

Una intersección compleja: Ancianidad, abuelidad¹ y Derecho de Familia (A tough intersection: Elderly, Grandparenting and Family Law)

CECILIA P. GROSMAN*
MARISA HERRERA*

"Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe siempre tender a mantenerla".

Jean Jacques Rousseau

Abstract

This paper intends to address the main legal relationships between elders' law and family law. Both study areas encompass the figure of grandparents, their role, as well as their relationship with the other members of the family.

With this framework we will address matters related to grandparents playing the role of temporary caregivers as well as main guardians. The different roles will be

¹ Según uno de los diccionarios contemporáneos que más se consultan en estos tiempos de la cibernética, el llamado *Wikipedia*: "La noción de 'abuelidad' y principalmente, la precisión del vínculo y la importancia social de las relaciones entre abuelos y nietos, es un fenómeno relativamente reciente, ligado al desarrollo de la gerontología y los derechos de los ancianos, así como al fenómeno de alargamiento de la vida humana y de la noción de "tercera edad". A los fines de definir el término en español, la Dra. Redler, introductora del mismo, consultó en 1981, con la Academia Argentina de Letras, sobre la posibilidad de utilizar "abuelidad" o "abuelitud", considerándose más adecuada la primera". Asimismo, se agrega que el concepto de "abuelidad" se habría consolidado como noción social en el marco de la lucha contra el terrorismo de Estado y las personas desaparecidas durante la última dictadura militar en Argentina por parte de las Abuelas de Plaza de Mayo en su doble condición de madres-abuelas de hijas o nueras embarazadas o secuestradas-desaparecidas junto a sus hijos pequeños. En este marco centrado en la "búsqueda" y la "verdad", se habla del "índice de abuelidad" para saber si ciertas personas son, efectivamente, aquellos que nacieron en cautiverio y posteriormente, fueron apropiadas por los propios represores u otras personas (<http://es.wikipedia.org/wiki/Abuelidad>, Acceso 24 enero 2010).

* Doctora en Derecho, UBA (Universidad de Buenos Aires). Profesora titular Consulta de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Investigadora Superior del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas); Directora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Directora de la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia que edita la editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, grosmancecilia@speedy.com.ar

* Doctora en Derecho, UBA (Universidad de Buenos Aires). Investigadora del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas). Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y Coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA. Profesora de la materia "Derecho de Familia y Sucesiones", Facultad de Derecho, UBA y Titular de la materia "Derecho de Familia", Universidad de Palermo. Secretaria Académica de la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia que edita la editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. marisaherrera@fibertel.com.ar

an answer to family situations. In response grandparents will in some cases complement and in others substitute parents in their parental responsibility.

At the same time the proposed legal approach will deal with the subsidiary nature of the support obligation between grandparents and grandchildren.

The human rights perspective includes a broader reading of the Children Rights Convention (article 27) when analyzing the referred support obligation. This reading is also applied to analyze the visiting conflicts which arise when parent(s) deny the relationship between grandparents and their children.

What does the law say about these conflicts? Which should be a more appropriate legislative solution according to the best interest principle? Which is the role of law operators? What space should be recognized to interdiscipline and mediation?

These are the main themes addressed in this essay.

Key words

Elderly; Grandparents; Family Law

Resumen

En este trabajo se intenta profundizar sobre las principales relaciones jurídicas que se entretienen entre la ancianidad y el derecho de familia. Básicamente, el punto de intersección entre ambos espacios temáticos gira en torno a la figura de los abuelos y los diferentes roles y relaciones jurídicas que nacen con los demás integrantes de una familia. En este marco, se abordarán cuestiones relativas a los abuelos como cuidadores de sus nietos, ya sea aquellos que se quedan a cargo de ellos de manera temporal como definitiva a través de las figuras de la guarda, tutela o acogimiento según la complejidad de la situación familiar que se trate; siendo uno de los conflictos que se genera la disyuntiva acerca de la sustitución o complementariedad de los abuelos en el campo de la responsabilidad parental que titularizan los padres.

Otro de los vínculos jurídicos que se desprende de la relación entre abuelos y nietos se refiere a la obligación alimentaria de los primeros, el carácter que le concede la ley de tipo subsidiaria y su compatibilidad con el derecho alimentario como derecho humano tal como lo asevera el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La tercera cuestión que aquí se analiza desde la obligada doctrina internacional de los derechos humanos y que involucra a abuelos y nietos, es el derecho de comunicación entre ambos y, en especial, los conflictos que se generan cuando los padres o uno de ellos impiden, entorpecen o restringen la relación afectiva entre los dos primeros.

¿Qué dice y qué debería decir la ley sobre estos conflictos? ¿Cuál sería la postura legislativa más acorde con el principio rector del "interés superior del niño", eje para dilucidar todas las disyuntivas que afectan a niños, niñas y adolescentes? ¿Cuál es el rol y/o los aportes que pueden realizar los operadores del derecho? ¿Qué espacio se le debería reconocer a la interdisciplina como así también, a la mediación?

Estos son los principales ejes temáticos que se abordan en este ensayo.

Palabras clave

Ancianidad; Abuelos; Derecho de Familia

Índice

1. Palabras de apertura	4
2. Los adultos mayores en el momento histórico actual.....	6
2.1. La designación como punto de partida contra la discriminación	6
2.2. La discriminación por dentro	7
3. El "ser" de los adultos mayores y de los abuelos	8
3.1. Aspectos sociológicos	8
3.2. Aspectos psicológicos y médicos.....	9
4. El "deber ser" de los adultos mayores en la legislación internacional, regional y nacional	10
4.1. Consideraciones Preliminares.....	10
4.2. La protección genérica de los adultos mayores en la legislación internacional, regional y comparada	10
4.3. El reconocimiento de la relación entre abuelos y nietos en la legislación internacional y nacional.....	12
4.3.1. El cuidado y la comunicación entre abuelos y nietos como elementos a ser preservados	12
4.3.2. La obligación alimentaria y su reconocimiento constitucional.....	13
5. Una relación familiar significativa desde lo social y desde lo jurídico: De abuelos y de nietos	14
5.1. Importancia de la relación para el Derecho de Familia	14
5.2. La crianza y cuidado de los nietos por sus abuelos	15
5.3. El derecho de comunicación entre abuelos y nietos	18
5.4. La obligación alimentaria de los abuelos a favor de sus nietos	21
5.5. Los abuelos y nietos "afines"	24
6. Breves palabras de cierre.....	25
Bibliografía	26

1. Palabras de apertura

En el marco de un taller y posterior publicación tendiente a profundizar las alianzas e interacciones que se entretienen entre las nociones de Ancianidad, Derechos Humanos y Calidad de vida, este ensayo aborda una especial relación humana: el vínculo entre abuelos y nietos en los albores del siglo XXI. En particular, los vínculos jurídico-sociales que se derivan de esta comunicación intergeneracional, o en palabras de Dabove, de carácter "multigeneracionismo" (Dabove 2008, p. 39 y ss). entendiéndolo como un fenómeno que se observa en la sociedad actual, y que implica la coexistencia de varias generaciones de personas constitutivas de una misma familia que tiene su incidencia en diversos aspectos familiares y que aquí pretendemos indagar.

¿Por qué este interés en ahondar sobre los aspectos jurídicos que emanan de los lazos entre abuelos y nietos? Tal como lo destacan dos psicólogas argentinas -Husni y Rivas- que han analizado en profundidad determinados conflictos que se desarrollan en la práctica judicial como el impedimento o dificultad de contacto entre abuelos y nietos: "(...) *el funcionamiento de un vínculo -el de abuelo/nietos sumamente complejo (...) ha sido poco estudiado, cuyas interacciones y afectos, sin embargo, pueden llegar a condicionar el acontecer de toda estructura familiar*" (Husni, Rivas 2007, p. 149). Esta falta de estudio y consecuente invisibilidad en el campo jurídico -salvo algunas excepciones- como así también, la especialidad que presenta esta relación en el marco de una realidad donde éste lazo tiende a estar cada vez más presente por diversas razones, que luego explicitaremos, despiertan y motorizan el interés por este tema.

En palabras nuevamente de Husni y Rivas (2007), se intenta desde la perspectiva jurídica lograr una "abuelidad saludable", donde todos los integrantes de este vínculo -que también involucra a los progenitores- se sientan "escuchados" por el Derecho y tengan un espacio propio en el Derecho de Familia.

En este contexto, nos proponemos analizar, a modo de cimientos para un estudio más integral dentro del vasto campo del Derecho de Familia que se encuentra en un claro momento de expansión y transformación² por incidencia de los Derechos Humanos³, los diferentes conflictos jurídicos que despierta el vínculo entre abuelos y nietos.

De este modo, se analizarán ciertas cuestiones relativas a los abuelos como cuidadores de los nietos, ya sea de manera temporal como definitiva a través de diferentes figuras de interés para el derecho civil como ser la guarda de hecho, la

² A modo de síntesis de esta etapa que, en buena hora, incide y modifica la estructura tradicional del derecho de familia, ampliándola y complejizándola de manera elocuente, cabe traer a colación algunas ideas expresadas por el brasileño Marco Tulio de Carvalho Rocha, quien ha realizado un interesantísimo estudio histórico-político-social acerca del concepto de familia y su incidencia en plano jurídico. En esta obra se afirma que "El dato más relevante del Derecho de Familia contemporáneo fue la 'virada principiologica' (sic) mediante el cual la exclusividad del casamiento como forma de familia jurídicamente reconocida y la supremacía marital fueron sustituidos por la pluralidad de las formas de familia, por la igualdad de los cónyuges y de los hijos y por la primacía de los intereses de éstos". Agregando de manera terminante que "Sobre esto hay razonable consenso" (Rocha 2009, p. 91).

³ Como se ha expresado: "La proliferación o expansión de los derechos es un hecho social que se origina al término de la segunda guerra mundial. Desde entonces, la preocupación por lograr una protección adecuada y eficiente de ciertos valores humanos ha llevado a los Estados, organismos internacionales y a organizaciones sociales a una lucha por el reconocimiento, garantía e implementación de los llamados derechos humanos. Esta preocupación ha generado declaraciones, pactos, tratados e instituciones internacionales, así como legislación interna e instituciones domésticas relacionadas con los derechos. Como dijera Bobbio, los derechos han pasado de una etapa de reconocimiento abstracto a su concreción y positivación nacional e internacional" (Parceros Cruz 2007, p. 13). Este efecto expansivo no ha sido ajeno al Derecho de Familia.

guarda judicial, la tutela o el acogimiento⁴ según la situación familiar de que se trate.

Otro de los ejes temáticos que se derivan de la intersección entre abuelos y nietos desde el Derecho de Familia, gira en torno a la obligación alimentaria de los primeros, el carácter que le concede la ley de tipo subsidiaria y su compatibilidad o no con el derecho alimentario como derecho humano, tal como lo asevera el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento normativo supremo en todo lo referido a los derechos de niños, niñas y adolescentes, tal como lo expresa el art. 75 inciso 22 de la Constitución argentina.

La tercera cuestión a ser revisada desde la obligada doctrina internacional de los derechos humanos y que involucra de manera directa a la relación entre abuelos y nietos, es el derecho de comunicación entre ambos, conflicto que se desata cuando ambos padres o uno de ellos impiden, entorpecen o restringen el lazo afectivo entre los dos primeros.

La cuarta y última consideración que se vislumbra en la intersección temática en análisis, involucra a la llamada "familia ensamblada", o sea, aquella "que se constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior"⁵

En este contexto signado por el pluralismo como uno de los elementos básicos de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que defiende y promueve un concepto constitucional de familia de carácter "amplio"⁶, extendido a todas las diferentes formas de vivir en familia, es que resulta pertinente dedicar un breve espacio a las relaciones afectivas y jurídicas que debieran ser reconocidas a los padres de quien es o ha sido pareja del progenitor de los niños y han mantenido vínculos significativos con éstos. En otras palabras, y apoyando la consolidación de términos positivos, nos referimos a los abuelos "afines" en paralelo con las nociones de madre o padre afín en vez de los conceptos perimidos de "madrastra", "padrastra" e "hijastro"⁷.

