

# CARÁCTER DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA DEBIDA POR LOS ABUELOS A SUS NIETOS MENORES DE EDAD<sup>1</sup>

*Por María Alejandra Fripp<sup>2</sup>*

## I. Introducción

A lo largo de la presente publicación se propicia una construcción jurídica negatoria de la aplicabilidad del artículo 367<sup>3</sup> del código civil con relación a la obligación alimentaria de los abuelos hacia sus nietos, quienes por disposición del ordenamiento jurídico estarían facultados a exigir directamente de los primeros la cobertura total de sus necesidades en atención a que aquellos son la causa de estos y en consecuencia, deben velar por el bienestar de su progenie.

A continuación se ponderarán las normas consideradas en colisión y se enunciarán cuáles son los interrogantes que surgen a partir de la lectura de las mismas, intentando, finalmente, dar respuesta a dichos cuestionamientos a la luz de lo que ha dado en llamarse “El Derecho Constitucional de Familia”, a cuyo nacimiento hemos asistido por ser testigos directos del cambio legislativo, jurídico y doctrinario que ha tenido lugar en los últimos años, no solo en Argentina sino también en otras Naciones, y que en la actualidad resulta imperativo jurídico y criterio hermenéutico que obliga a todo magistrado a fallar conforme a sus principios rectores.

---

<sup>1</sup> Nota publicada en Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Doctrina y Jurisprudencia. N° 70. Páginas 121 a 134. Año 2009. Análisis que en principio resultaría aplicable a la manda del art. 537 del nuevo “Código Civil y Comercial Nación” aun no vigente, por el cual: “Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a. los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado; b. los hermanos bilaterales y unilaterales. En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado”.

<sup>2</sup> Abogada egresada de la Universidad Nacional de La Plata, Especialista en Derecho de Familia (UNLP), ex docente de la cátedra de Familia y Sucesiones (UNLP). Coordinadora y disertante de distintos seminarios con relación a Derecho penal de Infancia y adopción (UNLP), docente titular de la cátedra de Sucesiones de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (sede Río Grande), secretaria de redacción de la Revista Jurídica del Poder Judicial de Tierra del Fuego, Prosecretaria de Cámara en el Poder Judicial de Tierra del Fuego.

<sup>3</sup> Texto según Ley 23.264.

## II. Planteo de la cuestión

El código civil ubica a la obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos menores de edad como derivada de las obligaciones del parentesco, en el artículo 367<sup>4</sup>.

Se establece en él un orden preferente para el reclamo de alimentos, por lo cual la acción deberá dirigirse contra quienes se encuentren en el primer orden, y sólo a falta o imposibilidad de ellos podrá demandarse al resto de los parientes<sup>5</sup>.

Asimismo la obligación alimentaría surge también de los artículos 19 y 32 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos<sup>6</sup>; y artículos 5<sup>7</sup> y 27<sup>8</sup> de la Convención de los derechos del Niños, al establecer que la familia está obligada a cubrir las necesidades de los menores que la integran.

Por último<sup>9</sup> la ley N° 26.061<sup>10</sup>, la cual tiene por objeto la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina<sup>11</sup>, imponiendo como obligatoria la aplicabilidad de la Convención sobre los Derechos del Niño y estableciendo que los derechos y garantías de las personas protegidas por ella son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles<sup>12</sup>, establece el alcance del interés superior del niño y un criterio interpretativo del

---

<sup>4</sup> “Los parientes por consanguinidad se deben alimentos en el orden siguiente: 1. Los ascendientes y descendientes. Entre ellos estarán obligados preferentemente los más próximos en grado y a igualdad de grados los que estén en mejores condiciones para proporcionarlos...”

<sup>5</sup> Así lo ha entendido la jurisprudencia en C. Nac. Civ. Sala A. 1/7/91, ED 143-235; ídem Sala F, 18/10/1.994, ED 164-107.

<sup>6</sup> La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) regula en el art. 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del estado; Y el artículo 32 reza: “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”.

<sup>7</sup> Dispone que: “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...”.

<sup>8</sup> Establece: 27.2 “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.; 27. 3 “...para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño...”; 27.4 “Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño...”.

