

Título: Análisis jurídico de la ley 26.928 de Protección Integral de las Personas Trasplantadas

Autores: Lafferrière, Jorge Nicolás - Berti García, Bernardita - Azcueta, Fermín

Publicado en: DFyP 2014 (abril), 01/04/2014, 163

Cita Online: AR/DOC/533/2014

"Son los trasplantes una realidad nueva que suscita situaciones de salud que tienen que ser atendidas con justicia y prontitud, en forma integral y acorde con el pleno desarrollo de la personalidad."

1. Introducción

El 4 de diciembre de 2013 el Congreso Nacional sancionó la ley 26.928 de creación del sistema de protección integral para las personas transplantadas (BO del 22/1/2014). El tema sobre el que trata esta ley es relativamente "nuevo", al menos en la doctrina jurídica y se encuentran pocos artículos sobre la específica problemática de las personas transplantadas. La doctrina se ha ocupado de los requisitos para la ablación (así ocurre actualmente con el debate sobre el dador "amigo" del receptor), sobre el tema de la determinación del momento de la muerte, sobre el tema del consentimiento presunto o ficticio, sobre los temas de los tejidos y las células madre a partir del almacenamiento de las células provenientes de cordón umbilical, entre otros temas.

Ahora, el Congreso Nacional dicta una ley que tiene por finalidad "crear un régimen de protección integral para las personas que hayan recibido un trasplante inscriptos en el Registro Nacional de Procuración y Trasplante o se encuentren en lista de espera para trasplantes del Sistema Nacional de Procuración y Trasplante de la República Argentina (SINTRA) y con residencia permanente en el país" (art. 1°).

En el presente trabajo nos proponemos analizar los antecedentes de la norma, sus disposiciones y realizar algunas reflexiones finales sobre la vinculación del derecho a la salud con los problemas de bien común y justicia distributiva.

2. Antecedentes

2.1. Las personas transplantadas en la ley 24.193 y su modificación por la ley 26.066

La ley 24.193 sobre trasplantes de órganos y tejidos humanos fue sancionada el 24 de marzo de 1993 y publicada en el Boletín Oficial el día 26 de abril de 1993 estableciendo las disposiciones que rigen la ablación de órganos y tejidos para su implantación de cadáveres humanos a seres humanos y entre seres humanos en todo el territorio de la República.

Con relación a la "protección" de las personas transplantadas, podemos decir que todo el texto original de la ley 24.193 tendía a proteger a las personas transplantadas en tanto se considera a los trasplantes como intervenciones biomédicas de riesgo y las normas legales apuntan a fijar recaudos para que tales actos médicos se realicen en las mejores condiciones. Pero si acotamos la idea de "protección integral" a los aspectos vinculados con la seguridad social y otras medidas de promoción humana, podemos mencionar las siguientes normas:

"ARTÍCULO 16.— En ningún caso los gastos vinculados con la ablación y/o el implante estarán a cargo del dador o de sus derechohabientes. Dichos gastos estarán a cargo de las entidades encargadas de la cobertura social o sanitaria del receptor, o de éste cuando no la tuviera. Las entidades encargadas de la cobertura social o empresas privadas de medicina prepaga deberán notificar fehacientemente a sus beneficiarios si cubre o no sus gastos".

"ARTÍCULO 17. — Las inasistencias en las que incurra el dador, con motivo de la ablación, a su trabajo y/o estudios, así como la situación sobreviniente a la misma, se regirán por las disposiciones que sobre protección de enfermedades y accidentes inculpables establezcan los ordenamientos legales, convenios colectivos o estatutos que rijan la actividad del dador, tomándose siempre en caso de duda aquella disposición que le sea más favorable".

También debemos mencionar que el art. 48 crea en el ámbito del INCUCAI "un consejo asesor de pacientes integrado por pacientes pertenecientes a las organizaciones que representan a personas transplantadas y en espera de ser transplantadas".

Igualmente, el art. 49 de la ley 24.193 crea el "Fondo Solidario de Trasplantes" y dispone con qué recursos se integra. (1) Según el inciso c del art. 46 de la ley mencionada corresponde al Directorio del INCUCAI "asignar los recursos del Fondo Solidario de Trasplantes, dictando las normas para el otorgamiento de subsidios, préstamos y subvenciones". Finalmente, el art. 51 de la ley dispone:

"ARTÍCULO 51.— Los recursos del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) serán depositados en una cuenta especial a su orden creada a estos efectos y destinados prioritariamente para asistir al desarrollo de los servicios que se realicen para tratamiento trasplantológico en

establecimientos públicos nacionales, provinciales o municipales, con el objeto de asistir a pacientes carenciados sin cobertura social, como así también a fomentar la procuración de órganos y materiales anatómicos necesarios a los fines de esta ley.