Otros aspectos importantes a considerar son: ¿Qué dice y qué debería decir la ley sobre estos conflictos sociales a la luz de los Derechos Humanos? A saber: ¿Cómo juega aquí el principio rector del interés superior y dentro de éste, el de capacidad o autonomía progresiva de los nietos⁸? ¿Cuál es el rol y/o los aportes que pueden realizar los operadores del derecho? ¿Qué espacio se le debería reconocer a la interdisciplina como así también, a la mediación?

En nuestra opinión, un estudio serio sobre estas cuestiones no puede ser ajeno a la realidad en la cual están inmersos los abuelos y los nietos y también, como veremos, los progenitores. En otras palabras, todo análisis debe tomar como punto de partida -y también de llegada- la perspectiva sociojurídica que está detrás de las principales cuestiones que atañen al Derecho de Familia. Precisamente, por tratarse de un ámbito o rama del Derecho cercano a las transformaciones sociales. En este sentido, cabe preguntarse cómo incide la mayor perspectiva de vida de las personas, la mas amplia inserción de la mujer en el mercado laboral (madres que trabajan, e incluso abuelas y abuelos que continúan activos en el plano laboral), el reconocimiento de una mayor autonomía progresiva de niños y adolescentes y, por

⁴ Dejamos de lado el instituto de la adopción, al entender que esta figura no cabría para la relación entre abuelos y nietos. Si bien algunas legislaciones o posturas doctrinarias bregan por su extensión a los supuestos de niños criados por sus abuelos (Herrera 2006, pp. 319 y ss).

⁵ En los últimos años la doctrina especializada en nuestro país le ha dado un mayor espacio en sus estudios a este tipo de organización familiar (Grosman Martínez Alcorta 2000, p. 42).

⁶ Para profundizar sobre esta cuestión central en el derecho de familia contemporáneo, recomendamos compulsar Gil Domínguez, Famá, Herrera 2006).

⁷ Todas estas cuestiones terminológicas serán retomadas en el apartado dedicado al tema.

⁸ Para profundizar sobre este tema en torno a la capacidad o autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, recomendamos compulsar Grosman (2007, p. 130 y ss.); Grosman Herrera 2009, pp. 39 y ss); Herrera, Minyersky 2006pp. 43 y ss.) y Herrera (2009, p. 107 y ss).

ende, la posibilidad de que éstos mantengan vínculos afectivos de manera individual o por fuera de la "potestad" de los padres, por citar algunas de las principales consideraciones fácticas que inciden y moldean de una manera distinta las relaciones entre abuelos y nietos en la actualidad.

De este modo, estamos convencidas que estructuras familiares bien diferentes a las que habrían guiado las legislaciones civiles tradicionales, merecen una revisión crítica sincera y oportuna con el objeto de continuar con esta trascendental lucha por acortar la brecha existente entre Derecho y Realidad. Es que, como bien se ha expresado: "*La práctica jurídica también produce enraizamiento: el ruedo jurídico tiene cierta cohesión e inercia, lo cual significa que la práctica jurídica por lo general –extensiva a nuestro entender a la ley- va a la zaga de las prácticas sociales cotidianas y constituye un dominio que requiere destreza para una interpretación en ambos sentidos. Por otra parte, los grandes cambios en las relaciones dentro de la vida social cotidiana afectan las definiciones y las prácticas jurídicas*" (Zelizer 2009, p. 77)..

En suma, transformaciones sociales y Derecho de Familia desde los Derechos Humanos es el eje central que impulsa este trabajo, para lo cual hemos tomado el desarrollo del lazo entre abuelos y nietos como disparador para llevar adelante este ejercicio deconstructivo- reconstructivo obligado que debemos seguir los operadores del derecho comprometidos con los conflictos contemporáneos.

Por ello, como punto de partida, dedicaremos un breve espacio destinado a ofrecer un panorama sobre la realidad actual de los adultos mayores, visión indispensable pues incide en los diversos aspectos de nuestro abordaje específico.

2. Los adultos mayores en el momento histórico actual

2.1. La designación como punto de partida contra la discriminación

Nos parece importante a modo de puntapié inicial, ahondar sobre el concepto que empleamos en este ensayo. Al respecto, cabe destacar que descartamos las expresiones de "viejo" o "anciano", al entender que conllevan una connotación peyorativa en la sociedad actual (Lloveras, Salomón 2009, p. 478). Sucede que el peso de las representaciones sociales no es una cuestión menor. Ello alienta la búsqueda de términos que no representen una imagen desvalorizada para no seguir apoyando una visión de fragilidad y minusvalía. De esta manera, la intención de lograr el lugar simbólico adecuado ha llevado a una multiplicidad de propuestas, en reemplazo de la voz "ancianos" como: "*la tercera edad, seniles, senectud, gerontes, veteranos, seniors, grandes, jubilados, experimentados, de edad madura, de la clase pasiva, entre otros*" (Gewürzmann 2008, p. 55). Las Naciones Unidas emplea la expresión "*personas de edad avanzada*". Por su parte, cabe destacar que en el campo de la bioética la denominación más utilizada es la de "*adultos mayores*" (Bottini 2008, p. 1 y ss).

De todos estos términos hemos preferido este último, el de "*adulto/s mayor/es*" o "*persona/s mayor/es*". Somos conscientes que estas designaciones no definen con exactitud la parte del sector social que se pretende describir, ya que todas las personas que traspasan el período de la minoridad son mayores, y por lo tanto, se debería decir "personas muy mayores" o "más mayores" para diferenciarlos del común de los mayores de edad (Blázquez Martín 2006, p. 9). Pero pese a esta objeción que se podría hacer desde la perspectiva jurídica, en la sociedad todo el mundo tiene plena conciencia de lo que se habla cuando aludimos a las "personas o adultos mayores", por lo cual atendemos al uso y representación social que se le da al término por sobre el aspecto "técnico-jurídico".

2.2. La discriminación por dentro

Relacionado con el concepto y la complejidad en sí que presenta este campo temático de los adultos mayores en general, es necesario aludir a una cuestión que está detrás de los adultos mayores (como de otros tantos sectores o grupos sociales): nos referimos a la discriminación por acción o por omisión que sufren.

Es sabido que la discriminación vulnera los derechos de las personas conduciéndolas a un estado de exclusión o marginación social. Nada refleja con mayor dramatismo que una frase de Friedrich Hayek recordada por Aída Kemelmajer de Carlucci en alguna oportunidad: "*Beneficiaría al conjunto del género humano que los seres de mayor capacidad productiva fueran atendidos con preferencia, dejándose de lado a los ancianos e incurables*" (Kemelmajer de Carlucci 2006, p. 633 y ss).

Al mismo tiempo, en sentido positivo, se observan con mayor presencia las distintas herramientas de discriminación inversa que se expresan en políticas públicas destinadas a esta población por parte del Estado (Dabove 2009, pp. 13-46). En todo Estado Constitucional de Derecho, todas las personas deben gozar de la libertad y la igualdad *en la mayor medida posible*. Y los límites que el Estado quiera imponer a la libertad o la igualdad de una persona deben estar justificados en una razón válida y razonable (Alexy 1993, pp. 82-87.).

Se ha advertido que el término discriminación tiene una connotación negativa en el uso habitual, en tanto se trata de la exclusión de una persona por pertenecer a determinado sector⁹. Pero además, tiene otra acepción que da cuenta del reconocimiento de una diferencia. Todos somos iguales pero sólo en cuanto a nuestros derechos. A partir de allí somos todos diferentes. Y en algunos casos, ignorar las diferencias implica imposibilitarle a ciertas personas acceder a sus derechos: el mismo asiento de avión para los obesos, el mismo acceso para quienes no caminan, las mismas condiciones de interacción para quienes tienen sus fuerzas limitadas (Gewürzmann 2008). Esto significa la necesidad de comportamientos y acciones positivas para lograr la efectiva concreción de la igualdad, o sea, los poderes públicos (cada uno de los poderes del Estado según sus funciones y competencias) deben crear los mecanismos para que esta igualdad formal se transforme en igualdad de oportunidades y trato (Gerosa Lewis 2004, p. 143).

Respecto del adulto mayor, hay que reconocerlo como una persona igual al otro pero a la vez, distinto que le permita su participación en la familia y la sociedad (Dabove 2000, pp. 17-23). Bobbio señala que la descalificación social de la persona mayor no existía en las sociedades tradicionales, donde el "viejo" era absolutamente valioso pues encerraba en sí el patrimonio cultural de la comunidad, "*sabe por experiencia lo que otros no saben aún y necesitan aprender de él*" (Bobbio 1991, p. 27 y ss). También en la sociedad actual- señala este autor- se iría consolidando, en buena hora, la posición y especialidad del adulto mayor "*con el devenir del 'tiempo de los derechos' y la creciente conciencia del pluralismo jurídico*" (Bobbio 1991).

En este contexto, uno de los principales objetivos que pretendemos alcanzar en este trabajo cuando se trata de la relación entre abuelos y nietos, consiste en repensar en qué sentido la ley, como los jueces a través de sus sentencias y la interpretación normativa pueden procurar acortar la brecha entre Derecho y Realidad. Siempre teniéndose en cuenta, desde la idea de "prevención", que el rol de los gobiernos a través de acciones positivas- previstas en nuestro país de

⁹ Tal como lo expresa Roberto Saba (2008, p. 704): "*Desde 1875 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recurrido al principio de razonabilidad para reconocer los tratos diferentes permitidos y diferenciarlos de los prohibidos, y así asignar significado al art. 16. Según el tribunal, este principio exige que el criterio escogido por el Estado (en actos propios o en regulaciones que obliguen a particulares), si aspira a concretar distinciones válidas (constitucionales), debe guardar una relación de funcionalidad con el fin buscado al realizar esa acción o al establecer la regulación*".

manera expresa en el art. 75 inciso 23 de la Constitución Argentina- constituye un pilar para la efectiva satisfacción de los derechos humanos de todas las personas, y en particular cuando se trata de adultos mayores¹⁰. De este modo, la responsabilidad familiar como estatal hacia los adultos mayores en la Argentina tiene un basamento constitucional. Se trata de alcanzar una igualdad real y no meramente teórica, dogmática o simplista.

3. El "ser" de los adultos mayores y de los abuelos

3.1. Aspectos sociológicos

Continuando con la orientación socio-jurídica de trabajos anteriores donde se han analizado las diferentes articulaciones del derecho de familia con la realidad social, en este apartado expondremos brevemente algunas consideraciones en torno a los adultos mayores y dentro de las diferentes relaciones familiares que éstos entretejen, aquella focalizada en el vínculo entre abuelos y nietos.

La atención puesta en los adultos mayores ha sido juzgado como un fenómeno nuevo e importante, a tal punto que las Naciones Unidas lo han catalogado como una verdadera "revolución silenciosa", pues invierte la tendencia demográfica histórica y natural, ya que se da por hecho que las personas mayores de 60 años superarán en número a los menores de 14 años (Blázquez Martín 2006, p. 18)¹¹, y ello confluye con una tendencia global a la disminución de la tasa de fecundidad y el consecuente aumento de la población adulta mayor. Por otra parte, el desarrollo del avance científico y -dentro de éste- el de la medicina, ha traído como consecuencia que la perspectiva de vida se extienda cada vez más. En el caso de América Latina, las proyecciones muestran como la población adulta mayor aumentará aceleradamente como consecuencia de la transición demográfica. Hoy en la región viven más de 50 millones de personas de más de 65 años de edad y se espera que para el año 2025 esta cifra se duplique (CELADE/UNFPA; 2006). Los datos proporcionados por la CEPAL en su "Anuario Estadístico de América Latina y el Caribe 2007" (2008), indica que la esperanza de vida al nacer, en nuestro país, entre los años 1995-2000 era de 73,2 años, entre los años 2000-2005, 74,3, entre los años 2005-2010, 75,2, para los años 2010-2015 sería de 76,1 y entre los años 2015-2020, de 80 años.