<sup>9</sup> Sin perjuicio de otros instrumentos internacionales de jerarquía constitucional enunciados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, como así también lo establecido en el art. 36 y concordantes de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en concordancia con lo dispuesto en la ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños N° 13.298 y demás Constituciones y Leyes Locales.

<sup>10</sup> Sancionada el 28 de Septiembre de 2.005.

<sup>11</sup> Artículo 1º.

<sup>12</sup> Artículo 2º.

mismo al establecer en el artículo 3 *in fine* que: “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”. Hace referencia al fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes<sup>13</sup>, proclama que la comunidad tiene y debe, por motivos de solidaridad, ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de la infancia, pero según su artículo séptimo es la familia quien debe responder en forma prioritaria asegurando la efectivización plena de los derechos y garantías cuya titularidad ejercen los niños, niñas y adolescentes.

### III. Ponderación de las normas enunciadas precedentemente

De lo expuesto parecieran surgir dificultades hermenéuticas que ponen de manifiesto la necesidad de elaborar un basamento jurídico que permita determinar cuál es el carácter de la obligación alimentaria que se impone a los abuelos en favor de sus nietos menores de edad.

Al respecto se ha dicho que en relación al tema los mayores conflictos que se han suscitados en la doctrina y jurisprudencia nacionales giran en torno de dos cuestiones<sup>14</sup>: a) la extensión de la obligación alimentaria, y por ende la cuantía del monto de la cuota, debido a la distinción tradicional entre los alimentos derivados de la responsabilidad parental y aquellos nacidos del parentesco –tópico que no se analizará en el presente desarrollo-; y b) el carácter de la obligación alimentaria de los abuelos: *directa o subsidiaria*.

Oportunamente se han elaborado tradicionalmente dos posturas, bien diferenciadas<sup>15</sup> a las que CLAUDIO A. BELLUSCIO agrega una tercera posición intermedia.

En primer lugar se considera que la obligación de los abuelos es subsidiaria –o sucesiva- de la que incumbe a los progenitores, aun cuando se trate de menores de edad.

---

<sup>13</sup> Artículo 4º.

<sup>14</sup> GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, FAMA, MARÍA VICTORIA HERRERA, MARISA, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de la Familia. Comentada Anotada y Concordada, Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 163.

<sup>15</sup> BELLUSCIO, CLAUDIO A. Alimentos debidos a los menores de edad, García Alonso, Buenos Aires, 2.007.

El fundamento de la misma se encuentra en el principio de solidaridad familiar.

En tal sentido GUSTAVO BOSSERT<sup>16</sup> afirma, al igual que los doctores ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS Y EDUARDO G. ROVEDA<sup>17</sup>, que “la fuente de la obligación alimentaria es la ley que tiene como fundamento la solidaridad que debe existir entre los miembros de una familia, que permite al legislador establecer, fundado en ella, determinadas obligaciones civiles”.

Sostienen los autores<sup>18</sup> que en el caso en que se reclame a los abuelos por menores sujetos al régimen de la patria potestad, es necesario previamente acreditar la imposibilidad de los obligados principales, ello es, su padre y madre. Pues para que la acción de alimentos sea procedente debe cumplirse con los requisitos explícitos e implícitos del artículo 370 del Código Civil<sup>19</sup>.

Esta posición cuenta con el respaldo de lo establecido en el art. 367 del C.C., pues entre los ascendientes estarán preferentemente obligados quienes estén más próximos en grado, y, por lo tanto, siguiendo tal temperamento, los progenitores se encuentran obligados en forma prioritaria a los abuelos.

En ese sentido en un fallo de la Provincia de Buenos Aires<sup>20</sup> se ha sostenido que “la obligación alimentaria de los abuelos es de carácter subsidiario. Por consiguiente, la madre de los menores debe justificar que el padre de ellos se ve imposibilitado de cumplir con su deber y, además, la insuficiencia de sus propios recursos e imposibilidad de procurárselos para poder dirigir su reclamo contra aquellos. Entonces, los abuelos deben alimentos a sus nietos cuando faltaren el padre o la madre, o bien cuando a éstos no les fuera posible prestarlos”<sup>21</sup>.

