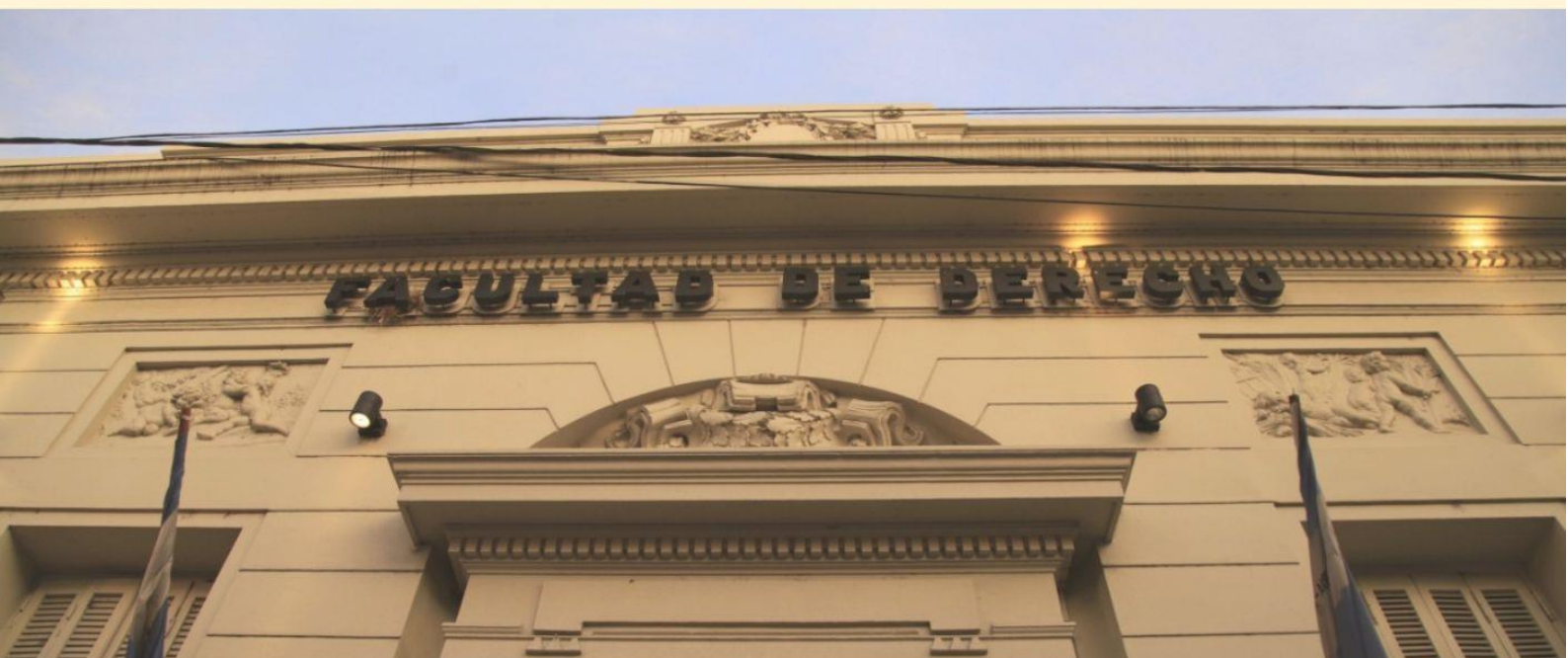


**Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales y Políticas
UNNE**

XVIII Jornadas de Comunicaciones Científicas

2022

Corrientes - Argentina





Dirección General

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas – UNNE
Dr. Mario R. Villegas

Dirección Editorial

Secretaría de Ciencia y Transferencia
Dra. Lorena Gallardo

Coordinación editorial y compilación

Dra. Lorena Gallardo
Esp. Martín M. Chalup

Asistentes – Colaboradores

Lic. Agustina M. Bergadá
Abg. M. Benjamin Gamarra,
Mg. María Belén Mattos Castañeda
Abg. Lucía M. Sbardella

Fotografías

Nicolás Gómez

Edición

Secretaría de Ciencia y Transferencia
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas
Universidad Nacional del Nordeste
Salta 459 · C.P. 3400
Corrientes · Argentina

Comisión Evaluadora

Dr. Agustín Carlevaro
Dr. Daniel Denmon
Esp. Elena Di Nubila
Dr. Hernan Grbavac
Dra. Lorena Gallardo
Abg. M. Benjamin Gamarra
Dr. Mauricio Goldfarb