De acuerdo con datos del Censo Nacional de Población del año 2010 de la Argentina¹², las personas de más de 60 años representaban el 14,3% de la población total, de los cuales el 57,5% son mujeres y el 42,5% varones. En el caso de las personas de 75 años y más, alcanzaban en el 2001 a 1.795.690, o sea, el 31,4% de la población de 60 y más, de los cuales 64% son mujeres y el 36% varones (Pautassi 2008, p. 111 y ss).

A escala mundial, se asevera que "Un estudio de la Universidad de Dinamarca y el Instituto Max Planck de Alemania asegura que el 50% de los chicos nacidos en 2000 en el primer mundo vivirán 100 años, y el 75%, 75 años". Asimismo, que en el mundo son 340.000 las personas mayores de 100 años" (Diario Clarín 2010, 00. 38-39).

En suma, fácil se puede observar que la cuestión de los adultos mayores desde el aspecto cuantitativo merece una atención especial por parte de todos los estudiosos de los cambios y transformaciones sociales, no estando los operadores del derecho

¹⁰ Reza este articulado que uno de los tantos objetivos del Congreso de la Nación consiste en "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los **ancianos** y las personas con discapacidad" (el resaltado nos pertenece).

¹¹ Además, ver datos de la oficina demográfica UN, 2005.

¹² Datos según el último censo realizado en el año 2010 cuyos primeros datos ya están a disposición e la página web del INDEC en <http://www.indec.mecon.ar/webcenso/index.asp>.

ajenos a este desarrollo, incluidos los que pertenecemos o presentamos un mayor acercamiento al Derecho de Familia. Así, lo "numéricamente" significativo implica, de por sí, ser "socialmente" importante y consigo, "jurídicamente" relevante.

3.2. Aspectos psicológicos y médicos

Una cuestión que es necesario dejar aclarado y que también incide de manera directa en los adultos mayores y sus implicancias en el campo del Derecho y, dentro de éste, en la relación entre abuelos y nietos, se refiere a la confusión –y así la importancia de discernir- entre vejez y salud mental¹³.

Justamente, este tema fue abordado de manera satisfactoria en un precedente dictado por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín en fecha 22/09/2009. En esta oportunidad, se decretó la improcedencia de la solicitud de inhabilitación –que en el derecho argentino está previsto en art. 152 bis del Código Civil-, al entender que en el caso se trataba de una persona con un estado de ancianidad normal respecto al deterioro físico típico de una persona añosa, pero sin haber desarrollado un estado de demencia en sentido físico y jurídico, y por lo tanto, que la persona era un individuo hábil para el ejercicio de su capacidad sin producir daños a su persona ni a su patrimonio. Uno de los argumentos centrales para la resolución del caso fue la siguiente diferencia que advirtió el tribunal al afirmar que *"no es lo mismo senectud o senilidad (estado fisiológico) que demencia senil (estado patológico) que precisa una demostración terminante"*¹⁴. En otro proceso se aseveró que la ancianidad, como proceso fisiológico normal *"no excluye la salud, por lo que no puede entenderse que no gozan de ella personas en quienes la ciencia médica no registra modos de ser anormales en relación a su edad, máxime si no se demuestra el elemento jurídico determinante de la restricción a la capacidad"*¹⁵.

Esta distinción es una clara y sana observación de la realidad, compartida por la doctrina como por la jurisprudencia. Es que la práctica nos permite ver que en virtud a la mayor fragilidad que presentan algunos adultos mayores, éstos son ubicados como personas incapaces por sus familiares lesionando su independencia y sus derechos; cuando en realidad, pudieron haber sufrido algunos cambios pero que no les impide tomar decisiones. Es decir, se equipara la edad avanzada con la enfermedad y ello condiciona la mirada de quienes rodean a los adultos mayores (Méndez Costa 2005, p. 203; Ugarte 2008, p.143 y ss). A su vez, es indudable que esta incompreensión sobre el verdadero estado de salud de la persona mayor por parte del entorno familiar podría constituir una situación de maltrato.

Esta línea jurisprudencial y doctrinaria sigue los criterios esgrimidos por Organización Mundial de la Salud, al afirmar que la situación del anciano no admite identificación con la "minusvalidez", atento a que ésta importa una desventaja que limita o impide a una persona el cumplimiento de una función, ni tampoco como una "deficiencia" en el sentido de pérdida de normalidad, ni menos un supuesto de discapacidad.

Nos ha interesado marcar la diferencia entre ancianidad, de aquellas personas que junto a su avanzada edad, también presentan problemas de salud mental, porque uno de los temas sobre el cual centraremos la atención es el caso de los "abuelos cuidadores" en las diversas situaciones fácticas donde los nietos deben quedarse a cargo de uno o ambos abuelos de la misma rama y su impacto o tratamiento en el campo jurídico.

¹³ Para profundizar sobre esta importante distinción, recomendamos compulsar Famá, Herrera, Pagano (2008, p. 322 y ss).

¹⁴ Fallo comentado por Diana (2010, pp. 75 y ss.).

¹⁵ CNCiv., Sala A, 21/10/93

4. El "deber ser" de los adultos mayores en la legislación internacional, regional y nacional

4.1. Consideraciones Preliminares

Centrados en el plano legislativo, a nivel internacional como regional, se advierten normativas específicas referidas a los adultos mayores y, en lo que se refiere al particular lazo entre abuelos y nietos se observan preceptos propios en aquellos instrumentos jurídicos destinados a regular los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Por esta razón, conocer y delimitar las leyes dedicadas al tema en estudio implica referirse a las normas más generales atinentes los adultos mayores y las correspondientes acciones positivas hacia este grupo social pues todas ellas inciden profundamente en la consideración de la figura del abuelo y sus relaciones con los nietos

4.2. La protección genérica de los adultos mayores en la legislación internacional, regional y comparada

En este apartado sólo enunciaremos algunas de las normativas más importantes y sus contenidos substanciales. El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (art.14) del 17/11/1988 nos dice que "*Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal sentido, los Estados partes se comprometen a adoptar de **manera progresiva** las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica*"¹⁶. Entre tales acciones, el documento alude a la ejecución de programas laborales específicos destinados a conceder a los adultos mayores la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades, vocación o deseos

Asimismo, se ha sostenido en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social realizada en Copenhague en 1995 que el "envejecimiento" debe ser planteado como un fenómeno que se extiende a lo largo de toda la vida y que, por lo tanto, su tratamiento "*incumbe a toda la sociedad, no exclusivamente a las personas en edad avanzada. O sea, "una sociedad para todos"*, en la que cada persona, con sus propios derechos y responsabilidades, tenga una función activa que desempeñar (Blázquez Martín 2006, p. 21). También la Organización Mundial de la Salud (OMS) sigue esta misma línea cuando habla de un nuevo paradigma de "Sociedad Intergeneracional", como una sociedad para todas las edades en la que debería realizarse cambios basados en una concepción activa del envejecimiento, tanto en términos sociales como personales, lo que supondría transformaciones importantes en las relaciones familiares y en la atribución de roles por edades en ámbitos como la educación, el trabajo, el ocio, de manera que durante todas las edades se pueda disfrutar de estas tres esferas de acción (Blázquez Martín 2006, p. 28). Por su parte, y en consonancia con estas ideas, Aída Kemelmajer de Carlucci nos dice que "*la problemática de la ancianidad no debe ser visualizada como un proceso sólo biológico; por el contrario, debe ser encarada desde el marco general del mundo político integrándola con las perspectivas de la política sanitaria, económica, científica, educacional, cultural, etc*" (Kemelmajer de Carlucci 2008, El acceso a la salud de las personas vulnerables. Conferencia dictada en la Universidad de Palermo).

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 16/12/91, los "Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad", basada en el Plan de Acciones Internacionales sobre el Envejecimiento (Viena, 1982). Estos principios establecieron normas universales para las personas de edad en cinco aspectos: 1)

¹⁶ El destacado nos pertenece.

independencia; 2) participación; 3) atención; 4) realización personal y 5) dignidad¹⁷.

A los ya enunciados, se cuenta con otros documentos de relevancia sobre los aspectos y reconocimientos generales de los adultos mayores. Citamos el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como el "Protocolo de San Salvador", que en su art. 17 se incorpora de manera explícita el derecho al cuidado del adulto mayor. En el año 2002 en Madrid, se emitió el segundo Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento, donde se amplifican las acciones necesarias para desarrollar políticas sociales y jurídicas que asuman de manera plena las cuestiones derivadas de los cambios demográficos¹⁸; entre sus tantos objetivos y recomendaciones, mencionamos: a) La plena realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas de edad; c) La habilitación de las personas de edad para que participen plena y eficazmente en la vida económica, política y social de sus sociedades, incluso mediante trabajo remunerado o voluntario; c) Las oportunidades de desarrollo, realización personal y bienestar del individuo en todo el curso de su vida, incluso a una edad avanzada, por ejemplo, mediante la posibilidad de acceso al aprendizaje durante toda la vida y la participación en la comunidad, al tiempo que se reconoce que las personas de edad no constituyen un grupo homogéneo; d) El reconocimiento de la importancia decisiva que tienen para el desarrollo social, las familias y la interdependencia, la solidaridad y la reciprocidad entre las generaciones

Otras normativas internacionales que sirven de referencia en esta materia son los objetivos mundiales sobre el envejecimiento para el año 2001 –Res. A/47/339 de la Asamblea General- de 1992; la Proclamación sobre el envejecimiento –Res. 5/47/5 de la Asamblea General- de 1992 y el Informe sobre los derechos de las personas de edad en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –U.N. Doc. E/C.12/1995/16/Rev. I, de 1995.

Centrada en las normativas que de manera general se dedican a regular la especial situación de las personas mayores adultas, en América Latina podemos citar la ley 7935 de Costa Rica denominada "Ley Integral para la Persona Mayor" que plantea entre sus objetivos: a) garantizar a las personas adultas mayores la igualdad de oportunidades y vida digna en todos los ámbitos; b) promover su permanencia en su núcleo familiar y comunitario y c) la protección jurídica y psicosocial de las personas adultas mayores afectada por la violencia física, sexual, psicológica y patrimonial. Por su parte, Ecuador ya en el año 1991 sancionó la ley Especial del Anciano (ley No 127), que entre las diferentes servicios que regula se encuentra el de *"Impulsar programas que permitan a los ancianos desarrollar actividades ocupacionales, preferentemente vocacionales y remuneradas estimulando a las instituciones del sector privado para que efectúen igual labor"* (art. 4, inc. d). También cabe mencionar la ley que crea el Instituto Nacional de Geriátrica y Gerontología de Venezuela, cuya reforma parcial en el año 1998 donde se establece en su primer articulado *"que el Estado prestará a los ancianos en el campo social médico, económico, jurídico y cultural. Esta obligación que asume el estado no excluye la que por Ley corresponde a los familiares"*

¹⁷ <http://www.un.org/spanish/envejecimiento/principios.htm>

¹⁸ V. Plan de Acción citado. Es indispensable integrar el proceso del envejecimiento mundial, que está en curso de evolución, en el proceso más amplio del desarrollo. Las políticas sobre el envejecimiento deben ser examinadas cuidadosamente desde una perspectiva de desarrollo que incluya el hecho de la mayor duración de la vida y con un punto de vista que abarque toda la sociedad, tomando en cuenta las recientes iniciativas mundiales y los principios orientadores establecidos en importantes conferencias y reuniones en la cumbre de las Naciones Unidas.

4.3. El reconocimiento de la relación entre abuelos y nietos en la legislación internacional y nacional

4.3.1. El cuidado y la comunicación entre abuelos y nietos como elementos a ser preservados

El vínculo entre abuelos y nietos en los aspectos que aquí queremos resaltar, que son los que se observan con mayor frecuencia y que interesan al Derecho de Familia, como lo son la custodia, el derecho de comunicación entre ambos y los alimentos, tienen cada uno de ellos sus fundamentos en el ámbito internacional como en el nacional.