El Superior Tribunal de Justicia de la Rioja<sup>22</sup> dispuso que “Resulta improcedente calificar de arbitraria a la sentencia que en una acción por

---

<sup>16</sup> BOSSERT, GUSTAVO A., Régimen jurídico de los alimentos, 2ª ed. Act. y Amp., Astrea. Buenos Aires, 2.004, pág. 269.

<sup>17</sup> FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL Y ROVEDA, EDUARDO G. Manual de Derecho de Familia. Editorial Lexis Nexis, 2.004. pág. 32.

<sup>18</sup> FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL Y ROVEDA, EDUARDO G. Obra citada, pág. 35.

<sup>19</sup> Artículo 370 del Código Civil: “El pariente que pida alimento, debe probar que le faltan los medios para alimentarse, y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuese la causa que lo hubiere reducido a tal estado.” Implícitamente debe probarse la capacidad económica del alimentante.

<sup>20</sup> CCiv. Y Com. Mar del Plata, Sala 2º, 28/3/06, publicado en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Lexis Nexis/Abeledo-Perro, Buenos Aires, 2007, Nº 2007-I, p. 93-97. En el mismo sentido: CNCiv., Sala C, 24/2/04, LL 2004-E-281.

<sup>21</sup> BELLUSCIO, CLAUDIO A., obra citada, pág. 304.

<sup>22</sup> STJ, La Rioja, 20/04/2006, “A. de T., E. del V. c/T., J. V.”.

alimentos determinó como demandado principal al padre de los menores y como accionado subsidiario al abuelo de aquellos, por cuanto si bien la actora demandó directamente a éste, no acreditó en debida forma el incumplimiento de la obligación por el progenitor y que esta circunstancia haya ocurrido en forma reiterada, ni demostró en qué radicaba la imposibilidad de aquel de satisfacer las necesidades de los niños, ni que careciera de medios económicos suficientes para cumplir con la prestación...”.

Asimismo se ha sostenido que: “...son los abuelos –ante el incumplimiento o imposibilidad de los padres- los sujetos responsables de proporcionar al niño una cuota alimentaria, que no sólo tome en cuenta sus necesidades físicas y orgánicas –subsistencia, habitación, vestuario y asistencia en las enfermedades, conf. El art. 372 del Cód. Civil-, sino también que garantice los medios tendientes a permitirle un desarrollo íntegro de su personalidad intelectual y espiritual en su hábitat social y cultural”<sup>23</sup>.

Otra rigidez en materia de obligación alimentaria de los abuelos la encontramos en la siguiente afirmación: “...aunque quien reclamara los alimentos para sus hijos careciere de medios económicos, si está en condiciones de obtenerlos con su trabajo, no procederá la fijación de una cuota alimentaria a cargo de los abuelos. Por ende, se sostiene que no basta con probar que los padres carecen de trabajo, sino que también debe acreditarse que por impedimentos físicos o psíquicos ambos están realmente imposibilitados de trabajar”<sup>24</sup>.

Para esta postura el hecho de tratarse de los alimentos debidos a los nietos menores de edad por parte de sus abuelos, no aparta a esta obligación del tinte condicional que le imprime la fuente derivada del parentesco. Pues “si bien la obligación alimentaria se encuentra potencialmente en cabeza de todos los parientes que la deben de acuerdo a la ley, sólo nace en forma efectiva para el más lejano cuando no existe pariente más cercano en condiciones de satisfacerla. Por eso se dice que es subsidiaria o sucesiva”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> CNCiv., Sala A, 1/7/91, “S. de P., A. A. c/ P., C.”, LL, 1991-D-358

<sup>24</sup> BOSSERT, GUSTAVO A., Régimen jurídico de los alimentos, 2ª ed. Act. y Amp., Astrea. Buenos Aires, 2.004, pág. 976.

<sup>25</sup> CNCiv. Sala G, 27/9/82, ED 101-635.

Por lo tanto, para esta corriente de opinión, la obligación alimentaria de los abuelos, procede cuando se ha demostrado la insuficiencia de los recursos del progenitor demandado<sup>26</sup> o el incumplimiento reiterado del progenitor que tenía establecida la cuota alimentaria<sup>27</sup>.