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE

XVIII Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - UNNE / compilación de Lorena Gallardo; Martín Miguel Chalup; coordinación general de Lorena Gallardo. - 1a edición especial - Corrientes: Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, 2022.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-3619-82-3

1. Derecho Ambiental. 2. Derecho Administrativo. 3. Derecho. I. Gallardo, Lorena, comp. II. Chalup, Martín Miguel, comp.
CDD 340.07

EL DERECHO A LA SALUD Y LA POBLACIÓN MÁS VULNERABLE NNYA

Gauna, Pura C.; Lanser, Ma. Florencia

puragauna@hotmail.com -florencialanser15@gmail.com

RESUMEN

El derecho a la salud es una de las cuatro funciones constitucionales (seguridad, justicia, educación y Salud) que se comprometió a desarrollar el Estado Argentino a través de la Constitución Nacional; el cual se debe cumplir a través del dictado de leyes, haciendo campañas de prevención y haciendo ejecutivo para los ciudadanos (mediante la concesión de amparo) especialmente para N.N.YA, derecho que se encuentra expresamente protegido por la Convención de los Derechos del Niño; ley Nacional de Protección Integral para Niñas, Niños y Adolescentes; Código Civil y Comercial de la Nación.

PALABRAS CLAVE

Compromiso, protección, dignidad.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud y su preservación, así como la protección integral de la familia, tiene raigambre constitucional y se encuentra dentro de los Derechos Personalísimos derivado del derecho a la vida; la salud es una situación, un estado, que le permite al ser humano estar óptimo con su cuerpo, mente y espíritu.

Con la reforma de la C.Nac. del año 1994, al incorporarse los Tratados Internacionales en el art. 75 inc 22; este Derecho a la Salud se incorpora a los derechos personalísimos de la cuarta generación. Se puede mencionar a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11) “Toda persona tiene derecho a...ser preservada mediante medidas sanitarias y sociales y asistencia médica”; es decir si se analiza estas normas de raigambre constitucional pareciera ser que nadie queda periféricamente excluido (Gherzi, 2012.); pero muy distinta es la teoría del derecho a la salud y otra es la realidad de las personas más necesitadas, lo denominados grupos vulnerables, dentro de los cuales se encuentran los Niños, Niñas y Adolescentes .puesto que se trata de personas “en formación” y que como tal merecen desde el derecho a la salud una atención especial.

Así también este derecho a la salud se encuentra explícito en el art. 24 de la Convención de los Derechos del Niño que dice:” Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y rehabilitación de la salud... se esforzarán para asegurar la plena aplicación de este derecho , adoptando las medidas necesarias para ello como ser: reducir la mortalidad infantil y en la niñez; asegurar la prestación de asistencia médica y la atención sanitaria que sea necesaria; combatir las enfermedades y la mal nutrición en el marco de la atención primaria de la salud...,asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada; desarrollar la atención sanitaria preventiva, entre otras medidas.

Asimismo, la ley Nacional N°: 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que entró en vigencia en el año 2005 en su Sección “Principios, Derechos y Garantías” y asumiendo el compromiso contraído en la Convención hace referencia el derecho que la niñez tiene a la atención integral de su salud, la ley sienta que este comprende el de recibir la asistencia médica necesaria, y el de acceder, en igualdad de oportunidades, a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud.

Los órganos estatales deben garantizar el acceso a servicios de salud, implementando programas de asistencia integral, rehabilitación e integración, tanto para los menores de dieciocho años que padecen alguna insuficiencia corporal o mental, se hallan enfermos, o han sido víctimas de algún accidente o enfermedad que deja secuelas físicas o psíquicas, en cualquiera de los casos restándole oportunidad para alcanzar una vida plena.

Asimismo, tienen que llevar adelante programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a la familia, para mantener o restablecer la convivencia cuando se producen acontecimientos que afectan a uno o más de sus integrantes en su salud y amenazan el conjunto en detrimento de niños o adolescentes.

La atención a la niñez debe afrontarse con respeto a las pautas familiares y culturales de origen, cuando no constituyan peligro para su vida e integridad. Esto significa que el criterio médico en la intervención debe amoldarse a las pautas familiares y culturales del paciente entre las que se cuentan las propias creencias- cuando no amenacen gravemente la vida o la integridad del paciente, es decir cuando no haya estado de necesidad. Por caso, la transfusión de sangre o la cirugía no pueden practicarse cuando no sean indispensables, o existan medios alternativos para preservar o restaurar la salud, o aliviar el dolor del paciente, si contra aquéllas se levanta una negativa de éste, de sus padres u otras personas responsables, sea por opción, sea por objeción de conciencia. (González del Solar).