Es de advertir que el derecho argentino carece de una normativa específica e integral que regule todas las cuestiones atinentes a esta particular interacción afectiva entre los abuelos y los nietos como acontece en el derecho español con su ley 42/2003 del 21/11/2003. Son particularmente elocuentes las afirmaciones de esta ley en su Exposición de Motivos: "*Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil*".

En este apartado nos dedicaremos al cuidado de los nietos menores de edad por parte de los abuelos y a la comunicación entre ambos, ya que ambos aspectos tienen los mismos fundamentos. La custodia o cuidado y la comunicación, son dos figuras –con distinto grado de intensidad– que hacen a la preservación de los afectos entre abuelos y nietos. El primero representa un protagonismo más intenso de los abuelos en la vida de los nietos cuando éstos se encuentran a su cargo por diferentes razones o situaciones fácticas en los casos en que los padres –principales responsables de los hijos– no pueden o no quieren hacerse cargo de ellos.

En cambio, la comunicación alude al mantenimiento de los vínculos afectivos en los supuestos en que los niños conviven con sus padres y, por distintas razones, uno de los progenitores o ambos se oponen a que los abuelos y nietos tomen contacto y continúen forjando lazos.

Más allá de esta importante divisoria de aguas –que trae consigo deberes y obligaciones bien distintas y también conflictivas y procedimientos diferentes– lo cierto, es que ambas parten del mismo núcleo o centro jurídico internacional: el respeto por la preservación de los vínculos afectivos y los derechos fundamentales de niños y adolescentes y el consecuente acatamiento, cumplimiento y efectividad del derecho a la identidad. No sólo en lo que respecta a su faz estática (los orígenes biológicos, como en el caso de los abuelos que hacen al parentesco), sino también a su faz dinámica, o sea, al desenvolvimiento de lazos significativos para los niños que hacen al desarrollo de su personalidad¹⁹ y a esa "mismidad" a la cual se ha referido en varias ocasiones un estudioso de este derecho como lo es el doctrinario peruano, Fernández Sessarego (Fernández Sessarego 1992).

Ingresando a la normativa internacional que nutre y condiciona al derecho nacional, cabe citar en primer lugar el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional de jerarquía constitucional en nuestro país, desde la reforma de 1994, que reza en su primer párrafo: "*Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*". Por lo tanto, la herramienta más importante en el plano internacional que regula los derechos de niños, niñas y adolescentes (los nietos a los que nos referimos en este trabajo y sobre los cuales se plantean problemas jurídicos suelen ser, generalmente, personas menores de edad), le brinda un lugar

¹⁹ "La identidad estática se encontraría conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (ej: nombre, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.). En cambio, la identidad dinámica por el despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los de carácter éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales" (citado en Herrera 2008, pp. 64 y ss).

preponderante al mantenimiento de las relaciones familiares. ¿Qué se entiende por familia? Y para responder a este interrogante se debe compulsar el art. 5 del mismo cuerpo legal, donde no sólo interesa la responsabilidad de los padres, sino también el rol de la familia ampliada e incluso, de la comunidad.

Esta misma línea es seguida –y así debía ser para responder a la correspondiente “coherencia normativa”- por la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes sancionada el 28/09/2005, al disponer en el primer párrafo del art. 11 que *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil”*. Agregándose en la segunda parte del párrafo siguiente que *“Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar”*.

Retomando la amplitud del concepto de familia que impone la Convención, cabe destacar que el decreto 415/2006, que reglamenta la mencionada ley 26.061, en su art. 7 advierte que *“además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada...podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares”*.

Precisamente, esta revalorización y respeto por los lazos con aquellas personas con las cuales los niños, niñas y adolescentes tienen “vínculos significativos y afectivos” por fuera o sin importar si entre el adulto y la persona menor de edad los une un vínculo de parentesco, es uno de los fundamentos infraconstitucionales más claros que permiten defender la idea de que el vínculo entre abuelos y nietos “afines”, es decir, aquellos que nacen dentro de una familia ensamblada, también tienen su lugar y su consecuente visibilidad en el derecho argentino.

En suma: tanto en el plano internacional como en el nacional, fácil se observa el expreso reconocimiento normativo de la preservación de los vínculos afectivos de los niños, en este caso, de éstos con sus abuelos, ya sea a través de la figura de la guarda o tutela cuando se refiere a las situaciones extremas donde ellos deben hacerse cargo del cuidado de sus nietos, como del derecho de comunicación entre los niños y sus abuelos.

4.3.2. La obligación alimentaria y su reconocimiento constitucional

En esta materia la normativa central o protagonista en el fuero internacional es el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño que tras decir en su primer párrafo que *“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”*, señala que tal obligación está a cargo de los padres *“u otras personas encargadas del niño”* y que *“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”* (párrafo 2º). Agrega la normativa que si éstos (tanto los padres como otras personas encargadas, dentro de las cuales debemos entender incluidos a los abuelos), están imposibilitados o no pueden cumplir con este deber *“Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario,*

proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda" (párrafo 3°).

Esta normativa expresa la importancia y entidad del derecho que está en juego. Es que el derecho alimentario involucra el derecho a una vida digna y a un nivel de vida adecuado y consigo, al desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes. En otras palabras, el derecho alimentario forma parte del vasto campo de los derechos económicos, sociales y culturales y por lo tanto, le caben ciertas normas específicas que se inscriben en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -también de rango o jerarquía constitucional en la Argentina y disposiciones que se derivan de este instrumento internacional.

Como bien se ha aseverado: "(...) *hacer efectivo el derecho de alimentos de los niños es contribuir a la concreción de sus derechos sociales, lo que significa en última instancia atenuar sus carencias y reducir los niveles de pobreza porque, como se ha señalado, la pobreza es un problema estructural que no puede ser resuelto sin el respeto de los derechos humanos*" (Grosman 2004, p. 19 y ss).

En este sentido, el art. 11 del Pacto expresa en su primera parte que "*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho...*". Por su parte, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha emitido la Observación No 12 referida a esta norma, donde se afirma que "*el derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos. Este derecho se aplica a todas las personas*" (conf. párrafo 1).

Todas estas disposiciones son relevantes para elaborar una revisión crítica de las posturas tradicionales sobre las cuales ha girado el tema de la obligación alimentaria de los abuelos, básicamente las ideas de subsidiariedad (de fondo como procedimental), como así también, la mayor o menor extensión de dicha obligación.

5. Una relación familiar significativa desde lo social y desde lo jurídico: De abuelos y de nietos

5.1. Importancia de la relación para el Derecho de Familia

Bueno es aclarar, antes de avanzar en el tema, que aún cuando no identificamos al abuelo/abuela con las personas mayores de edad, ya que ese lugar puede ser ocupado por personas aún muy jóvenes -por ejemplo, en los casos de madres adolescentes cuyos abuelos suelen ser personas que no deberían ser consideradas dentro del grupo de lo que se entiende por adultos mayores-, lo cierto es que estos últimos forman parte, en gran medida, de esta categoría de parentesco. En otras palabras, si bien no es un requisito sine qua non que cuando uno se refiere a los abuelos éstos sean adultos mayores, lo cierto es que en su gran mayoría lo son. En esta línea, aún cuando no todos los nietos son personas menores de edad y, por ende, se encuentran bajo el manto de las leyes internacionales, regionales, nacionales y locales de protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes, lo cierto, es que en la mayoría de los conflictos jurídicos que involucran la relación entre abuelos y nietos, éstos últimos suelen ser personas que no alcanzaron la plena capacidad civil que en el derecho argentino, tras la importante reforma que introdujo la ley 26.579 en vigencia desde diciembre del 2009, se ha bajado de los 21 a los 18 años de edad.

Dicho esto, cabe afirmar que cuando los vínculos familiares son sólidos, la relación abuelos-nietos se la reputa de gran valor, ya que la figura del abuelo ocupa un lugar importante para los nietos, tanto en el plano afectivo como en su socialización (Kemelmajer de Carlucci 2006, p. 662). No sólo como proveedores de cuidados y

asistencia económica, sino también para la reafirmación de su identidad y su pertenencia al grupo familiar tal como hemos visto cuando sintetizamos las normativas internacionales y la relación entre los lazos afectivos y el derecho a la identidad.

Esta valoración altamente positiva es la que se pone de resalto en la mencionada ley española sobre la relación entre abuelos y nietos sancionada en el 2003 en cuya Exposición de Motivos se subraya el papel importante de los abuelos en la *"cohesión y transmisión de valores en la familia"*, destacando que *"pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor"* pues *"disponen de una autoridad moral y de una distancia respecto de los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y desarrollo"*.

Dicho esto de manera introductoria, cabe entrar en el análisis de los cuatro ejes temáticos ya mencionados en la apertura del trabajo: 1) cuidado o crianza, 2) comunicación, 3) obligación alimentaria y 4) el vínculo entre abuelos y nietos afines, es decir, el papel de ambos dentro de las llamadas familias ensambladas. En este orden pasamos a indagar cada uno de ellos.

5.2. La crianza y cuidado de los nietos por sus abuelos

Es frecuente que los abuelos asuman de hecho el cuidado de sus nietos por ausencia de sus padres o la imposibilidad de cumplir con su responsabilidad parental por distintas causas (drogadicción, violencia contra el niño o adolescente, reclusión, entre otros).

La guarda de hecho *"tiene lugar cuando una persona, sin atribución de ley o delegación del juez, en los hechos y por propia autoridad, toma a un menor a su cargo"* (Cafferata 1978, p. 96). Situación fáctica con clara incidencia jurídica que, a diferencia del derecho español por citar una legislación comparada, no se encuentra regulada en el derecho argentino. Esto implica que hay niños bajo el cuidado de sus abuelos sin intervención alguna por parte de la justicia u órgano administrativo competente, según las competencias atribuidas por las leyes de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes²⁰.

Esta carencia o silencio normativo en torno a la guarda de hecho conlleva a que la misma se visualice recién cuando interviene un órgano público (por lo general, la justicia). Son los jueces a través del dictado de la guarda –ya sea como medida cautelar, por ejemplo, en el marco de un proceso de violencia familiar o como figura independiente– quienes determinan los derechos y deberes de los guardadores. Sin embargo, se ha considerado que el guardador de hecho, tiene el deber de criar y educar al niño o adolescente a su cargo (Cafferata 1978, p. 96).

Por otra parte, tampoco se regula la figura de la delegación de la responsabilidad parental (la mal llamada *"patria potestad"*), como sí acontece en otras legislaciones. Verbigracia, el art. 377 de su Código Civil francés establece que *"El padre y la madre, en forma conjunta o separadamente, pueden, cuando las circunstancias lo exijan, presentarse ante el juez para delegar total o parcialmente el ejercicio de la autoridad parental a un tercero, a un miembro de la familia, a una persona digna de confianza, a un establecimiento"*.

Cabe agregar que esta posibilidad es regulada de manera expresa en algunas legislaciones locales como en la Provincia de Chubut que en su ley 5641, mediante la cual se crea y estructura el registro de pretensos adoptantes, permite de manera expresa la delegación de la responsabilidad parental (conf. inc. d del art.10²¹).

²⁰ Para profundizar sobre este tema que se deriva de la falta de regulación de la figura de la guarda en general y la guarda de hecho en particular en la legislación civil de carácter nacional ver Herrera, Famá 2008, pp. 19 y ss).

²¹ Reza este articulado: *"Los Juzgados de Familia que correspondan respetarán el orden de los pretensos adoptantes inscriptos en el Registro Único Provincial de Pretensos Adoptantes. Podrá apartarse del orden*

Empero, la operatividad de esta normativa es discutida ya que las provincias no están facultadas a regular cuestiones de fondo como las que estamos analizando, materia que está reservada al Congreso de la Nación (conf. art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional)²².