En ese caso, para esta posición ello debe de surgir de la acción que previamente se haya entablado contra el progenitor, mientras que para otra tal probanza puede ser producida dentro del proceso que se sigue contra los abuelos.

La postura contraria<sup>28</sup>, entiende que, a tenor de lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño la obligación alimentaria de los abuelos se ha transformado en directa –o, al menos, simultánea con la que incumbe al progenitor- en lo que respecta a sus nietos menores de edad.

Agrega esta posición doctrinaria que, la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño desplaza a la subsidiariedad establecida en el art. 367 del Cód. Civ., cuando de menores se trata<sup>29</sup>.

Al respecto el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia Nº 1, del Departamento Judicial Quilmes<sup>30</sup>, declaró la inconstitucionalidad parcial del art. 367 del Cód. Civ. en lo que a subsidiariedad se refiere afirmando que: “La incorporación con raigambre constitucional de la Convención de los Derechos del Niño –art. 75, inc. 22 CN- y las previsiones en ella contenidas en sus arts. 3, inc. 1 y 27 desplazan automáticamente la operatividad del art. 367, C. C., el cual no es oponible al niño titular del derecho fundamental y personalísimo que lo legitima a proponer directamente, no de modo sucesivo o subsidiario, la acción de alimentos contra sus abuelos, obligados sin más a su cumplimiento, una vez acreditados los requisitos de procedencia, ya que el rol de los abuelos se ha incrementado en los tiempos actuales hasta el punto de que en los hechos han asumido funciones paternas y una presencia y relación con los nietos más

---

<sup>26</sup> (CNCiv., Sala A, 10/3/94, LL, 1994-C-43.

<sup>27</sup> CNCiv., Sala G, 7/11/95, LL, 1996-B-202

<sup>28</sup> Sostenida por MORILLO, AUGUSTO M. Y MORILLO DE RAMÍREZ, MARÍA S. Y MÉNDEZ COSTA, MARÍA J., citados por BELLUSCIO, CLAUDIO A., obra citada, pág. 305.

<sup>29</sup> Éste, también es el criterio sustentado por Myriam M. Cataldi, citada por BELLUSCIO, Claudio A., obra citada, pág. 305.

<sup>30</sup> Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia de Quilmes, Nº1 18/4/07, “B., L.E. c/ C., D. y otra s/ Alimentos” Publicado íntegramente en “Derecho de Familia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nº 38, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2.007, pág. 218 y ss.

intensa y continua. Sin perjuicio de que existe un criterio generalizado de que la obligación alimentaria de los abuelos para con sus nietos surge a consecuencia de la imposibilidad de los padres para prestarla, no lo es menor que este concepto debe ceder cuando se den circunstancias especiales que denoten la necesidad de hacer primara la tutela de los derechos básicos de los niños. Debe declararse inaplicable parcialmente por inconstitucional el art. 367, inc. 1 del C. C., en cuanto establece una preferencia en la obligación alimentaria para los ascendientes más próximos en grado (padres) que implica una subsidiariedad en dicha obligación para los menos próximos en grado (abuelos) que se contraponen con las previsiones de los arts. 3, inc. 1 y 27, CDN., por los que no resulta oponible a la menor que reclama alimentos a sus abuelos maternos”.

Entre la doctrina que entiende que el reclamo contra los abuelos procede de manera directa respecto de los nietos menores de edad, se ha sustentado que tal postura se basa en lo que establece el segundo párrafo del art. 6º de la Convención citada: “Los estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño”<sup>31</sup>.

Dentro de este criterio doctrinario, se ha justificado<sup>32</sup> que el reclamo contra los abuelos pueda ser interpuesto de manera directa, a tenor que de los arts. 367 y 370 del C. C. no se infiere que el menor deba acreditar la insuficiencia de recursos de sus progenitores como condición para iniciar tal reclamación.

Es decir que, para esta postura, acreditado el caudal económico de los abuelos procederá sin más la acción contra aquellos.