Por otro lado, la atención debe ser prioritaria para las niñas, adolescentes y mujeres en general que estén embarazadas, teniendo en cuenta la nueva vida humana que portan en sus entrañas.

Para reforzar el deber estatal, y ampliar la cobertura de sus servicios en consecuencia, el Estado debe realizar campañas permanentes de difusión y promoción de los derechos del niño al respecto, principalmente a través de los medios de comunicación social.

Además de acuerdo a lo regulado por los art. 3 y 18 de la CDN surge que la responsabilidad parental no tiene carácter absoluto, sino que encuentra su límite en el Interés Superior del Niño; por lo que los padres, además del del Estado y la Sociedad son responsables de la salud de sus hijos; deben respetar el derecho a la salud; por lo que en caso de que sus hijos hayan contraído una enfermedad que puedan dejar secuelas graves e irreversibles, exponer a sus hijos a padecerlas por una elección que les convence pero que excede el ejercicio de la autoridad parental; por ejemplo los progenitores que no quieren vacunar a sus hijos, cuando ésta es de carácter obligatoria para ellas.

Por ello la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en un fallo de fecha 6 de octubre de 2010 sentenció que “corresponde intimar a los progenitores del menor de edad a que en el plazo perentorio de dos días acrediten el cumplimiento del Plan de Vacunación Oficial, según corresponda a la edad y estado del menor, bajo apercibimiento de procederse a la vacunación en forma compulsiva...”

Con respecto a este tema la responsabilidad parental se otorga para cumplir deberes que ella otorga, siendo uno de ellos, cuidar a los infantes en su desarrollo físico, mental y espiritual, que solo puede darse plenamente si está garantizada su salud (nota de Galli Fiant).

Actualmente se concibe a la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de su autonomía personal, social y jurídica (Kemelmajer de Carlucci.); ello en materia de salud se traduce en el derecho del niño al cuidado de su propio cuerpo y en la noción bioética de competencia (autonomía progresiva) en consonancia con la evolución de sus facultades.

En cuanto al derecho sobre el cuidado de su propio cuerpo es necesario hacer referencias a las diferentes Observaciones Generales (OG) emanadas del Comité de los Derechos del Niño; entre ellas es la OGNº: 4 La salud y el desarrollo de los Adolescentes en el Contexto de la Convención de los Derechos del Niño, la OG Nº: 3 (2003) El VIH/ SIDA y los derechos del Niño; y más recientemente la Observación General Nº: 15 (2013) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel de salud.

El primero de ello exige a los Estados Partes promulgar normas para que se proporcionen a los adolescentes asesoramiento confidencial sobre el tratamiento, para que puedan prestar el consentimiento con conocimiento de causa; además los servicios de salud deben proporcionarse a los chicos con disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

En cuanto a la OG Nº: 15 destaca que “el Comité reconoce que las capacidades cambiantes de los niños repercuten en su independencia al adoptar decisiones sobre las cuestiones que afectan su salud; observando además que “a menudo surgen discrepancias profundas en cuanto a esa autonomía en la adopción de decisiones, siendo habitual que los niños/as especialmente vulnerables a la discriminación tengan menor capacidad de ejercerlas.

En el orden interno además de la ley 26061, se dictó la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud, esta ley y con su reglamentación vino a llenar la laguna existente en lo que respecta a la regulación de la relación médico paciente; previendo expresamente la situación de los N N y A.

Así su Decreto Reglamentario N°: 1089 /2012 en su art. 2 establece:” Cuando se trate de pacientes menores de edad, siempre se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño, en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la CDN y reconocidos en las leyes 23.849,26.061 y 26.529”.

Y en cuanto a su autonomía dice: “Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores y en caso de conflictos con él o sus representantes legales o entre ellos, el profesional debe elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución Asistencial o de otra Institución, si fuera necesario, para que emita opinión...”

Para Carral Martín considera que esta ley intenta darles a los NNA una participación en el proceso de la toma de decisión, en el que, sin ser la misma determinante, deberá ser valorada, teniendo en cuenta su capacidad de comprensión y evolución psico física y sin mediar intermediario alguno que interprete sus expresiones”.

Esta cuestión queda zanjada con la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación que expresamente regula la capacidad de ejercicio de los N.N.A con respecto al cuidado de su propio cuerpo en el art. 26 de dicho cuerpo legal.

