados de la institución de enseñanza? ¿La adopción de una solución uniforme como esta no conduciría a la indebida protección de la negligencia de los padres en el deber de educar sus hijos, creándose un espacio de irresponsabilidad por las conductas dañosas de sus hijos menores?

En un caso juzgado por el Tribunal de Justicia de Minas Gerais, del 27ª Juzgado Civil de Belo Horizonte, al estimar acción de indemnización por daños morales propuesta por una alumna contra institución particular de enseñanza y de los padres del presunto alumno agresor,

bajo la alegación de que habría sido víctima de actos de *bullying*, decidió alejar la responsabilidad de la institución de enseñanza, reconociendo solamente la responsabilidad de los padres del alumno agresor por los daños morales soportados por la autora.

Conforme señaló el juicio de la causa, no habría como imponer a la institución de enseñanza el deber de *educar, reeducar, ni suplir o alterar la educación dada por sus padres*, aunque se entienda haber sido deficiente, dado que el ejercicio del poder familiar sería, en los términos del inciso I, del artículo 1634, del Código Civil, atribución de los padres, con lo cual se encontraría incluida la obligación de educar. Además, consideró que la institución de enseñanza observó las directrices legales de la educación nacional, al haber adoptado diversas medidas pedagógicas, tales como entrevistas, reuniones, reorganización de la clase, transferencia del alumno agresor, lo cual, sin embargo, no surtió efecto.

De acuerdo con la decisión adoptada por el juicio de la causa

Con relación al nexo causal, de hecho, cumple hacer una breve consideración a efectos de aclarar que no hay como imputar eventual responsabilidad por los daños morales al Colegio, con base en el artículo 932, inciso IV, del Código Civil brasileño. Y sobresale de la demanda que las intervenciones del alumno junto a la autora se daban dentro y fuera de la institución. No había, por tanto, cómo evitar el encuentro de los alumnos, especialmente en un ambiente en el cual conviven casi 3.000 (tres mil) menores. Inexistió, bajo mi punta de vista, defecto en la prestación de servicio por el Colegio, según dispone la el artículo 14, § 3º, inciso I, del Código de Defensa del Consumidor (Minas Gerais, 2010).

Caso similar ha sido demandado ante la jurisdicción del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro. Se trataba de acción indemnizatoria propuesta por los padres de alumna que alegaba haber sido víctima de la práctica de *bullying* por dos alumnos, en la cual pleiteaban el reconocimiento de la responsabilidad civil de la institución de enseñanza y de los alumnos por la reparación de los daños. En este caso, la alumna víctima de *bullying*

[...] pasó a presentar bajo aprovechamiento escolar después de las agresiones físicas y psíquicas sufridas y perpetradas por los dos alumnos [...] presentando graves problemas psicológicos, miedo de los alumnos, así como manifestaciones físicas tales como dolor de cabeza y abdominal, siendo necesario realizar acompañamiento médico y psicológico (Río de Janeiro, 2009).

Ante tal situación, el fallo reconoció la responsabilidad objetiva de la institución de enseñanza por *defecto* en la prestación de servicios, razón por la cual ha sido condenada a resarcir los daños morales soportados por la alumna demandante y por sus padres, sentencia confirmada por el tribunal de apelación. En los términos del fallo:

Se trata de relación de consumo establecida entre las partes, ofrecida por la demandada mediante la prestación de servicio educativo, en el cual se hace presente, por tanto, la llamada responsabilidad objetiva, se considera necesaria sólo la comprobación del acto ilícito, del daño y del nexo causal, innecesaria la comprobación de culpa. A la demandada solamente puede excluirse su responsabilidad si comprobada la existencia de una causa excluyente en indemnizar, como hecho exclusivo de tercero o de la víctima. [...] constatada la responsabilidad de la demandada bajo la especie objetiva al no lograr éxito en las medidas dirigidas a impedir las agresiones por entender que las medidas adoptadas eran suficientes, configurado la indebida prestación del servicio y consecuentemente determinado el deber de indemnizar (Rio de Janeiro, 2009).

