

A.T.B. S/ GUARDA A PARIENTES (778)  
EXPTE.NºLZ-25905-2020

Lomas de Zamora 28/10/2024

**AUTOS Y VISTOS:** Los presentes autos caratulados: "A.T.B. S/ GUARDA A PARIENTES" (LZ-25905-2020) que pasaran a despacho para resolver la medida interpuesta por la Sra. Asesora en el dictamen de fs. 91 y de los cuales:

**RESULTA:**

De las constancias obrantes en autos, se desprende que el niño T.B.A. se encontraba bajo el cuidado de su bisabuela, la Sra.M.D.S. desde el día 23 de mayo de 2018, fecha en que se dictó una medida de abrigo por el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de Lomas de Zamora (ver fs. 1). El órgano administrativo adoptó dicha medida debido a que la Sra. S. presentó una denuncia de abuso sexual infantil contra T. U., pareja conviviente de la progenitora de T., J. A.

La Sra.S. señaló en el escrito de demanda que desde esa fecha el niño vivía con ella, ocupándose de todas sus necesidades, brindándole una alimentación adecuada y una educación integral para su inclusión en la sociedad como persona de bien. Asimismo, manifestó que la madre del menor, su nieta, no ha tenido contacto con él desde la adopción de la medida.

Con fecha 31 de agosto de 2023, se dictó una medida cautelar por la cual se confirió la guarda provisoria de T.B.A. en favor de la Sra.S. María Delicia, hasta tanto se resuelva lo atinente a la guarda, autorizando a la mencionada a gestionar ante el ANSES el cambio de titularidad de la asignación familiar que pertenece al niño y a percibir la misma.

A fs. 84, la Sra. Asesora de Incapaces informó que, desde dicha dependencia, se mantuvo comunicación telefónica con el Sr. O. . - tío abuelo del niño e hijo de la peticionante-, quien manifestó que la Sra.M.D.S. falleció el 15 de julio de 2024. A su vez, señaló que se quedará junto a T. e informó que la Sra.S. percibía un beneficio en ANSES. Finalmente, se dejó plasmado en el acta confeccionada el pedido del Sr. M., atinente a que se requiera el beneficio de pensión para el niño, quien se encontraba a cargo de la Sra.S..

A fs. 86, se libró oficio a la Administración Nacional de la Seguridad Social para que informe si el niño T.B.A. es beneficiario de la pensión derivada de la Sra.S. María Delicia, quien detentaba el cargo de guardadora del niño hasta su fallecimiento. A fs. 89 luce la contestación de oficio ordenado en autos, en la que la ANSES se limita a transcribir lo dispuesto por los artículos 53 y 54 de la ley 24.241.

A fs. 90 se corrió vista a la Asesoría de Incapaces interviniente, la cual fue contestada a fs. 91. En su dictamen, la Titular del Órgano Tutelar, Dra. Marisa Snaider, solicitó que se ordene el otorgamiento del beneficio de pensión por el fallecimiento de su bisabuela Sra.S. M. D. al niño T.B.A..

**Y CONSIDERANDO:**

I. Preliminarmente corresponde señalar que la ley 24.241 "Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones", en el art. 53 establece expresamente en el inc. e ) que *"en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: . e) los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los dieciocho (18) años de edad"*. Posteriormente, se consigna lo siguiente: *"Se entiende que el derechohabiente estuvo a cargo del causante cuando concurre en aquél un estado*

*de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular. La autoridad de aplicación podrá establecer pautas objetivas para determinar si el derechohabiente estuvo a cargo del causante".*

Dentro de ese marco legal, se debe dilucidar si el niño A T. reúne los requisitos para acceder al beneficio de pensión que se reclama.

II. Interés superior del niño: En el caso de marras se encuentran en juego intereses de un niño, por lo que corresponde como punto de partida considerar, su interés superior, entendiéndolo como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley.

Se trata de un principio vago, de contenido indeterminado y sujeto a múltiples interpretaciones, ante lo cual muchas veces resulta arduo para el legislador y el juez decidir el alcance de dicho interés en el caso concreto, aunque, sin perjuicio de dicha vaguedad, resultará en interés del niño toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos fundamentales (Gil Domínguez, A.; Famá, M. V.; Herrera, M., "Derecho Constitucional de Familia", Tomo I, Ediar, 2006, pág. 566 y sstes).