Que conforme a tal nota citada la persona menor de 13 años ejerce sus derechos a través de sus representantes legales; pero la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico; es decir si bien el consentimiento lo tienen que dar sus padres, estos tienen que escuchar al niño puestos que estos tienen el derecho a opinar.

En el caso de niños que están padeciendo una enfermedad o tratamiento por mucho tiempo, pueden tener experiencias médicas y habilidades suficientes para tomar sus propias decisiones; asimismo sus representantes deben actuar y decidir conforme con el mejor interés del niño.

En cuanto a los “mayores de 13 y menores de 16 años respecto de tratamientos no invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física” C.C. y C; en estos casos la sola petición del adolescente presume su aptitud para el acto que desea realizar.

“Mayores de 13 y menores de 16 respecto de tratamientos invasivos, que comprometan su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física; aquí se exige la asistencia de su representante, más el consentimiento del adolescente. La asistencia del representante como un complemento del acto jurídico; como así también de dotar al niño “de suficiente legitimación para posibilitar su participación independiente (Martín Carral).

Cuando haya un conflicto de intereses entre lo que decida el adolescente y sus representantes legales, la norma citada presentemente establece que se debe resolver judicialmente de acuerdo a dos pautas: el interés superior del niño y la opinión médica respecto de las consecuencias de la realización del acto.

A partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para la toma de decisiones sobre su propio cuerpo, es decir el sistema se independiza de las previsiones de capacidad y competencia, es decir es considerado como un mayor de edad para decidir sobre una cuestión médica.

La cuestión fundamental sobre el tema abordado es que se necesita una nueva política de Estado, en el caso de los N.N.y A. deben llevarse a cabo políticas para la inclusión de niños y niñas para evitar que posteriormente arriben o lleguen a una ancianidad marginal.

La falta de compromiso por parte del estado y de la familia afecta el derecho a la dignidad (art. 52 del C.C. y C. de la Nación) de ésta población más vulnerable, que lo constituyen las Niñas, Niños y Adolescentes; es por ello y en consecuencia que debe existir un compromiso expreso por parte del Estado en la inclusión de medidas de protección de la infancia en los distintos planes que adopte el Estado para salvaguardar la salud de los mismos.

MÉTODOS

Este trabajo se llevó a cabo a través de compulsas bibliográficas sobre el tema abordado, analizando y comparando cada uno de los puntos desarrollados en la presente comunicación.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La República Argentina cuenta con una diversidad de norma jurídicas sobre el derecho a la salud; pero respecto a una parte de la población vulnerable que son los N.N Y A. adolescente empezó a vislumbrarse ese derecho con la CDN; luego con ley 26.061, con la ley del Paciente N°:26.529, quedando medianamente zanjada la aplicación concreta de este derecho con el C.C. y C. de la Nación. La pregunta es a nivel nacional

¿Se protege y se otorga este derecho a NNA? ¿Las políticas públicas nacionales y/ o provinciales son suficientes para que esta población vulnerable pueda acceder a este derecho? El Ministerio de Salud que tiene unas series de obligaciones esenciales para los NNA, ¿ha implementado el modelo de atención necesaria a los fines de reforzar la calidad y cobertura de los servicios de salud para dar respuestas eficaces a ésta población vulnerable?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carral, Martín ,S., “Una mirada al consentimiento informado de los niños en la ley 26.529” ,DFyP, 2010, pag. 239.

Código Civil y Comercial de la Nación. Editorial Contexto Edición 2019.

Rivera, Julio C. ; Medina, Graciela Directores. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo I. Editorial Thomson Reuter La Ley Año 2014.

Convención sobre los Derechos del Niño

Fernández, Silvia Eugenia.”Tratado de Derechos de Niñas ,Niños y Adolescentes” Segunda Edición Actualizada y Ampliada Tomo I. Cap..IV. Editorial Abeledo Perrot. Año 2021 Segunda

Gherzi, Carlos A. “Tratado del Derecho a la Salud” Tomo I. Directores: Gherzi, Carlos A. Weingarten, Celia. Editorial La Ley. Año 2012.

González del Solar, José H. “Derecho de la Minoridad” Protección Jurídica de la Niñez. Adenda Ley.26.061. Editorial Mediterránea.

FILIACIÓN

AUTOR 1: Docente investigador - PI 21G006 -

AUTOR 2: Docente investigador - PI 21G006 -