Esta posición es la que ha sido sustentada por el Proyecto de Ley de la Comisión Federal de 1993 (arts. 317 y 319) y más específicamente por el Proyecto de la Comisión de Estudio del Régimen Procesal en Materia de Familia, cuyo art. 21 inc. a) dice: “Cuando se trate de alimentos reclamados con base en el régimen de la patria potestad, podrá demandarse simultáneamente su fijación contra los demás parientes que se encontraren legitimados pasivamente, de acuerdo con el derecho sustancial y la Convención sobre los Derechos del Niño”<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> MÍGUEZ, AGUSTÍN A., “La obligación alimentaria de los abuelos”, DJ, 1999-1-981.

<sup>32</sup> SOSA TORIBIO, E., “Obligación Alimentaria de los abuelos a favor del niño” (¿es subsidiaria?) DJ, 2004-I-691.

<sup>33</sup> Enunciado por BELLUSCIO, CLAUDIO A., obra citada, pág. 306.

Por su parte los doctores ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, MARÍA VICTORIA FAMÁ Y MARISA HERRERA<sup>34</sup> concuerdan en que si bien la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias se enrolan en la tesis restrictiva al considerar que la obligación alimentaria de los abuelos, desde su lugar de parientes, es subsidiaria, ello no debería trasladarse al ámbito procesal. Es decir, que si bien comparten la idea de que los abuelos, o demás parientes en el orden que corresponda, están por detrás de los padres en materia alimentaria, siendo ésta una de las obligaciones que se deriva de su función como principales cuidadores de sus hijos, ello no impediría que el mismo proceso se reclame al progenitor no conviviente y a sus ascendientes de manera conjunta en un marco probatorio común. Fundan lo argüido no sólo en el mejor interés del niño, sino también en otro soporte de índole constitucional: el derecho a una tutela efectiva, que se expresa en el plano infraconstitucional, en el principio de economía procesal<sup>35</sup>.

Por último el doctor Belluscio<sup>36</sup> sostiene, como se ha dicho y en coincidencia con el doctor NÉSTOR ELISEO SOLARI<sup>37</sup>, una posición intermedia la cual si bien es conteste con el carácter subsidiario de la obligación que le incumbe a los abuelos, a tenor de lo establecido en la CDN, señala que cuando los beneficiarios son menores de edad tal subsidiariedad debe estar desprovista de la exigencia de formalidades que desnaturalicen esa obligación.

Al respecto, dice SOLARI<sup>38</sup>: “En otras palabras, sin perjuicio de la observancia del orden de los obligados a la prestación alimentaria, debe evitarse el rigorismo formal, en cuanto a las pruebas y exigencias, para dar lugar al aspecto sustancial y primordial de la cuestión: las necesidades básicas del menor”.

Por ello, sostiene el autor<sup>39</sup> que no cabe exigir que se agoten una serie de actos procesales, si las propias circunstancias del caso demuestran que serían

---

<sup>34</sup> GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, FAMÁ, MARÍA, VICTORIA HERRERA, MARISA, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de la Familia. Comentada Anotada y Concordada, Ediar, Buenos Aires, 2007.

<sup>35</sup> Esta propuesta se ve reforzada luego de la sanción de la ley 26.061 y, en particular, del artículo en glosa, que resalta la responsabilidad primaria de la familia entendida en sentido amplio en el goce pleno, efectivo e integral de los derechos de niños y adolescentes. En GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, FAMÁ, MARÍA VICTORIA HERRERA, MARISA, obra citada, pág.164.

<sup>36</sup> Ídem anterior.

<sup>37</sup> SOLARI, NÉSTOR E.: Obligación alimentaria de los abuelos, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, N° 12, pág. 241 y ss.

<sup>38</sup> SOLARI, NÉSTOR E., obra citada, pág. 244.

<sup>39</sup> SOLARI, NÉSTOR E., obra citada, pág. 245.



inútiles, bastando con arrimar elementos a la causa que lleven a la convicción del juez, de que no existe otro remedio que hacer efectiva la obligación alimentaria que atañe a los abuelos.