Las autoridades sanitarias jurisdiccionales deberán disponer la creación de servicios de trasplantes de órganos en instituciones públicas de adecuada complejidad en sus respectivas áreas programáticas".

La ley 26.066 (B.O. 22/112/2005) modificó diversas normas de la ley 24.193 en lo concerniente al consentimiento para ser dador de órganos luego de la muerte y al rol de la familia en la toma de decisiones. Igualmente, aunque sin modificar la redacción de la ley 24.193, el art. 14 de esta ley 26.066 dispone:

"ARTÍCULO 14.— El Ministerio de Salud y Ambiente deberá asegurar la provisión de los medicamentos y procedimientos terapéuticos necesarios que surjan como consecuencia de los trasplantes realizados en personas sin cobertura y carentes de recursos, conforme lo establezca la reglamentación de la ley".

Reglamentando el mencionado art. 14 de la ley 26.066, el Poder Ejecutivo por decreto 1071/2007 creó el Programa Nacional de Seguimiento Postrasplante "con el objeto de asegurar la provisión de los medicamentos y procedimientos terapéuticos necesarios a pacientes trasplantados que cuenten sólo con cobertura del sector público de salud" (atendiendo los gastos que demande el cumplimiento del mismo con las partidas del presupuesto asignado al Ministerio de Salud).

El Programa Nacional de Seguimiento Post-Trasplante "tiene como objetivo cooperar con las provincias argentinas para la cobertura del tratamiento de inmunosupresores que requieran los pacientes trasplantados con cobertura pública exclusiva, beneficiarios del Programa Federal INCLUIR SALUD (ex PROFE) (Res. MS N° 974/09) y pacientes de la Obra Social Bancaria Argentina (OSBA) (Res. MS N° 336/12)". (2)

En el presupuesto para el Año 2014 del INCUCAI se afirma como objetivo "consolidar y ampliar el Programa de Seguimiento Post-Trasplante:

— Implementar la ampliación del Registro de Seguimiento Postrasplante en el SINTRA para mejora del monitoreo y evaluación de los factores determinantes de resultados, incluyendo la incorporación de nuevas drogas no originales.

— Fortalecer el sistema de auditorías para la mejora de la gestión.

— Promover la unificación de fondos públicos destinados al financiamiento del trasplante de órganos, tejidos y células mediante la propuesta de nuevos sistemas de aseguramiento y gestión pública". (3)

2.2. Antecedentes provinciales

La sanción de normas de protección de las personas trasplantadas reconoce antecedentes a nivel provincial, siendo las provincias de Corrientes, Chaco y Santa Fe las pioneras en sancionar Sistemas de Protección Integral a favor de ellas. Cabe considerar que en todos los casos, estas legislaturas han adherido previamente a la ley nacional 24.193 antes referida.

2.2.a. Ley de Corrientes nro. 6.056

En el mes de julio del año 2011, la provincia sanciona por primera vez en nuestro país un Sistema de Protección Integral de las Personas Trasplantadas. La ley establece como objetivo "asegurar el acceso a los derechos sociales, facilitar el acceso laboral al sector público-privado, y brindar a los beneficiarios la oportunidad de desempeñar un rol equivalente al que ejercen las personas no trasplantadas" (art. 1°).

La norma tutela, fundamentalmente, el normal desenvolvimiento de la actividad laboral de las personas trasplantadas, por cuanto dispone (considerando la realización de exámenes pre-ocupacionales) que: "la causa del trasplante no será causal de impedimento para el ingreso laboral" (art. 2°), "la existencia de un certificado en cada caso de las posibilidades físicas y psicológicas de la personas trasplantada" (art. 3°). Asimismo delega en la reglamentación de la "tipificación de aptitudes, determinación de actividades, extensión de la jornada laboral, y actividades que por su peligrosidad queden vedadas a los afectados por tipo de trasplante" (art. 4°), exige "un certificado de trasplante otorgado por la Junta de Evaluación del centro sanitario donde se realizó el mismo, que especifique el tipo de trasplante, capacidad laboral, recomendaciones particulares de cuidados e inhabilidades" (art. 5°); y determina que "en toda controversia —sea judicial o administrativa— en la cual el carácter de trasplantado sea invocado para negar, modificar o extinguir derechos del trabajador, será imprescindible el dictamen del área respectiva del Ministerio de Salud Provincial" (art. 7°).