Siguiendo a Mizrahi, hablar del mejor interés del niño no sólo apunta al pleno reconocimiento -en tanto persona humana- de los derechos que les asisten a los adultos, sino también se exige proporcionar a aquél una "protección especial", un "plus de derechos", dada su situación de vulnerabilidad; en atención a que no han completado todavía la "constitución de su aparato psíquico" (MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad Parental", Astrea, Bs. As., 2015, pág. 20).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentenciado que "la natural condición de dependencia de la infancia hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos"; de manera que los niños "son acreedores de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan, merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución". "Esta regla de oro es reconocida por la comunidad jurídica occidental como un verdadero prius interpretativo, que debe presidir cualquier decisión que afecte directamente a personas menores de dieciocho años" (CSJN, 29/4/2008; Fallos 331:941).

Con tales premisas, la Corte ha querido poner de relieve que no alcanza con proclamar que los niños tienen los mismos derechos que las personas mayores de edad, pues la aplicación ciega de esta regla -igualdad total sin discriminaciones coherentes- puede traducirse en perjuicios severos para los niños. Por ello es necesario brindarles a éstos una "tutela especial", correctamente interpretada (conf. MIZRAHI, M.L., Ob. Cit., pág. 22).

La tutela judicial efectiva -explica De los Santos- abarca en su enunciación no sólo el acceso a la justicia, sino que se complementa con el derecho a los proveimientos adecuados y a los medios ejecutorios capaces de dar efectividad al derecho sustancial. Debe ser, además, oportuna y, en algunos casos, debe tener la posibilidad de ser preventiva, ante la mera amenaza a un derecho y para impedir su violación. No es concebible hablar de derechos inviolables sin conferir a la jurisdicción un derecho a la inhibición del ilícito y a la prevención del daño. Pues para ser verdaderamente efectiva, la tutela judicial debe ser en ocasiones preventiva de daños (DE LOS SANTOS, Mabel Alicia, "Cuestiones procesales a la luz del Código Procesal Modelo de Familia (que responde al nuevo Código Civil y Comercial)", Sup. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 04/12/2014, p.125).

Por su parte, la prevención -mecanismo asegurado por la Constitución como garantía implícita para neutralizar los perjuicios no causados- constituye un mandato

para la magistratura, cuya función preventiva de daños es una faceta de su accionar, tanto o más importante que la de reparar los perjuicios causados; en especial cuando se trata de los derechos humanos primeros de los más vulnerables, cuando la tutela debe ser mayor.

Por otra parte, el art. 23 de la CIDN establece que los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. Ello atendiendo a las necesidades especiales del niño impedido, y dejando establecido que la asistencia que se preste será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el pequeño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. Asimismo, cabe agregar que el art. 27 de la mencionada Convención dispone que "Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social".

III.- Derecho a la seguridad social: Este derecho está consagrado por el art.14 bis de la Constitución Nacional, "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable", así como también por el artículo 39 inc. 3° de la Constitución Provincial, internacionalmente se halla protegido por el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece en su artículo 9 que "los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social". También la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 26, dispone que: "Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional".

Es importante señalar que en numerosas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que la seguridad social tiene como cometido propio "la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales, y el apego excesivo de las normas, sin apreciar las circunstancias particulares de cada caso, no se aviene con la cautela con que deben ser juzgadas las peticiones vinculadas con la materia previsional" (Fallos: 308:567; 310:2159; 313:79 y 247 y 323:2235).

Por lo demás, el Címero Tribunal Provincial ha señalado que: "en materia de normas de la seguridad social, cuyo fin esencial es la protección del afiliado y su grupo familiar ante el acaecimiento de las contingencias de vejez, invalidez o muerte, se requiere un máximo de prudencia en casos en que su inteligencia puede llevar a la pérdida de un derecho a aquellos a quienes las leyes han querido beneficiar" (SCBA, LP B 64577 en autos: "Parlatore, Nélide Ester c/ Provincia de Buenos Aires (Instituto de Previsión Social) s/ demanda contencioso administrativa", sent. 29-8-2017). Asimismo, se ha indicado "que en la labor interpretativa deben primar los fines tuitivos propios de la materia, de tal modo que el sentido que a las leyes previsionales se asigne no conduzca a desnaturalizarlos o la pérdida de desconocimiento de derechos" (SCBA, LP A 74134 en autos: "Fregonese, Rodolfo Néstor contra Caja de Previsión Social para Agrimensores, Arquitectos, Ingenieros y Técnicos de la Provincia de Buenos Aires", sent. 29/05/2019).