Si bien el inc. 2º del art. 27 de la citada Convención estipula que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad de proporcionar –dentro de sus posibilidades económicas- las condiciones de vida que se reputen como necesarias para el desarrollo del niño, ello no se contrapone con la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos establecida en nuestro Código Civil, pero, lo que se debe evitar, afirman Belluscio y Solari, son las formalidades exacerbadas que hagan que tal obligación se diluya o que, al menos, no se cumpla con la urgencia que las necesidades alimentarias requieren, sobre todo cuando de menores de edad se trata<sup>40</sup>.

El carácter sucesivo, como principio, no puede ser interpretado en el sentido de que el pariente más próximo está obligado a todo y el último a nada, sino que tiene por intención lograr que haya una suerte de obligado principal y que sólo en el caso de que éste no pueda satisfacer total o parcialmente las necesidades de los alimentados, debe concurrir el posterior en ayuda de aquellos<sup>41</sup>.

#### **IV. Carácter constitucional del derecho alimentario**

El doctor BIDART CAMPOS<sup>42</sup> ha sostenido que toda la constitución (su primera parte más el resto del articulado) en común con los once instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional, entre los que se encuentra la Convención Sobre los Derechos del Niño -más los que la adquieren en el futuro-, componen un bloque que tiene una igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional.

Dentro de ese bloque no hay planos superiores ni planos inferiores, pues se da origen a una cúspide en la que todas sus normas se caracterizan por tener un idéntico nivel entre sí.

---

<sup>40</sup> BELLUSCIO, CLAUDIO A. Alimentos debidos a los menores de edad, García Alonso, Buenos Aires, 2.007, pág. 307.

<sup>41</sup> SOLARI, NÉSTOR E., obra citada, pág. 246.

<sup>42</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J. Manual de la Constitución Reformada, t I, cap. V, págs 333/372, ed Ediar S. A., 3º edición, marzo de 2.001.

Resulta palmario que el derecho del niño a ser “alimentado”<sup>43</sup> es un derecho constitucional, el cual debe ser protegido del derecho infraconstitucional que lo vulnere, declarando inconstitucional toda norma que en este sea infractoria de aquél.

Por los artículos 2 y 3 de la CDN el estado se constriñe a respetar los derechos enunciados en ella, a asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción y considerar primordialmente su interés superior.

Para CECILIA GROSMAN, el concepto del interés superior del niño representa el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que, resultará de su interés, toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño<sup>44</sup>.

Por otro lado se ha sostenido<sup>45</sup> que la Convención Sobre los Derechos del niño cumple la función de regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia<sup>46</sup>.

La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el niño. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. Esto significa que resultará en interés de éste toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos, y perjudicial aquellas que puedan vulnerarlos<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Considera la suscripta que comprende el concepto todo lo que sea necesario para garantizar a los niños un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual moral y social, más el arbitrio de todas las medidas que tiendan a colmarlos de amor a fin de intentar lograr su más completa felicidad.

<sup>44</sup> GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, FAMA, MARÍA VICTORIA HERRERA, MARISA, obra citada, pág. 45 tomo I.

<sup>45</sup> CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en Infancia, ley y democracia en América Latina, cit. p. 70, citado en GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, FAMA, MARÍA VICTORIA HERRERA, MARISA, obra citada, pág. 42 tomo I.

<sup>46</sup> En igual sentido se manifiestan CECILIA P. GROSMAN ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, MARÍA VICTORIA FAMA Y MARISA HERRERA.

<sup>47</sup> GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, FAMA, MARÍA VICTORIA HERRERA, MARISA, obra citada, pág. 42, Tomo I.

Argentina, al ratificar y prestar recepción a la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, se ha obligado a acatar su art. 27, en el que se define y reafirma que ningún estado parte puede invocar su derecho interno para incumplir un tratado.

Tradicionalmente, en el campo de lo jurídico, la familia ampliamente considerada comprende a todas las personas entre las cuales existe un vínculo jurídico derivado del parentesco o del matrimonio. No obstante lo cual, es de especial consideración el concepto constitucional de familia en el cual puede existir o no unidad doméstica<sup>48</sup>. Ello así porque no todos los miembros de la unidad son parientes, ni todos los miembros de la familia residen en el mismo hogar o unidad doméstica.