Además establece otros beneficios tales como:

— Pase gratuito para la utilización de servicios públicos de transporte terrestre de pasajeros —sometidos a la jurisdicción provincial— en ocasión de asistir a los establecimientos médicos donde se practican los controles

y/o rehabilitación necesarios con motivo del trasplante (art. 8°).

— Cupo o porcentaje sobre el total de las viviendas a adjudicarse de los diferentes planes provinciales, créditos especiales, cuando la persona trasplantada —sea o no jefe familiar— o su núcleo familiar carezca de vivienda propia (art. 11).

— Implementación de planes de acción para habilitar en todos los hospitales provinciales servicios y asistencia adecuados para dar continuidad a los tratamientos vitales que deben realizar las personas beneficiarias de la ley (art. 12).

— Creación de Hogares de Internación total o parcial para las personas trasplantadas que se encuentren realizando estudios de alta complejidad (art. 13).

— Provisión gratuita de medicamentos indicados para la recuperación y el mantenimiento del trasplante, como también de las enfermedades concomitantes al tratamiento de inmunosupresión (art. 14).

2.2.b. Ley de Chaco nro. 7.118 y de Santa Fe nro. 13.397

Este primer Sistema de Protección Integral, fue visto favorablemente por algunas legislaturas provinciales, las cuales —de manera similar— sancionaron sus respectivas normas.

En el mes de octubre del año 2012 la provincia de Chaco sanciona la ley 7.118, por la cual establece un "Sistema de Protección Integral en favor de las Personas Trasplantadas". A diferencia de su predecesora, la normativa determina claramente a sus beneficiarios: "se considera persona trasplantada a aquella que con residencia efectiva y comprobable en la provincia mínima de dos años, haya recibido un trasplante de órgano, tejido o célula por razones de supervivencia de acuerdo con constancias del Instituto Nacional Central Único de Ablación e Implante (INCUCAI)" (art. 2°). Asimismo, pone a cargo de la autoridad de aplicación, diversas funciones tales como: "...la creación de un Registro Provincial de Trasplantados; el diseño y planificación de políticas públicas y acciones que propicien y faciliten la prevención y protección de las personas trasplantadas; la coordinación de planes con instituciones, organismos y empresas a fin de lograr una plena inserción de los beneficiarios; la realización de un censo cada cinco años a los fines de contar con datos actualizados de población trasplantada necesarios para delinear políticas públicas que garanticen el cumplimiento de la ley..." (art. 7°).

La ley avanza en el ámbito de la tutela sanitaria, al considerar a las obras sociales, medicinas prepagas y demás entidades afines, corresponsables con el estado provincial en brindar a los afiliados una cobertura del cien por ciento a aquellas prestaciones que la autoridad de aplicación defina como necesarias y directamente relacionadas con el trasplante (art. 8°). Mientras que, para aquellas personas que no gocen de obra social, la ley amplía las prestaciones que el estado provincial debe garantizar en forma totalmente gratuita incorporando la atención psicológica, rehabilitación integral, toda práctica y/o estudios destinados a la terapia de otras patologías, ya sea que requiera internación o sea ambulatorio (art. 9°).

Además, contempla:

— La consideración de Actos Discriminatorios en los términos de la ley 23.592, a todo impedimento para el ingreso o permanencia de la relación laboral fundado en el ser trasplantado o donante vivo —tanto en el ámbito privado como público— (art. 16).

— El otorgamiento de licencias especiales, ante la necesidad de realización de manera periódica de controles o estudios, rehabilitaciones y tratamientos inherentes a la recuperación y mantenimiento del trasplante, sin que ello fuera causal de pérdidas de presentismo o despido (art. 17).

— La asignación de un seguro de desempleo por discapacidad a las personas mayores de edad que se encuentren en situación de desempleo forzoso y no cuenten con otro beneficio de carácter previsional (art. 18).