IV.- Así las cosas, entiendo que una interpretación exegética del texto legal llevaría a dejar en total desamparo a una persona que no está en condiciones de procurarse el sustento diario.

En este contexto, resulta útil la explicación de Chirinos, quien entiende que "el concepto que prima para determinar los beneficios de la pensión y que ha orientado al legislador para hacer restrictivo en la enumeración es el de "estar a cargo" del causante. La ley define este concepto y establece que "estar a cargo" significa depender alimentariamente del causante, de tal modo que su no contribución importe un desequilibrio esencial en su económica particular".

Asimismo, es necesario, conforme destaca el autor, "que quien está cargo de una persona carezca de recursos personales o le resultan escasos, esto en concordancia con lo dispuesto por el artículo mencionado cuando verbaliza el concepto de "estar a cargo" y dice: "cuando concurre en aquél un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su económica particular" (Chirinos, Bernabé L., Derecho previsional argentino, 1° edición, C.A.B.A., La Ley, 2016, vol. I, pag. 233 y 234, citado por el Juzgado Federal n°4 de Mendoza en los autos: "Palacio, Viviana Noemí/ Por Aguero Juan Antonio C/ Anses S/Amparo Ley 16.986", causa n°17225/2021, sent. 6-9-2022).

V.- En el caso de marras, si bien no se puede desconocer que el niño A T.B. no se encuentra comprendido entre los beneficiarios con derecho a pensión contemplados en el artículo 53 de la ley 24.241, por ser bisnieto de la causante, no es menos cierto que el menor se hallaba a cargo de la Sra.S. María Delicia desde el año 2018, habiéndose otorgado a favor de la mencionada la guarda provisoria del niño en fecha 31 de agosto de 2023, por lo que en efecto podría asimilarse a la figura de hijo como determina el art. 53 de la aludida ley, por configurarse justamente ese "estado a cargo".

Se ha sostenido que: "el reconocimiento del guardador como representante legal es novedoso y necesario porque facilita y agiliza la dinámica de la vida diaria del niño para el acceso a su derechos a la salud, la educación, la estabilidad familiar, a su esparcimiento y a todos los demás derechos" (conf. Cámara de Apelación, Sala III, La Plata, causa n° 126719, "J.S. s/ guarda a parientes", 18/05/2021).

No me caben dudas que en el caso en cuestión la satisfacción integral del interés superior del niño T. se encuentra en respetar su derecho a beneficiarse de la seguridad social, que ostenta jerarquía constitucional. Por tales argumentos, he de adelantar que corresponderá hacer lugar a lo solicitado en el dictamen que antecede, **accediendo a la pretensión de la Sra. Asesora, y ordenando cautelarmente a la ANSES para que en el plazo de veinte días dicte el acto administrativo correspondiente para otorgar al niño A T.B. el beneficio de pensión derivada por el fallecimiento de su bisabuela, Sra.M.D.S..**

Por ello, no apartándome de lo dictaminado por la Titular del Órgano Tutelar, **RESUELVO:**

a) Ordenar cautelarmente a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) para que en el plazo de veinte días dicte el acto administrativo correspondiente para otorgar al niño A T.B. (DNI N) el beneficio de pensión derivada por el fallecimiento de su bisabuela, Sra.M.D.S. (DNI N°) (art. 26 de la Convención sobre los derechos del niño, incorporada a nuestro Plexo Jurídico de Base -art.75 inc.22 Const. Nac.; art.14 bis de la Constitución Nacional; artículo 39 inc. 3° de la Constitución Provincial).

b) LIBRAR oficio, con carácter urgente, a la Administración Nacional de la Seguridad Social a fin de poner en su conocimiento lo ordenado.

Proceda el Actuario a generar y rubricar digitalmente, la pieza procesal precedentemente ordenada a efectos de proceder a su diligenciamiento por medios electrónicos-

c) DAR VISTA a la Asesoría actuante a los fines que se anoticie, en su público despacho, del presente auto interlocutorio.

**NOTIFÍQUESE. REGISTRESE.-**

Proveyendo la presentación electrónica de fs.92:

Téngase presente las manifestaciones vertidas y líbrense los oficios solicitados, quedando su confección y posterior diligenciamiento a cargo de la interesada.

En lo que respecta al pedido de otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos, téngase presente para su oportunidad.

En cuanto a lo demás, previo a todo, dese vista a la Asesoría interviniente. Fecho, se proveerá lo que por derecho corresponda.