Se consta, por tanto, a partir del análisis de los casos bajo comentario, que ambas decisiones jurisdiccionales se amparan en la comprobación de la existencia de *negligencia* en la prestación de servicio por parte de las instituciones de enseñanza demandadas, según dispone el artículo 14 del Código de Defensa del Consumidor brasileño. En lo que se refiere a la decisión judicial del Tribunal de Rio de Janeiro, hay que enfatizar, dada relevancia, que la cuestión concerniente a la responsabilidad civil de los padres ha sido desestimada, una vez que la demanda solamente se refiere a la institución de enseñanza como parte demandada.

Se debe de mencionar, sin embargo, que, conforme analizaremos posteriormente, nada impide que la institución de enseñanza, fundada en los preceptos legales contenidos en el artículo 934 del Código Civil de Brasil, interponga demanda contra los padres o responsables por los alumnos agresores mediante una pretensión reintegrativa, objetivando el reconocimiento de culpa por los daños morales soportados por la víctima. En este punto, importante cotejar la comprensión de Lima, para quien “[...] con relación a los profesores se puede aplicar la misma idea que influye en la responsabilidad de los padres, con la diferencia de que la responsabilidad de los educadores se vincula a un deber de vigilancia pura y simple, mientras que a los padres incumbe no sólo la vigilancia, sino más bien la educación” (Lopes y Lima apud Stoco, 2004, p. 929).

Moreno Martínez (2007, p. 15) subraya que en el ámbito del ordenamiento jurídico español, se ha constatado que

[...] del examen de la casuística judicial existente [...] se puede apuntar a numerosas sentencias donde el titular del centro docente ha conseguido exonerarse de su responsabilidad demostrando que empleó la diligencia debida. Ocurre, sin embargo, que el referido autor resalta que ‘no obstante, se pueden traer a colación otros pronunciamientos judiciales, pero en menor número que los anteriores, donde se puede estimar que el criterio de diligencia exigido puede considerarse elevado’ siendo que ‘la jurisprudencia existente ha reforzado considerablemente la diligencia exigible y en consecuencia ha venido casi a imposibilitar en muchos casos la prueba exculpatoria’.

Asimismo, se debe de señalar que, en el marco del ordenamiento jurídico español, el artículo 1903 del Código Civil, fija la responsabilidad objetiva de las instituciones de enseñanza no superior por los daños y perjuicios que sus alumnos causen durante los periodos de tiempo que estén bajo su vigilancia, inclusive por las conductas realizadas durante las actividades extracurriculares promovidas por la institución. Fija, sin embargo, que la responsabilidad podrá elidirse caso se compruebe que empleó toda la diligencia que regularmente adoptarían los padres para prevenir el daño.

Aunque inexistente precepto similar y específico sobre la cuestión en el ordenamiento jurídico brasileño, la solución legislativa prevista en el ámbito del orden jurídico español puede considerarse como adecuada y posible adoptarse en el sistema brasileño, a partir de una atenta interpretación del inciso I, del párrafo tercero, del artículo 14, del Código de Defensa del Consumidor, al determinar que el prestador de servicios (institución de enseñanza) elidirá su responsabilidad objetiva caso se defina que la ausencia de fallas en la prestación de los servicios, es decir, que no ha habido negligencia en la prestación de los servicios educativos por la institución ministrados.

Aún según pone de manifiesto Murtula Lafuente (2005, p. 258):

La responsabilidad del centro docente cesará cuando pruebe que empleó toda la diligencia exigible para evitar el daño. En este sentido hay que indicar que la práctica jurisprudencial tan solo en este supuesto contenido en el art. 1903 ha respetado en buena parte de los casos el fundamento subjetivo que está en su base.

Es menester reconocer que se presenta expresamente inadecuada la transferencia de la responsabilidad civil de los padres a las instituciones de enseñanza por los daños que advinieren de la práctica de actos de *bullying* en el ambiente escolar. Aunque en esta hipótesis la institución de enseñanza haya asumido el deber temporal de guardia y vigilancia sobre el niño o adolescente, tal hecho, per se, no puede considerarse como suficiente para elidir la responsabilidad constitucionalmente atribuida a los padres de educar a sus hijos.