Recientemente, en el mes de noviembre del año 2013, la Legislatura de Santa Fe sanciona la ley 13.397, por la cual instituye un "Sistema de Protección Integral de las Personas Trasplantadas o en lista de espera de ser "trasplantadas". Con un criterio extensivo, incluye entre sus beneficiarios a aquellas personas "que tengan indicación médica de trasplante y se halle inscripta en la lista de espera del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implantes (INCUCAI)" (art. 2°).

La norma establece, entre otros tópicos —al igual que la antecesora ley chaqueña— la corresponsabilidad del estado provincial con las obras sociales y empresas de medicina prepaga por la cobertura gratuita a los beneficiarios de la totalidad de las prestaciones, estudios, diagnósticos, tratamientos, medicamentos, prácticas y asistencia relacionadas directamente con el trasplante, como las destinadas al tratamiento de otras patologías intercurrentes y concomitantes al tratamiento de inmunosupresión (arts. 7° y 8°).

Asimismo mejora las prestaciones brindadas por las anteriores legislaciones al incorporar:

— Alojamiento de los acompañantes de las personas trasplantadas en los Hogares de Internación, cuando estas últimas se encuentren imposibilitadas para desempeñarse por sus propios medios (art. 6°).

— La creación de un Programa de Alimentación, a fin de posibilitar el acceso a la dieta requerida por el trasplante de las personas beneficiarias carentes de recursos (art. 9°).

— El pase libre a los acompañantes de las personas trasplantadas a fin de hacer uso de los medios públicos de transporte de pasajeros sometidos a jurisdicción (art. 15).

— La implementación, por intermedio del Ministerio de Educación de la Provincia, de modalidades de enseñanza de educación domiciliaria y hospitalaria, que permitan a sus beneficiarios cumplir con las exigencias de los regímenes de educación de carácter obligatorio (art. 16).

3. La ley 26.928 de Creación del Sistema de Protección Integral de Personas Trasplantadas

3.1. El Proyecto de ley

El 5 de octubre de 2010 las senadoras Sonia Escudero y Graciela Di Perna presentaron un proyecto de ley de creación del Sistema de Protección Integral de Personas Trasplantadas (expte. S-3441/2010). Ese proyecto llegó a tener media sanción del Senado el 1° de junio de 2011, pero nunca fue tratado en Diputados.

Con ese antecedente, el 11 de abril de 2013 la Senadora Sonia Escudero volvió a presentar un Proyecto de Ley (expte. S-1510/2013) que dio origen a la actual Ley 26.928, sancionada el 4 de diciembre de 2013, creando así el Sistema de Protección Integral para Personas Trasplantadas.

En su proyecto, Escudero funda la necesidad de la promulgación de la ley en miras a la evolución del concepto de Discapacidad, el cual ha adoptado un enfoque social en el último tiempo. Es bajo este paradigma que entiende la incapacidad como un resultado de una interacción entre un ambiente inaccesible y una persona, que la Senadora considera que se ven excluidas de la legislación vigente aquellas personas que hayan recibido algún trasplante de órgano, tejido o célula y agrega que la imposibilidad de obtener el alta médica convierte a los trasplantados en "discapacitados".

Para Escudero el problema es que las personas trasplantadas dependen para su inclusión en el Sistema de Protección Integral de Discapacitados (ley 22.431) de un "valor químico": "la persona que ha recibido un trasplante se encuentra ante una gran problemática ya que, en primer lugar, existe una resolución del Servicio Nacional de Rehabilitación (disposición 577/2003, "Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad"), dependiente del Ministerio de Salud, de evidente inconstitucionalidad, pues establece que un valor químico determina si una persona trasplantada es o no discapacitada. Los ciudadanos trasplantados, entonces, si en forma circunstancial se encuentran por encima o debajo de dicho valor químico en una millonésima, son amparados o no por la ley 22.431, "Sistema de Protección Integral de los Discapacitados". (4) Y luego explica: " La paradoja que se da, en base a la situación planteada precedentemente, es que si una persona rechaza el órgano injertado, ingresa al art. 2° de la ley 22.431. Pero si en el lapso en el que se inicia el trámite administrativo, se lo comienza a tratar con medicación y se revierte el rechazo del órgano injertado, automáticamente se produce su exclusión del artículo mencionado. Es decir que en un lapso muy reducido de tiempo una persona trasplantada pasa de ser no discapacitada a discapacitada y nuevamente a no discapacitada. Cabe agregar, para un mejor entendimiento de la paradoja planteada, que el ciudadano trasplantado nunca es dado de alta, ya que vive inmunosuprimido (baja de las defensas del cuerpo debido a la medicación de sostén que tiende a evitar el rechazo del órgano injertado)".