Por último el doctor EDUARDO CÁRDENAS ha manifestado el modo en que debe interpretarse la normativa del derecho en materia de infancia al referir que: “la Convención debe ser interpretada como un traslado del bien común familiar a un punto en que todos son beneficiarios (no sólo el niño) con el reconocimiento de que el niño también es persona y persona jurídicamente capaz, ya que debe tenerse en cuenta lo que él dice. La convención debe verse, entonces, como parte de un estatuto para la familia y no una ley contra la familia. Corresponderá, en consecuencia, que los operadores y las instituciones (también los jueces), comprendan que su accionar para defender la vigencia de los derechos del niño deberá hacerse siempre con la familia, a través de la familia, colaborando con ella. Y así, en la inmensa mayoría de los casos, los adultos terminan por comprender que los derechos de los niños conforman hoy en día el bien común de la familia. Los niños ya lo han entendido así”<sup>49</sup>.

## **V. Consideraciones Finales**

Puede concluirse que de conformidad con lo preceptuado en el art. 499 del Cód. Civil<sup>50</sup> y en concordancia con lo que ha esgrimido oportunamente el

---

<sup>48</sup> Enseñan WAINERMAN Y GELDSTEIN, citados en GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, FAMA, MARÍA VICTORIA HERRERA, MARISA, obra citada, pág. 70, tomo I.

<sup>49</sup> CÁRDENAS, EDUARDO J., “¿Niños versus adultos? Textos, contextos y pretextos para interpretar la Convención”, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 13, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 63.

<sup>50</sup> “No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”.

doctor Bossert<sup>51</sup>, la obligación alimentaria fundada en los vínculos de familia, no hace sino reconocer la existencia del deber moral de solidaridad existente entre parientes y cónyuges, para convertirlo en la obligación civil de prestar alimentos. De manera que la fuente de la obligación alimentaria, fundada en los vínculos de familia, es la ley.

En atención a su expresa consignación legislativa<sup>52</sup> es claro que dicha obligación encuentra fundamento también en el “orden público”<sup>53</sup>. Los principios en que los que descansa éste concepto, son aquellos que cada sociedad estima como fundamentales de su organización social.

Pues su regulación tiene el carácter de esencialidad, típica de una norma que no permite la incidencia de la voluntad de los individuos, es imperativa<sup>54</sup>.

En consecuencia, en dicho derecho-deber se halla interesada toda la comunidad, ergo, la prestación alimentaria es de interés social<sup>55</sup>.

De un primer análisis puede concluirse entonces que los alimentos debidos a los nietos menores de edad son una obligación impuesta por la ley, de efecto vinculante, alcanzada por el orden público y establecido en favor de la sociedad.

Ahora bien, definida la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades frente a la comunidad, debiendo cada integrante colaborar en la medida de sus posibilidades con el desarrollo de sus miembros<sup>56</sup>.

Por el carácter constitucional del concepto de familia, con la aquiescencia de la ley nacional de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y su decreto reglamentario 415/06<sup>57</sup> resulta protagónico y

---

<sup>51</sup> BOSSERT, GUSTAVO A., obra citada, pág. 2

<sup>52</sup> Artículo 2, segundo párrafo, de la ley 26.061.

<sup>53</sup> Definido por LLAMBIAS como “el conjunto de principios fundamentales en que se cimienta la organización social”. En Tratado de Derecho Civil, Parte General, T. I, págs. 15 y 156.

<sup>54</sup> En igual sentido lo ha manifestado Julio López del Carril en LOPEZ DEL CARRIL, JULIO J. Derecho y Obligación Alimentaria, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1981, pág. 80.

<sup>55</sup> Ídem

<sup>56</sup> SOLARI, NÉSTOR E., obra citada, 246.

<sup>57</sup> El cual al reglamentar el artículo séptimo incluye dentro del concepto de familia tanto a la nuclear, como a la ampliada o extensa y, aún, a otros miembros de la comunidad que representen para el niño vínculos significativos y afectivos en su historia personal como también en su desarrollo, asistencia y protección.

primordial el desempeño de todos los miembros de la familia para la concreción y protección de los derechos y garantías de las personas menores de edad.