Solamente en los casos en que quedar debidamente probado que la institución de enseñanza ha actuado con negligencia en su deber de guardia y vigilancia, es decir, que la institución no adoptó las medidas pedagógicas que estaban a su alcance para prevenir o combatir la práctica de los actos de *bullying* y que se podrá imputar la respectiva responsabilidad, una vez que el fenómeno del *bullying* es esencialmente de naturaleza educativa, siendo imposible exigirse que la institución de enseñanza reemplace completamente la educación familiar o supla todas sus deficiencias. Si se constate que la institución de enseñanza ha sido negligente en su papel o deber de prestar educación a sus alumnos, esta deberá responder solidariamente con los padres del alumno agresor, en los términos de los artículos 933 y 942 del Código Civil.

Solamente así se estará garantizando, al mismo tiempo, la necesaria protección a los niños y adolescente contra los actos de *bullying*,

por conductas que amenacen o violen su integridad física, psíquica y moral, asegurándose a éstos un adecuado proceso de formación, sin suscitar indebidamente la transferencia a las instituciones de enseñanza de toda la responsabilidad por la guardia, vigilancia y, principalmente, por la educación de los niños y adolescentes, deberes que son señaladamente atribuidos a la familia. Amparase en un entendimiento contrario, representaría incuestionable exención del deber constitucional de los padres de educar a sus hijos, propiciando un sentido de irresponsabilidad familiar, favorable al desarrollo de las funestas prácticas de *bullying*.

Consideraciones Finales

La violencia, en especial la escolar, actualmente, constituye uno de los principales problemas sociales y puede evaluarse a partir de diversos aspectos. La práctica del *bullying* en el ambiente escolar ha adquirido índices alarmantes en el marco de la sociedad brasileña e internacional. Los casos incluyendo amenazas y agresiones físicas y psicológicas entre alumnos y entre estos y sus profesores, nos exhortan a investigar los motivos que han contribuido para el significativo aumento de la violencia escolar, así como a poner en tela de juicio la calidad de los sistemas educativos.

Estas *bromas* ofensivas no son consideradas sólo como actitudes normales entre niños y o adolescentes, especialmente al constatar que los daños causados en sus víctimas son perversos tanto para los agresores cuanto para las víctimas, lo que hace necesario el desarrollo de estudios con la finalidad de buscar soluciones educativas, pedagógicas y jurídicas adecuadas para tal problema, en un intento de minimizar los daños, pues las consecuencias en muchos casos son graves y, en extremos, pueden conducir a la muerte de los involucrados.

Ahora bien, la escuela y los padres necesitan de un adecuado apoyo en aras de minimizar o exterminar con tales prácticas. A tal efecto, ante las adversas e peligrosas consecuencias del *bullying* sobre la formación personal y salud mental y psíquica de los niños y adolescentes, se hace indispensable que el derecho construya las respuestas adecuadas y eficaces a este grave problema, garantizándose, al mismo tiempo, la necesaria protección a los niños y adolescente contra los actos de *bullying*, violadores de la integridad física, psíquica y moral, al tiempo que aseguren a éstos un adecuado proceso de formación, sin promoverse indebidamente la transferencia a las instituciones de enseñanza de toda la responsabilidad por la guardia, vigilancia y, principalmente, por la educación de los niños y adolescentes.

Conforme hemos advertido, aunque las instituciones de enseñanza posean el deber temporal de guardia y vigilancia sobre el niño o adolescente, tal hecho, per se, no podrá considerarse como suficiente para elidir la responsabilidad constitucionalmente atribuida a los padres de educar sus hijos. Solamente en los casos en que se ha comprobado que las instituciones de enseñanza han actuado con negligencia en el res-

pectivo deber de guardia y vigilancia, al no adoptar las medidas pedagógicas que estaban a su alcance para prevenir o combatir la práctica de los actos de *bullying*, es que se podrá hablar de solidaridad con los padres del alumno agresor por la reparación de los daños soportados por el demandante. Admitir una interpretación en contrario a tal posicionamiento, representaría la inadecuada exención el deber constitucional de los padres en educar a los hijos.