En este contexto poco claro que existe sobre a la figura de la guarda y la guarda de hecho en el ordenamiento argentino, la labor de cuidado de los nietos se encuentra expresamente prevista a través de la figura de la tutela. Así, el art. 377 del Código Civil la define como el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil. Se trata de una institución subsidiaria de la "patria potestad", que entra a funcionar ante la ausencia de la misma y, por consiguiente, contiene idénticos elementos que la que se ejerce por los padres (Belluscio 1998, t. 2, p. 441; Méndez Costa, D'Antonio 2008, t. III, p. 243 y ss.; Zannoni 1998, t. 2, p. 859). Subsidiariedad que no sólo emana de las propias normas de la legislación civil, sino también del mencionado art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño en donde se afirma que "*Los Estados Partes 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*"²³.

Los cometidos principales de la tutela con respecto al niño son: a) el cuidado de su persona; b) la administración de sus bienes y c) su representación. Esta institución se caracteriza, además, por: a) su carácter tuitivo y subsidiario (art. 377 mencionado); b) el modelo del tutor es el de un buen padre de familia (arts. 398, 412, 413 y 415 del mismo cuerpo normativo); c) es un cargo personalísimo y constituye una carga pública (art. 379); d) la idoneidad es un requisito esencial para el otorgamiento judicial de tutor (art. 378); e) es unipersonal (art. 386); f) es una función representativa (arts. 377, 380, 404, 406, 408); g) se encuentra bajo permanente contralor del Estado (arts. 381, 399, 404, 408, CC) y h) el desempeño es gratuito.

Si bien no es el objetivo de este ensayo analizar en profundidad cada uno de estos elementos y así hacer una revisión crítica sobre esta figura, sólo a modo introductorio para su posterior estudio, sería bueno preguntarse si es compatible con la idea de mantener los lazos afectivos de niños, niñas y adolescentes, que esta figura fuere de carácter unipersonal o bien pudiese ser bipersonal. ¿Qué sucede cuando los niños quedan a cargo de ambos abuelos –ya sea paternos o maternos–? ¿Armoniza con el principio del interés superior la obligación de tener que elegir a uno de ellos a los fines de cumplir con los postulados de una norma infraconstitucional que sólo prevé el carácter unipersonal? ¿Acaso ambos abuelos no cumplen roles complementarios en el cuidado de los nietos?

*establecido con carácter restrictivo y excepcionalmente, por resolución fundada, valorando el interés superior del niño cuando: a) Se trate de grupos de hermanos. b) Se trate de niños con capacidades diferentes. c) La guarda sea solicitada por miembros de la familia extensa del niño. d) **Los padres en ejercicio de la patria potestad deleguen la guarda y el juez competente haya valorado la legitimidad y conveniencia del niño**" (el destacado nos pertenece).*

²² Precisamente ante la falta de una regulación expresa de la delegación de la "patria potestad" de los padres a favor de un tercero –en este caso, los abuelos–, en un fallo se sostuvo: "*Cabe otorgar la guarda del menor a su abuela conforme ha prestado su consentimiento la madre, pues, si bien los artículos 275 y 276 del Código Civil disponen que la persona que ejerce la patria potestad puede determinar con quién viva el niño, la necesidad del otorgamiento de la guarda excede esa facultad porque, en la complejidad de la vida actual, las múltiples actividades que pueden y deben realizar los niños en procura de su desarrollo espiritual, físico y educacional, requieren de algo más que la voluntad materna expresada en un acto*". De (de) este modo, la guarda la decretó el juez y no fue suficiente la manifestación de voluntad por parte del progenitor (Capel, Civ. y Com., Santa Fe, sala I, 11/09/2007, S., S. I., LLLitoral 2008 – febrero-, 108).

²³ El destacado nos pertenece.

Por su parte, la tutela puede ser de tres tipos: 1) tutela testamentaria, 2) tutela legal y 3) tutela dativa, en este orden. Por lo cual, si la persona que los padres designaron para que se quede a cargo de los niños tras su fallecimiento no puede o no se encuentra en condiciones de tomar esta responsabilidad, se pasa a analizar las personas que la ley presume aptas para asumir dicho compromiso, ocupando los abuelos un lugar preponderante entre estas personas. En este sentido, el art. 390 del Código Civil establece un orden, encontrándose los abuelos en primer lugar, al decir expresamente que "*La tutela legal corresponde únicamente a los abuelos, tíos, hermanos o medios hermanos del menor sin distinción de sexos*". Y si ninguno de ellos pueden o están en condiciones, lo decide el juez.

Se ha considerado que los abuelos cuando cumplen la función del tutor tienen el derecho y el deber de educar y formar a los niños y adolescentes, con el entendimiento que vienen a llenar un vacío dejado por sus padres, lo que explica que sean análogos sus atributos, como se ha destacado en la jurisprudencia²⁴. Si bien la forma en que se regula la tutela siempre estuvo vinculada a los aspectos patrimoniales del pupilo, hoy en día se valora y se otorga gravitación a los aspectos personales teniendo en cuenta las reiteradas normas internacionales –en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño- y la ley nacional 26.061 (D'Antonio 1998, cap. XVIII).

Igualmente a los abuelos se les atribuye la curatela de sus nietos mayores, siempre que no concurrieren parientes de grado preferente (arts. 477 y 478 del Código Civil).

Por lo tanto, no se duda que los abuelos –entre los parientes considerados en el plano jurídico según la legislación civil- tienen un lugar prioritario ante la imposibilidad o dificultad en la crianza de los niños por sus principales responsables, los padres.

Hasta aquí, salvo el silencio y el debate que esta situación despierta en la práctica en torno a la figura de la guarda y la guarda de hecho en el derecho argentino-, pareciera que la cuestión en torno a la crianza de los nietos por los abuelos estaría clara, al menos cuando se trata del discernimiento judicial de la tutela. Sin embargo, la cuestión es más compleja.

Un análisis más profundo implicaría preguntarse cuándo o ante qué supuestos el cuidado de los niños por parte de sus abuelos es una medida positiva y no esconde, una situación de "sustitución"²⁵ y conflicto psico-social- afectivo por parte de los abuelos con el o los progenitores del nieto. Estas son algunas de las disputas que se presentan en la justicia en torno a la crianza de un niño. Por lo general, se desatan cuando se trata de padres adolescentes o progenitores que tienen dificultades en su salud mental a raíz de problemas de drogadicción o alcoholismo.

La prioridad de los padres por sobre los abuelos en la crianza de los niños es una manda constitucional y legal clara que la jurisprudencia aplica, salvo supuestos de excepción donde se ha considerado que los primeros no se encuentran capacitados para llevar adelante la responsabilidad que le cabe, no habiéndose demostrado su aptitud para que los niños salgan de una situación de vulnerabilidad generada por éstos.

¿Cómo sumar afectos y referentes en la vida de los niños y evitar o prevenir las disputas entre los adultos que tanto los perjudican? Este es uno de los desafíos de carácter interdisciplinario que encierran varios de los conflictos que se dirimen en la justicia de familia.

²⁴ CNCiv., Sala A, 3/08/82, JA, 1983-II, síntesis.

²⁵ Como bien se ha sostenido: "*Los abuelos no deben ejercer el rol de padres... Los padres deben encargarse de educar a sus hijos, criarlos, amarlos, fijar límites, responder por ellos. Los abuelos deben ocupar el lugar de tales, "consintiéndolos", "jugando con ellos" y colaborando en su educación y crianza, pero sin invadir espacios*" (Pietra 2006).

Una vez más, reiteramos la relevancia de la mediación especializada como así también, de manera complementaria y coadyuvante al papel de los mediadores, los tratamientos terapéuticos de tipo familiar e individual –según el caso-. Cuando las disputas judiciales son el producto de enfrentamientos sostenidos por muchos años, es incompleta o al menos muy dificultosa la respuesta adecuada y útil que pueda brindar la justicia para desentrañar y resolver el conflicto afectivo que yace detrás.

Adelantando el tema que viene, pero también relativo al aquí abordado, marcando así la interacción entre ambos, cabe traer a colación la siguiente afirmación esgrimida por Husni y Rivas: *"Reestablecer el contacto entre abuelo y nieto, sin abrir un adecuado espacio para saldar las deudas pendientes entre padre/madre e hijo adultos, contribuirá a perpetuar el ejercicio de una abuelidad disfuncional, apoyada en la idealización del nieto y en la exclusión del hijo como padre, cronificando el conflicto y acentuando la disfunción familiar"* (Husni, Rivas 2007, p. 174).

Los abuelos cumplen un rol fundamental. Estos deben asumir un papel más activo respecto de sus nietos, en virtud de ciertas circunstancias adversas o negativas por parte de los progenitores. Es aquí donde las figuras de la guarda y la tutela suben a escena. El desafío es lograr el equilibrio, saber cuándo los abuelos deben asumir este complejo papel, siempre respetándose el lugar de los padres. No se debe perder de vista que detrás de todos estos temas se encuentra un derecho humano como el derecho a la identidad, es decir, el respeto por la preservación de todos los vínculos familiares, encontrando como límite infranqueable el reiterado "interés superior del niño".

5.3. El derecho de comunicación entre abuelos y nietos²⁶

¿Por qué le interesa al Derecho el mantenimiento de los lazos afectivos a través de la comunicación periódica entre abuelos y nietos? De manera elocuente, se ha expresado que *"Tratándose de los abuelos, que son los padres de los padres, se produce esa unión estrecha que los une, les permite el disfrute de ver en sus nietos la perpetuación de ellos mismos, y a los otros el imperceptible gozo de ser queridos"*²⁷. En consonancia con esta idea, se ha dicho que el efecto que se deriva del impedimento de contacto es el empobrecimiento de la vida emocional (Husni, Rivas 2007, p. 174 y ss), tanto para los abuelos como para sus nietos, tratándose de una relación o vínculo reflejo de retroalimentación mutua.

Es por ello que nos interesa indagar acerca de los conflictos que se suscitan en nuestra sociedad respecto del mantenimiento del vínculo y comunicación entre los abuelos y nietos, siendo éstos uno de los que se presentan de manera más frecuente en la práctica judicial y que compromete a la relación en estudio.

¿Cuándo se suele impedir o dificultar el contacto entre abuelos y nietos? Básicamente podemos encontrar las siguientes situaciones: a) por fallecimiento de uno de los progenitores. Este caso puede darse cuando el padre sobreviviente ha conformado una nueva pareja y la presencia de los abuelos, padres del fallecido, es visto como un elemento perturbador para la nueva relación; b) por diferencias personales entre los abuelos y uno o ambos progenitores de los niños o adolescentes, ya sea por razones de tipo personal o económico (Acevedo Bermejo 2006, p. 24) y c) el caso más común tiene lugar, tras la ruptura del matrimonio o convivencia de los padres. En este supuesto, la causa probable de esta obstrucción es el conflicto que uno de los progenitores mantiene con el otro, que se canaliza con estos impedimentos de trato lesionándose, como señalan Husni y Rivas, una relación positiva que trae beneficios, tanto a los adultos mayores como a los nietos (Husni, Rivas 2007, p. 149). Esta situación fáctica que tiene incidencia o

²⁶ Algunas de las ideas y/o propuestas que se expresan en este apartado han sido expresadas en Chechile Marisa (2010, 2008, pp. 17 y ss).

²⁷ CNCiv., sala E, 11/08/1987, "S., F. c. C., C. D.", con comentario de Gregorini Clusellas (1988).

consecuencias jurídicas a través de la figura del impedimento de contacto revela, claramente, la importancia de que se logre una buena separación, para lo cual la mediación como así también las terapias de familia o cualquier intervención profesional especializada que acompañe esta etapa de ruptura y reacomodamiento familiar, constituyen herramientas hábiles para prevenir este tipo de conflictos que se extienden a los abuelos²⁸.