Por ello, en virtud de la obligación de responder frente a las necesidades de la familia, en atención a la vulnerabilidad de la niñez y con el objeto de garantizar el ejercicio del derecho constitucional a la protección integral y al pleno desarrollo de los menores miembros de la familia, no podría considerarse desacertado ponderar a la obligación alimentaria de los abuelos como directa y complementaria de la de los padres hasta la cobertura máxima de todas las necesidades del niño.

No es aceptable en la actualidad señalar que el fundamento de la obligación alimentaria debida por los abuelos a sus nietos menores de edad radica en el principio de solidaridad familiar, entendido éste como medio para sortear la imposibilidad material y económica de los padres.

Su motivación está dada por la cualidad del sujeto titular, quien por su falta de madurez y por su alto grado de fragilidad se emplaza considerablemente en una desprotección natural.

En relación a lo expuesto se ha sostenido que “los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general. Tal como lo señala Cecilia Grosman, resulta esencial frente a las creencias y conductas sociales capaces de lesionar los derechos de quienes requieren un mayor amparo y resultan más vulnerables por su dependencia de los mayores<sup>58</sup>.

Por lo expuesto y tal como lo han afirmado AUGUSTO M. MORELLO, AUGUSTO Y MARÍA S. MORELLO DE RAMÍREZ<sup>59</sup>, no parece infundado interpretar que la regulación constitucional desplaza automáticamente la operatividad del art. 367 del Código Civil, el cual no es oponible al niño titular del derecho fundamental y personalísimo que lo legitima a proponer directamente –no de modo sucesivo o subsidiario- la acción de alimentos contra sus abuelos, obligados sin más a su cumplimiento, una vez acreditados los requisitos de procedencia.

---

<sup>58</sup> GROSMAN, CECILIA P., citada por GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, FAMA, MARÍA VICTORIA HERRERA, MARISA, obra citada, pág. 42 tomo I.

<sup>59</sup> MORELLO, AUGUSTO M. Y MORELLO DE RAMIREZ, MARÍA S., “La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los Derechos del Niño”, JA, 1998-IV-1095.976.

Se concluye que debería sólo probarse la solvencia de los abuelos maternos y paternos, quienes juntamente con los progenitores de los niños se hallan obligados directamente a garantizar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad en pro de su bienestar.

Sin perjuicio de lo expuesto es dable destacar una idea manifestada antes de la reforma constitucional de 1994. En efecto, la doctora CECILIA GROSMAN<sup>60</sup> ha considerado “que la Convención Sobre los Derechos del Niño, al ser aprobada por una ley (23849), hace que su contenido tenga ejecutoriedad y derogue normas precedentes que podrían contradecirlo. La Convención, como cualquier otro tratado internacional celebrado por nuestro país, prevalece sobre el derecho vigente por ser la última expresión de la voluntad normativa del Estado. Es decir, los derechos consagrados en la Convención no son programáticos, aspiraciones a lograr, sino operativos. Si hay colisión de normas, la ley posterior prima sobre la anterior. De no ser así –a su entender-, tales derechos tendrían carácter abstracto y carecerían de vigencia hasta tanto el Estado Parte no los incorpore expresamente al derecho positivo. De esta manera, quedaría al arbitrio de cada país el cumplimiento del compromiso contraído”.

Finalmente, si bien es importante contar con normas desprovistas de ambigüedad y correctamente delimitadas en cuanto a su aplicabilidad, más importante aún es la interpretación que de ellas se haga, toda vez que: “La ley, la Constitución, el gobierno, son palabras vacías, si no se reducen a hechos por la mano del juez, que, en último resultado, es quien los hace ser realidad o mentira”<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> GROSMAN, CECILIA P. “Significado de la Convención de los Derechos del Niños en las relaciones de familia” LL, 1993-B-1091. Citada por Néstor Solari en SOLARI, Néstor Eliseo, “La Niñez y sus Nuevos Paradigmas.” La Ley. Buenos Aires. 2002. pág. 29.

<sup>61</sup> ALBERDI, JUAN BAUTISTA, obra citada, pág. 74.