Finalmente, se debe de señalar que el objetivo del presente trabajo no ha sido agotar el análisis del relevante tema del *bullying*, sino que advertir la importancia del mismo y contribuir para el debate, planteando interrogantes que puedan ser útiles en la búsqueda de soluciones jurídicamente válidas, contribuyendo, además, para la elaboración de medidas capaces de garantizar la necesaria protección a los niños y adolescente contra los actos de *bullying*, al asegurar que éstos tendrán un adecuado proceso de formación, sin promoverse indebidamente la transferencia a las instituciones de enseñanza de toda la responsabilidad por la guardia, vigilancia y, principalmente, por la educación de los niños y adolescentes, deberes que son señaladamente atribuidos a la familia.

Recibido en 04 de agosto de 2015

Aprobado en 19 de abril de 2017

Notas

- 1 Los autores han obtenido recursos financieros junto a la Universidad Federal de Minas Gerais para la realización de la presente investigación.
- 2 El término *bullying* no presenta traducción literal para la lengua portuguesa. La palabra es un verbo derivado del adjetivo inglés *bully*, que significa valentón, tirano. El término designa la costumbre de usar la superioridad física para intimidar, tiranizar, acosar y humillar otra persona y no puede reducirse a una sola de sus múltiples maneras de manifestación, haya vista que, sus actos pueden ir más allá de las intimidaciones, manifestándose, inclusive, mediante agresiones físicas.

Referencias

- BONFIM, Mônica. O Bullying na Vida Social: repensando o lugar da alteridade nos processos educativos. In: OLIVEIRA, Carla Maria Kirilos Mattar de. **Rede de Saberes: diferentes práticas e novos saberes na formação docente**. Belo Horizonte: New Hampton Press Ltda, 2006. P. 103-110.
- BOTELHO, Rafael Guimarães; SOUZA, José Maurício Capinussaú. Bullying e Educação Física na Escola: características, casos, conseqüências e estratégias de intervenção. **Revista de Educação Física**, Rio de Janeiro, n. 139, p. 58-70, 2007.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil **Diário Oficial da União**, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2012.
- BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990a.

- BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990b.
- CHALITA, Gabriel. **Pedagogia da Amizade: bullying – o sofrimento das vítimas e dos agressores**. 3. ed. São Paulo: Editora Gente, 2008.
- CHRISPINO, Álvaro; CHRISPINO, Raquel Santos Pereira. A Judicialização das Relações Escolares e a Responsabilidade Civil dos Educadores. **Ensaio – avaliação e políticas públicas em Educação**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 58, p. 9-30, ene./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v16n58/a02v1658.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.
- DÍAS, José de Aguiar. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível n. 2006.03.1.008331-2**. Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, Fecha de publicación: 07-08-2008. Brasília, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JÁLON, Maria Jose Díaz-Aguado. La Violencia entre Iguales en la Adolescencia y su Prevención desde la Escuela. **Revista Psicothema**, Oviedo, v. 17, n. 4, p. 549-558, 2005.
- LAFUENTE, Virgínia Murtula. **La Responsabilidad Civil por los Daños Ausados por un Miembro Indeterminado de un Grupo**. Madrid: Dykinson, 2005.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- LYRA, Afrânio. **Responsabilidade Civil**. Bahia: Editora Vellenich, 1977.
- MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil Comentado**. São Paulo; LTR, 2003
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Ação de Indenização n. 0024.08.199.172-1**. Juez Luiz Arthur Rocha Hilário. Belo Horizonte, 2010.
- MORENO MARTINEZ, Juan Antonio. **La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual**. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2007.
- OLWEUS, Dan. **Bullying at Scholl: what we know and what we can do**. Oxford: Blackwell, 1993.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Proceso n. 2005.208.003258-5**. Juez Alessandra Ferreira Mattos Aleixo. Rio de Janeiro, 2009.
- SILVA, Caio Mario Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SILVA, Caio Mario Pereira da. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Forense, 2009.
- STOCO, Roberto. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Jamile Bergamaschine Mata Diz é Catedrática Jean Monnet de Direito Comunitário. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Universidade de Itáúna, Minas Gerais. Doutora em Direito Comunitário – Universidad de Alcalá – Espanha. Mestre em Instituciones y Políticas de la UE pela UCJC-Madrid. Assessora Jurídica da Secretaria Jurídica do Mercosul (2008-2009).
E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br

Thiago Penido Martins é Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Centro Universitário Novos Horizontes - MG, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Universidade de Itáúna.
E-mail: thiagopenido@yahoo.com.br