Esta es la primera conclusión que se propone, a tono con la doctrina internacional de los derechos humanos que se inclina por evitar daños y llevar adelante toda política y/o acciones pertinentes de carácter preventivo. Máxime en ordenamientos jurídicos como el argentino que carece –como acontece en el derecho español a través de diferentes leyes autonómicas²⁹– de servicios de mediación familiar previa y obligatoria. En la Argentina, y en el ámbito nacional, existe la etapa de mediación obligatoria pero no es especializada, por lo cual, aquel mediador que ha sido sorteado en un conflicto como lo es el impedimento de contacto entre abuelos y nietos por parte de uno de sus progenitores, puede ser atendido por un mediador capacitado en accidentes de tránsito, en seguros o en cualquier materia totalmente alejada de la particular formación que posee un mediador familiar.

Ingresando a la normativa específica que regula el derecho de comunicación entre abuelos y nietos, amén de las normas ya citadas de carácter general sobre la preservación de los vínculos de afecto –haya o no vínculo de parentesco– que establece la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006 en su art. 7, se encuentra en el Código Civil el art. 376 bis – artículo incorporado al Código Civil tras la sanción de la ley 21.040 en el año 1975, donde se establece: "*Los padres, tutores o curadores de los menores e incapaces (...) deberán permitir las visitas de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente alimentos. Si se dedujere oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso, según la ley*". Este texto merece varios comentarios y/o reparos.

En primer término, consideramos que es inadecuado el uso del término "visitas"³⁰, ya que el vocablo "visitas" proviene del latín *visitare*, "*ir a ver a uno en su casa por cortesía, amistad o cualquier otra razón*" y en este supuesto, como ha sido puesto de manifiesto por otros autores, la relación entre abuelos y nietos no se limita a la acción de visitar, sino que tiene un contenido más amplio pues implica un trato, una comunicación, una relación afectiva con el otro (Belluscio 1969, p. 744).

Es de destacar que en el marco de una investigación socio-jurídica sobre el tema presentada a la Universidad de Buenos Aires, uno de los objetivos ha sido examinar el contenido de los fallos judiciales frente a la negativa de uno o ambos progenitores para que los abuelos paternos o maternos tengan trato y

²⁸ Para ampliar este tema compulsar, Chechile Herrera (AÑO 2010 o 2008, CITÁIS AMBAS FECHAS AL PRINCIPIO DEL ARTÍCULO, p.17 y ss.) y Jaggli (2003, p. 39).

²⁹ A modo de ejemplo, citamos la ley 7/2001 del 26 de noviembre reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Cabe destacar que su art. 3 referido a "*Del objeto de la mediación familiar*", enumera entre otros la de brindar "*solución de aquellos conflictos contemplados en el artículo 13 de esta ley, que surjan entre personas unidas por matrimonio o vínculo familiar, hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad*". Por lo tanto, los conflictos que se suscitan en el campo del derecho de familia y que involucran a los abuelos (parientes consanguíneos en línea recta), entran en esta normativa o sea, se ven beneficiados de esta herramienta.

³⁰ El término "visitas" –como el de "patria potestad" y "tenencia"– hace tiempo que son puestos en crisis por la doctrina y jurisprudencial nacional como extranjera. En el derecho nacional, varios autores como ser Lloveras, Salomón, Zannoni, Grosman, Mizrahi, Makianich de Basset entre tantos otros, objetan la terminología de "visitas" utilizada en el art. 376 bis del Código Civil, como así también la de "régimen de visitas" que yace en el art. 236 del mismo cuerpo normativo, alegándose que "*(...) la denominación derecho de visita, en el ámbito jurídico familiar, no refleja el profundo contenido de ese derecho, que posee una trascendencia espiritual superior a lo material; importa la realización, mediante el trato y la comunicación, de importantes funciones educativas y de vigilancia*" (Belluscio 1969, p. 744).

comunicación con los nietos, con el objeto de determinar la relevancia de los distintos supuestos que se han presentado, observar en qué medida los jueces han hecho lugar a tales oposiciones, los fundamentos de los pronunciamientos y los valores que se han defendido; o sea, si hubo una mayor apoyatura en los derechos humanos y los cambios acaecidos en cuanto a la relevancia de la figura del abuelo.

Aún cuando la finalidad de este ensayo no es realizar un recorrido por el desarrollo jurisprudencial nacional en la temática³¹, citaremos, a título ilustrativo, un precedente recogido en nuestro estudio que sintetiza el pensamiento doctrinario y jurisprudencial que gira en torno a esta cuestión, permitiendo observar que ha prevalecido la idea de considerar a la comunicación entre abuelos y nietos un derecho subjetivo que titularizan, compromete y es beneficioso –a priori- para ambos (tanto para el abuelo como para el nieto)

En este sentido, se ha expresado que *"el derecho de los abuelos a tener una adecuada comunicación con sus nietos, es de carácter inalienable e irrenunciable, por lo que solo puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del menor o su salud física o moral, todo lo cual requiere la incorporación a la causa de elementos suficientes como para descartar la continuidad de las visitas"*, señalándose que *" el derecho de visita, además del contacto periódico del menor con sus abuelos importa desde el punto de vista psicológico, tratarlo y mantener con él relaciones afectuosas, cultivando una recíproca y sincera comunicación"*. Igualmente, aquí se ha insistido que este derecho de abuelos y nietos *"es una importante manifestación extrapatrimonial de las relaciones intersubjetivas nacidas del parentesco y posee una trascendencia espiritual que supera lo meramente material y que resulta necesaria su protección en pro de la formación de las personas"* y que *"La jerarquía del derecho de visitas de los abuelos surge del hecho de ser padres de sus padres, prueba de la perduración de la familia, lo que fue receptado por nuestra legislación toda vez que el niño debe tener una visión completa de su familia, visión panorámica que lo prepara para su desenvolvimiento en la vida de relación"*³²

Pese al reconocimiento legal, doctrinario y jurisprudencial del derecho de comunicación entre abuelos y nietos debe admitirse que la aplicación de este derecho en la práctica cuando los progenitores o uno de ellos se oponen, no es nada sencilla. Es que aquí, como acontece también cuando hay desaveniencias entre los propios padres, los niños (por lo general los de corta edad, ya no los adolescentes que cuentan con mayor grado de autonomía e independencia), suelen tener cierta "lealtad" con el o los progenitores que se oponen al vínculo con los abuelos, por lo cual, esta cuestión "extrajurídica" termina siendo decisiva para que la sentencia que reconoce el derecho de comunicación no pueda verse cumplida por presión de los adultos. Nuevamente aquí volvemos a reiterar las virtudes y bondades de la mediación especializada, como así también de la terapia familiar.

A modo de cierre sobre los conflictos que se desatan en sede judicial donde los abuelos reclaman retomar o mantener la comunicación con sus nietos, un tema particular, que recién en los últimos años está teniendo mayor presencia efectiva en los procesos donde se dirimen estas cuestiones, se refiere a la voz o escucha de los nietos. ¿Sus deseos o apreciaciones son tenidos en cuenta por los jueces al resolver la contienda? Son muchos los interrogantes que se abren: Quién los escucha, cómo se los escucha, con qué preparación, cómo es la valoración de sus manifestaciones. Finalmente, cuál es la capacidad para observar lo que está detrás de estos dichos ya que, en la mayoría de los casos, los niños y adolescentes se encuentran influidos –hasta a veces presionados- por el progenitor que se opone al vínculo con el o los abuelos. Por lo general, suele ser el padre con el cual el niño convive, jugándose aquí, como también acontece con los conflictos entre los padres

³¹ Este tipo de análisis se puede obtener en Chechile y Herrera (AÑO 2008 o 2010).

³² CNCiv., Sala L, 05/06/2008, G., G. R. v. S. C., M. de las N., Citar Lexis N° 70047192.

cuando se separan, una cuestión de "lealtades" que el órgano decisor debería tener presente. Esto significa que se debe dar importancia a la formación de los operadores del derecho de carácter integral, no sólo focalizada en el ámbito jurídico, para poder hacer de esta "escucha" de los niños, niñas y adolescentes una verdadera garantía procesal, y no un mero requisito burocrático que nada o poco aporte. O más aún, que sea peor, abusivo y iatrogénico para el niño.

5.4. La obligación alimentaria de los abuelos a favor de sus nietos³³

Tomando como punto de partida la normativa internacional básica y contundente en materia de obligación alimentaria a favor de niños, niñas y adolescentes ya citada, es decir, el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, uno de los desafíos pendientes en el derecho nacional reside en cotejar la normativa infraconstitucional con aquélla y en el supuesto que se advirtieran algunas incoherencias o desfases, proyectar el modo en que la legislación civil debería adecuarse para respetar el mandato que en nuestro país es de orden superior.

Para llevar adelante este ejercicio intelectual, es necesario conocer en qué términos está regulada la obligación alimentaria entre parientes –como lo son los abuelos de sus nietos y éstos de sus abuelos, fiel a una relación refleja- en el Código Civil y la interpretación de ella que vienen haciendo la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

Veamos, dentro del capítulo 4 dedicado a los "Derechos y obligaciones de los parientes" ubicado en el título VI referido al "Parentesco" del Código Civil, el art. 367 expresa: "*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. 2. Los hermanos y medio hermanos. La obligación alimentaria entre los parientes es recíproca*". Fácil es advertir que la ley coloca a la obligación alimentaria en cabeza, primordialmente, de los principales responsables de la crianza y cuidado de los niños que son sus padres. Es así que siempre se defendió la idea de "subsidiariedad" de la obligación alimentaria por parte de los parientes –en especial, los abuelos- ante dicha obligación paterna (art. 265 del mismo cuerpo normativo), criterio que según nuestra opinión debería ser revisada, ya que contraría el art 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño que, como vimos, en ningún momento refiere a subsidiariedad alguna.

Esta cuestión de la supuesta subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos, involucra dos aspectos. La subsidiariedad de fondo o material, es decir, quién debe hacerse cargo de la obligación y la subsidiariedad formal o procedimental, el orden o concomitancia en la petición de dicha obligación que es incumplida –ya sea de manera parcial o total por parte de los progenitores.

Sobre la subsidiariedad de fondo o material se observan dos posturas³⁴: 1) la tradicional, que defiende la idea de que la obligación alimentaria de los abuelos es de carácter subsidiaria y sólo opera cuando el padre no pueda cumplir con su deber y la madre no tenga recursos ni pueda procurárselos y 2) la que podría definirse como "moderna" o "contemporánea" que entiende que la obligación alimentaria no deber ser subsidiaria del modo tan rígido como lo regula el Código Civil, es decir, se promueve la idea de una "subsidiariedad flexibilizada". No se defiende, como algunos autores sostienen (Belluscio, 2009b)- que se está ante una obligación simultánea a secas y sin reparo alguno. Nadie duda que no es lo mismo ser padre que abuelo y su clara incidencia en la obligación alimentaria. En este sentido, el principal responsable en la crianza, educación y también la alimentación de los

³³ Algunas ideas que inspiran este apartado han sido expresadas en Grosman y Herrera (2007), y Famá y Herrera (2008).

³⁴ En un trabajo se exponen que serían tres las posturas que existen en este tema (Belluscio 2009b, p. 1841 y ss).

niños y adolescentes (hasta los 21 años, a pesar de que la mayoría de edad se haya bajado a la edad de 18 años³⁵) son sus padres y en segundo término, los abuelos.

Pero la aludida "subsidiariedad" no sólo involucra consideraciones de fondo como el orden en la obligación, sino también el aspecto procesal o procedimental que es de sumo interés desde el punto de vista de la práctica y la consecuente efectiva satisfacción de los alimentos. Es aquí donde se propone diluir esta idea de "subsidiariedad" cuando el destinatario de los alimentos son niños, niñas o adolescentes, tal como surge de diversos fallos jurisprudenciales donde se ha admitido la acción simultánea contra los padres y abuelos que no destruye el orden de los obligados. Es el criterio que se ha seguido en otros países (Cataluña en España, Québec y Nicaragua) y en proyectos de ley presentados en nuestro país.

Si bien la jurisprudencia mayoritaria³⁶ sigue la postura más tradicional apegada a la noción de subsidiariedad que se desprende de la legislación civil sin llevar adelante una mirada integral y obligada con normas de rango superior como el reiterado art. 27 de la Convención, en buena hora se han observado algunos precedentes de "avanzada" e "innovadores" que receptan la postura sintetizada en segundo término en lo que respecta a la subsidiariedad formal. Como ejemplo de ello, cabe traer a colación el fallo dictado por el Tribunal de Familia No 1 de Quilmes, Provincia de Buenos Aires de fecha 18/04/2007 donde se declara la inconstitucionalidad³⁷ del art. 367 del Código Civil, 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), por contravenir la Constitución Nacional (arts. 3 inc. 1 y 27 CDN, art. 75 inc. 22)*" Para arribar a tal conclusión, se expusieron diferentes argumentos –todos ellos relativos a la supremacía de los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre las normas de menor jerarquía como el Código Civil. pues "*las disposiciones constitucionales desplazan la operatividad del art. 367 C.C., el cual no resulta oponible al menor titular del derecho fundamental y personalísimo que lo legitima a proponer directamente (no de modo sucesivo o subsidiario) la acción por alimentos contra sus abuelos, obligados sin más, acreditados los requisitos de procedencia, a su cumplimiento*"³⁸.

Estos son los nuevos aires jurisprudenciales que anuncian un cambio de criterio³⁹ que deben ser acompañados desde la doctrina con el objeto de movilizar y lograr

³⁵ Para profundizar sobre el impacto de la disminución de la edad en la cual se alcanza la plena capacidad civil en el tema alimentario recomendamos compulsar Belluscio (2009a, p. 7 y ss). Cabe destacar que si bien la baja es de 21 a 18 años de edad, en materia alimentaria se sostiene la edad de 21 años. En este sentido, el art. 3 de esta ley 26.579 agrega como segundo párrafo al art. 265 del Código Civil, el siguiente texto: "*La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo*".

³⁶ Por citar algún precedente, en el fallo dictado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul en fecha 30/04/2009 donde se rechazó la demanda de alimentos incoada por la madre contra los abuelos paternos, se puso de resalto que "*si bien se encuentra acreditada la imposibilidad del padre de los niños de cumplir con su deber, la actora omitió demostrar su propia insuficiencia de recursos o la imposibilidad de procurárselos*" (Cam. Apel. Civ. y Com., Azul, Sala II, 30/04/2009, Y. J. D. c. T. A. D. y T. M. A., LLBA 2009 -junio-, 537).

³⁷ Como lo hemos expuesto en su oportunidad al comentar este precedente: "*En la sentencia se utiliza otro vocablo que, a nuestro entender, es confuso al "Declarar de oficio la inaplicabilidad para el caso concreto de la primer parte del párrafo segundo del inciso 1º del art. 367 C. Civil, Técnicamente lo que se declara, de oficio, es la inconstitucionalidad –no inaplicabilidad– de la norma, la cual es obvio que en el derecho argentino es para el caso concreto ya que se recepta la declaración de inconstitucionalidad de carácter difuso y no concentrado como en tantísimos países del globo como ser Perú, Costa Rica, Francia, España, Alemania, por citar algunos*" (Famá, Herrera, 2008).

³⁸ Trib. Fam. Nro 1, Quilmes, 18/04/2007, 2008.

³⁹ Citamos otros fallos. Uno que también se cuestiona la cuestión de fondo de la subsidiariedad como lo es el orden de prelación, y el otro menos comprometido ya que se mete con la subsidiariedad pero en el aspecto procesal, línea en la cual se pueden observar una mayor cantidad de precedentes. El primero la sentencia dictada por la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Concordia de fecha

modificaciones legislativas en este sentido, claramente en consonancia con el principio rector del "interés superior del niño".

De este modo, y a modo de cierre, traemos a colación un proyecto de ley presentado en el año 2007 que proponía agregar al Código Civil argentino como artículo 369, el siguiente texto: "*Para demandar alimentos de los abuelos de un incapaz, no es necesario haber demandado simultánea o previamente al progenitor hijo de estos. La acción procederá, en su caso, sin menoscabo del derecho de los abuelos condenados a suministrar alimentos de repetirlos contra su hijo*"⁴⁰.

Por otra parte, cabe destacar que no es sólo el problema de la acción sucesiva lo que lesiona el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Nos referimos a la extensión, alcance o cuantificación de la cuota. Nos explicamos. Es sabido que la obligación alimentaria que deriva de la patria potestad es de tipo "amplia" ya que abarca una gran cantidad de rubros que hacen al efectivo desarrollo de la personalidad de los hijos. En este sentido, el art. 267 del Código Civil dentro del título relativo a la mal llamada "Patria potestad", indica que "*La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad*". Por el contrario, en materia de obligación alimentaria entre parientes (sin distinguirse si una de las partes es una persona menor de edad y en plena etapa de desarrollo con necesidades y urgencias distintas que los adultos), establece una obligación más acotada, exigua o de mínima, que se materializa en la menor cantidad de rubros a ser solventados. Así, el art. 372 del mismo cuerpo legal expresa: "*La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades*". La diferencia entre ambas normativas es clara. Mientras la primera que se desenvuelve en el marco de la patria potestad se refiere a la "*satisfacción de las necesidades*" que tiene un hijo de manera amplia; la segunda en el contexto del parentesco, alude a "*lo necesario para la subsistencia*".

Siguiendo con el análisis de la cuestión, cabría preguntarse cuando la obligación alimentaria entre parientes lo es, específicamente, entre abuelos y nietos menores de edad, si éstos últimos deben soportar o ver restringido su derecho a un nivel de vida adecuado y, en particular, a la alimentación, por esta distinción infraconstitucional. ¿Acaso debe recaer sobre los niños que uno o ambos padres no puedan o no quieran cumplir con su obligación a cargo y, aunque los abuelos sí estén en condiciones, disminuir la cuantía alimentaria a priori y en abstracto porque la legislación civil lo impone? Desde el crisol de los Derechos Humanos, básicamente, el reiterado art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños no deben sufrir una reducción en su derecho alimentario.

¿Cuándo una limitación o recorte en la obligación alimentaria de los abuelos a favor de sus nietos en los términos que propone el actual art. 372 del Código Civil sería razonable o proporcionable? Cuando los abuelos se encuentran también en una situación o estado de debilidad, por lo cual pueda ser atendible que la fijación de la cuota alimentaria sea menor que la que se debería establecer según las

22/10/2008, donde se expuso que "*Aún cuando los padres de los menores no carezcan totalmente de bienes o ingresos, los abuelos se encuentran obligados a prestar alimentos a sus nietos cuando, dichas rentas son insuficientes para cubrir las necesidades de aquéllos conforme al nivel social al que estaban acostumbrados*" (Cam. Apel. Concordia, Sala civil y comercial, 22/10/2008, I., R. c. I., E. S., LLLitoral 2009 -marzo-, 196). El otro, es el de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín en fecha 16/12/2008, donde se entendió que "*Resulta improcedente exigir a la madre que reclama a los abuelos paternos alimentos para sus hijos menores que inicie previamente un incidente de ejecución contra el progenitor alimentante, si surge acreditado que éste carece de recursos suficientes como para cumplir con la condena allí impuesta*" (Cam. Apel. Civ. y Com., Junín, 16/12/2008, T. N. L. c. G. VDA. DE L. M. E.", La Ley on line).

⁴⁰ Proyecto presentado por el senador Jacobo A. Abrameto, S-2659/07 http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=2659/07&nro_comision=&tConsulta=3, [Acceso 28 enero 2010].

necesidades del niño. Esta perspectiva más flexible que se propone respondería, en definitiva, al mejor interés del niño, principio rector cuando de infancia y adolescencia se trata.

5.5. Los abuelos y nietos "afines"

Uno de los temas novedosos que abordamos gira en torno a la relación entre abuelos y nietos dentro de una particular forma de organización familiar: la familia ensamblada conocida de manera corriente como "los míos, los tuyos y los nuestros". Tipo de familia que tiene cada vez mas presencia en la realidad social, principalmente por dos factores. El primero, la mayor perspectiva de vida que trae como consecuencia que las personas a lo largo de sus vidas pueden constituir nuevos núcleos familiares. El segundo factor es el aumento de los divorcios y ruptura de las parejas convivientes. Estos hechos que se observan claramente en la sociedad conducen a que las familias ensambladas sean un tipo de organización familiar con mayor incidencia en las relaciones de familia. Esta afirmación de carácter sociológico refuerza la relevancia del tema que tratamos en este apartado.

Cuando hablamos de familia ensamblada- como ya hemos señalado- aludimos a la organización familiar que nace de un matrimonio o convivencia donde uno de ellos o ambos tienen hijos provenientes de una unión anterior, haya o no hijos propios de la nueva pareja. Hemos elegido esta denominación, entre tantas que circulan en el medio social y científico como "familia reconstituida" o "familia recompuesta", por citar algunas, porque, a nuestro entender, simboliza con mayor precisión los intercambios que tienen lugar entre el nuevo núcleo que se constituye y los grupos familiares precedentes. Justamente, la idea de "ensamble" es la que permite visualizar rápidamente uno de los elementos centrales que tipifican a este tipo de familia. Por el contrario, las otras designaciones aludidas precedidas por la sílaba "re", sugieren reconstrucciones de las familias anteriores, cuando en realidad se trata de una forma de familia que tiene su propia individualidad, diferente a la anterior de cada uno de los miembros de la pareja. Siguiendo con la cuestión terminológica que no es menor, tal como lo hemos adelantado, a los integrantes de esta familia les agregamos la noción de "afín". Si bien desde el punto de vista jurídico, no todas las relaciones jurídicas que se entretienen entre los integrantes de las familias ensambladas derivan del vínculo de afinidad -lo que acontece cuando la pareja no contrajo matrimonio-, lo cierto es que este agregado permite ubicarnos dentro del contexto de la familia ensamblada. Por lo tanto, nos referimos a la madre afín, el padre afín, el hijo afín, el abuelo afín y el nieto afín, nuevos términos que simbolizan sin tradiciones sombrías estos lazos familiares tan frecuentes en nuestra sociedad. La intención es apartar el estereotipo estigmatizante que deriva de la denominación "madrastra" y "padrastra", vivenciados en el imaginario social como seres crueles e indeseables.

Aclarado esto, cabe preguntarse cuál es la especialidad que presenta la relación entre abuelos y nietos afines en el derecho de familia contemporáneo y si este vínculo afectivo es reconocido en el plano jurídico.

Para ello debemos recordar las normativas internacionales como nacionales citadas que regulan y revalorizan la llamada "familia ampliada" o "extendida", como así, todo vínculo significativo para los niños, niñas y adolescentes (conf. art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 7 del decreto reglamentario 415/2006). Fundándonos en estas disposiciones, fácil se puede observar que si la relación entre abuelos y nietos afines es un lazo afectivo relevante para el desarrollo de la personalidad y consolidación de la faz dinámica del derecho a la identidad de ambos, encuentran en el Derecho un lugar de protección y respeto pues son titulares de un derecho de comunicación e incluso un derecho al cuidado del nieto afín ante la imposibilidad o dificultad de suma gravedad por parte de los progenitores. Si bien el Código Civil al regular la figura de la tutela en sus orígenes (allá por el año 1871) jamás pudo tener en cuenta estos cambios en las formas de organización familiar, lo

cierto, es que como toda tutela debe ser discernida por el juez, es posible que si bien pueden existir otros familiares más directos que tengan un mejor derecho a hacerse cargo de la tutela de su nieto, es factible que en una situación particular la persona más apta resulte el padre o madre afín de acuerdo a los informes provenientes de otras ramas del saber. Ello, aún cuando estos familiares no se encuentren específicamente enumerados en el art. 390 del Código Civil que regula la figura de la tutela legal disponiendo que ella corresponde "*únicamente a los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexos*".

Si bien la normativa transcripta alude de manera terminante a la idea de que esta enumeración es taxativa al decir "*únicamente*", entendemos que desde un análisis sistémico, integral y coherente del ordenamiento jurídico, tanto supralegal (en este caso, la Convención sobre los Derechos del Niño) como normas posteriores a la legislación civil – más modernas- como la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006, tal disposición se vería flexibilizada.

En lo relativo al derecho de comunicación y, sobre la base de la normativa constitucional y nacional posterior a la legislación civil, debe interpretarse de manera amplia el art. 376 bis del Código Civil y admitir el ejercicio de ese derecho entre abuelos afines y nietos afines en la medida que ello resulte beneficioso para niños o adolescentes.

Para evitar toda actitud discrecional o debates de carácter interpretativo, en el año 2008 se presentó un proyecto de ley denominado "Normas protectoras de los hijos de las Familias ensambladas" ingresado por la Cámara de Senadores, aprobado por esta Cámara que luego pasa a estudio de la Cámara de Diputados⁴¹. Esta iniciativa introduce varias modificaciones en la legislación civil con el objeto de incorporar a la familia ensamblada y así lograr su reconocimiento jurídico expreso.

Si bien en la normativa se regula la relación entre padres e hijos afines, quedando afuera el reconocimiento jurídico del lazo entre abuelos y nietos afines, lo cierto es que un avance en la visibilidad de la familia ensamblada en el cuerpo normativo civil significa una conquista normativa relevante que dejaría el terreno más fértil para una regulación expresa de la relación entre abuelos y nietos afines. A lo mejor desde la técnica legislativa, el lugar adecuado para dicha actividad lo sea una ley integral que nucleee todas las cuestiones relativas a los abuelos y nietos (afines y no afines), siguiendo los pasos de la legislación española.

En suma, y de mínima, ciertas disposiciones normativas internacionales –de valor jurídico por arriba de las leyes, es decir, del Código Civil- como así también legislaciones nacionales posteriores a ésta, indican que todos los lazos socio-afectivos que forjen los niños, niñas y adolescentes con personas con las cuales se tiene un vínculo de parentesco o por fuera de esta relación jurídica, tienen su espacio y reconocimiento legal y por ende, deben ser tenidos en cuenta por los operadores del derecho. En definitiva, no se duda que los abuelos y nietos afines integran el concepto amplísimo de familia, a tono con la noción de pluralismo que envuelve todo Estado Democrático.

6. Breves palabras de cierre

Este ensayo ha sido extenso, por eso este último apartado final será, como dice, breve.

Los Derechos Humanos han hecho una verdadera "eclosión", han producido una concreta "revolución" en los derechos nacionales. No sólo obligando a revisar

⁴¹ S-1299/2008 presentado por los senadores Daniel Filmus y Marita Perceval, aprobado por la Cámara de Senadores en fecha 02/12/2009, ver http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=1299/08&nro_comision=&tConsulta=3, [Acceso 29 enero 2010].

tantísimas regulaciones o concepciones acerca de varias instituciones, sino también, subiendo a escena a otras, dándoles visibilidad y prestancia.

Este cambio significó, de manera ineludible, denunciar la conculcación de derechos humanos y las particularidades que han asumido estas violaciones en los diferentes actores sociales, varios de ellos en una situación de mayor vulnerabilidad.

De este modo, mujeres; niños, niñas y adolescentes; personas con necesidades especiales y adultos mayores, cuentan hoy en el plano internacional como nacional con una protección especial.

¿Esta especialidad, en el caso de los adultos mayores, ha arraigado o aterrizado con todo su potencial al campo jurídico? La respuesta negativa se impone.

De lo expresado a lo largo de este trabajo, fácil se puede observar que todavía resta muchas transformaciones por alcanzar en esta búsqueda sin freno por acortar la brecha entre Derecho y Realidad.

En este ensayo se han puesto sobre el tapete algunos avances pero también, varios retos que se deben afrontar que no sólo interpelan a los legisladores, sino a todos los operadores del derecho. Aquellos que desde los distintos lugares (abogados, defensores, jueces, docentes, investigadores, por citar algunos) tienen el real compromiso de hacer efectivos los Derechos Humanos de todos y todas, siempre teniendo en cuenta sus diferencias.

Este ha sido un primer acercamiento a modo de "semillero" para un futuro –no lejano– estudio crítico y profundo sobre los adultos mayores en las relaciones de familia y su incidencia en el Derecho de Familia contemporáneo.

Si este objetivo fue cumplido, lo dirá el lector.

Bibliografía

- Alexy, Robert, 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Antonio Acevedo Bermejo, 2006. *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Belluscio, Augusto C., 1969. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires.
- Belluscio, Augusto, 1998. *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires: Astrea, t. 2.
- Belluscio, Claudio, 2009a. Los alimentos debidos a los hijos conforme la nueva legislación. *Revista La Ley, Suplemento Especial sobre Mayoría de edad*.
- Belluscio, Claudio, 2009b. Otro fallo que determina acertadamente la obligación alimentaria que les corresponde a los abuelos. *Doctrina Judicial*, 08 julio; y *LBA* 2009 (julio), 597.
- Blázquez Martín, Diego, 2006. Los derechos (humanos) de las personas mayores. *En: Diego Bázquez Martín, et al. Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Bobbio Norberto, 1991. *El tiempo de los derechos*. Trad. Rafael de Asís Roig. Madrid: Sistema.
- Bottini, Laura I., 2008. Un interesante abordaje de la prevención y asistencia de la violencia en adultos mayores. Programa Proteger GCBA. *Revista Interdisciplinaria en Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 40.
- Cafferata, José Ignacio, 1978. *La guarda de menores*. Buenos Aires: Astrea.
- CEPAL, 2008. *Anuario Estadístico de América Latina y el Caribe 2007* [en línea]. Disponible en:

http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/32598/LCG2356B_1.pdf [Acceso 15 diciembre 2011]

- Chechile, Ana María y Marisa Herrera, 2008. El rol de los abuelos en el derecho de familia contemporáneo. Una mirada desde los conflictos de comunicación entre abuelos y nietos. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 40, 17-38.
- Chechile, Ana María y Marisa Herrera, 2010. El rol de los abuelos en el derecho de familia contemporáneo. Una mirada centrada en los conflictos de comunicación entre abuelos y nietos en el derecho argentino, *Revista da AJURIS*, 115.
- D'Antonio, Hugo D., 1998. *Responsabilidad de los tutores, en Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Dabove María Isolina, 2009. Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección : nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos vulnerables. *Revista del Instituto de Derecho e Integración Rosario, Santa Fe : Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe. 2º Circunscripción*; Instituto de Derecho e Integración, año 1 (1), pp. 13-46.
- Dabove, María Isolina, 2000. Razones iusfilosóficas para la construcción de un Derecho de la Ancianidad. *Revista Jurisprudencia Argentina*, Número Especial sobre Bioética, 17-23.
- Dabove, María Isolina, 2008. Derecho y Multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 40, p. 39 y ss.
- Diana, Nicolás, 2010. El inhábil, el demente y la capacidad de nuestros adultos mayores. *Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Derecho de Familia*, mayo-junio.
- Diario Clarín, 2010. Larga vida en Argentina. Ya hay casi 3.000 personas que tienen 100 años o más. *Diario Clarín*, 31 enero, pp. 38 y 39.
- Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, 2008. La obligación alimentaria de los abuelos de hoy. *Revista Jurídica on line El Dial*, Número Especial, 17 noviembre, Año XI (2659)
- Famá, María Victoria; Herrera, Marisa y Pagano, María Luz, 2008. *La salud mental en el derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Fernández Sessarego, Carlos, 1992. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea
- Gerosa Lewis, Ricardo T., 2004. El derecho a la igualdad de derechos. Las protecciones especiales y las medidas de acción positiva en la Constitución de la Provincia de Chubut. *La Ley Patagonia*, Año 1 (2), 143-160.
- Gewürzmann, Gustavo, 2008. Representación social de la vejez y patología familiar. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, 40.
- Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, 2006. *Derecho Constitucional de Familia*. Buenos Aires: Ediar
- Gregorini Clusellas, Eduardo L., 1988. Fundamentos del régimen de visitas de los abuelos y sus efectos en la decisión judicial, en *LL*, 1988-E, 290.
- Grosman, Cecilia P. y Herrera, Marisa, 2009. El derecho del niño a ser escuchado en los procesos de familia en el derecho argentino (Child's Right to be listened to in Family Proceedings in Argentina). En: *The International Survey of Family Law*, patrocinado por la Asociación internacional de Derecho de Familia. Bristol: Ed.Martinus Nijhoff Publishers.

- Grosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene, 2000. *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias Problemas y soluciones legales*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Grosman, Cecilia P., 2004. Alimentos a los hijos y Derechos Humanos. La responsabilidad del Estado. En: Cecilia P. Grosman dir. *Alimentos a los hijos y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Grosman, Cecilia P., 2007, El derecho del niño a ser escuchado en los procesos de familia. En: Joaquín Da Rocha, coord. *La balanza de la justicia*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Grosman, Cecilia y Herrera, Marisa, 2007. Un fallo que actualiza el debate sobre la dáda alimentos a los hijos y derechos humanos, LNC 2007-6-477 Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Herrera, Marisa y Famá, María Victoria, 2008. Medidas cautelares, medidas de protección y medidas excepcionales. Una tensión latente en el cruce entre las leyes de violencia familiar y las leyes de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 39.
- Herrera, Marisa y Minyersky, Nelly, 2006. Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061. En: Emilio García Méndez, comp. *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Buenos Aires: Fundación Sur- Editores del Puerto.
- Herrera, Marisa, 2006. Lineamientos generales sobre la adopción de niños desde una perspectiva comparada argentino-cubana. En: Aída Kemelmajer de Carlucci, y Leonardo B. Pérez Gallardo, coords. *Nuevos perfiles del derecho de familia. Homenaje a la Prof. Olga Mesa Castillo*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Herrera, Marisa, 2008. *El derecho a la identidad en la adopción*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Herrera, Marisa, 2009. Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino, *Revista Justicia y Derechos del Niño* [en línea], 11, pp. 107-143. Disponible en: http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derechos_11_web.pdf [Consulta: 15 diciembre 2011]
POR FAVOR, CONFIRMAR QUE LOS DATOS QUE HE INCLUIDO SON CORRECTOS
- Husni, Alicia y Rivas, María Fernanda, 2007. *Familias en litigio. Perspectiva psicosocial*, Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 149.
- Jaggi, Marisa Andrea, 2003. El niño y la familia extendida. *Foro de Córdoba*, año XIV, (83).
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, 2006. Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad? En: Aída Kemelmajer de Carlucci, y Leonardo B. Pérez Gallardo, coords. *Nuevos perfiles del Derecho de Familia, Libro de homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?, op. cit.p. 662.
- Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, 2009. *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad

- Méndez Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel H., 2008. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, t. III.
- Méndez Costa, María Josefa, 2005. Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, 31.
- Parceró Cruz, Juan Antonio, 2007. *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Pautassi, Laura, 2008. Contingencias resignificadas. Nuevos desafíos de las políticas públicas para adultos mayores. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 40.
- Pietra, María L. 2006. El interés superior del niño y la atribución de tenencia a los abuelos maternos. Un fallo poco convencional. LNBA 2006-9-1008.
- Rocha, Marco Tulio de Carvalho, 2009. *O conceito de Família e suas implicacoes jurídicas. Teoría sociojurídica do Direito de Família*. Río de Janeiro: Campus Jurídico.
- Saba, Roberto, 2008. Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es de lo sospechosos de las categorías sospechosas. En: Roberto Gargarella, coord. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ugarte, Luis A., 2008. Captación de la voluntad testamentaria y ancianidad, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, 40.
- Zannoni, Eduardo, 1998. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea, t. 2.
- Zelizer, Viviana A., 2009. *La negociación de la intimidad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.