Por estos motivos, propone la creación de un sistema de protección integral de las personas trasplantadas apuntando a la integración familiar y social mediante la atención médica, la educación, la seguridad social y la inserción. A diferencia de la ley sancionada, el proyecto originario no incluía a quienes están en lista de espera para trasplante (art.1). Veremos luego en detalle las diferencias entre el proyecto y la ley.

El proyecto incluía dos artículos instando al Ministerio de Educación a facilitar formas de enseñanza que permitan que los trasplantados cumplan con los regímenes de educación obligatoria y a agregar a los programas curriculares temas relacionados con la donación de órganos. Estos dos artículos, el 15 y el 16, no fueron agregados en la ley.

Junto con el proyecto de ley de la Senadora Escudero, corresponde mencionar la propuesta de los diputados Juan País y otros, quienes habían presentado un proyecto de ley de creación del régimen de protección integral de personas trasplantadas (expte. 4048-D-2013), que fue tratado conjuntamente con el proyecto venido de Senadores y que se había originado en la iniciativa de la Senadora Escudero.

3.2. El debate parlamentario

El 3 de julio de 2013 se aprobó en el Senado el proyecto de ley. La senadora Sonia Escudero explicó que la

norma busca darles un estatus a las personas trasplantadas, buscando ampliar los derechos. A continuación el senador Cano explicó que no existe legislación en la Argentina que aborde la problemática de las personas trasplantadas que nunca reciben el alta médica. Hizo evidente su apoyo al proyecto y transmitió su deseo de que Diputados transforme la iniciativa en ley. Se realizó la votación, aprobándose el proyecto de forma unánime, con 44 votos a favor.

El proyecto pasó entonces a Diputados, donde fue considerado en forma conjunta con el proyecto 4048-D-2013 antes mencionado y fue aprobado con modificaciones el 27 de noviembre de 2013. Las modificaciones habían quedado planteadas en el Orden del día 2738/2013. Durante la sesión, el proyecto se votó sin que se hiciera uso de la palabra para tratar el fondo del asunto. Los únicos que intervinieron fueron el Diputado Julián Obiglio para expresar el voto positivo de su bloque y el Diputado Maldonado, quien saludó a la Organización de Amigos del Hogar de Tránsito de Trasplantados de la provincia de Buenos Aires, que estuvo presente en representación de las organizaciones de trasplantados de toda la República Argentina y a un joven correntino Germán Montenegro, que envió por el sitio web change.org 65.546 firmas para que se le dé rápido tratamiento a este tema. Entre los cambios que introdujo la Cámara Baja se encuentran que el beneficio alcance a aquellas personas que hayan recibido un trasplante, que deben estar inscriptas en el Registro Nacional de Procuración y Trasplante, o encontrarse en la lista de espera. También se especificó que la credencial sea expedida por el INCUCAI, el tema de los pasajes en el transporte terrestre o fluvial, para aquellas personas que tienen que trasladarse para ver un médico, y que el Estado Nacional otorgue una asignación mensual contributiva equivalente a una pensión por invalidez.

Con las modificaciones regresó al Senado, que aceptó el nuevo texto y dio sanción definitiva al proyecto el 4 de diciembre de 2013.

3.3. Análisis de las disposiciones de la ley 26.928

a) Objeto y sujetos implicados

Dispone el art. 1º: "El objeto de la presente ley es crear un régimen de protección integral para las personas que hayan recibido un trasplante inscriptos en el Registro Nacional de Procuración y Trasplante o se encuentren en lista de espera para trasplantes del Sistema Nacional de Procuración y Trasplante de la República Argentina (SINTRA) y con residencia permanente en el país."

Este artículo nos brinda el objeto de la ley y los sujetos a los que se aplica. Respecto al objeto, se señala de forma genérica que es una "protección integral". A tal fin, serán los artículos siguientes los que precisarán cuál es el alcance de tal protección. A la luz de lo que hemos señalado respecto al proyecto y la consideración de las personas trasplantadas como personas con cierta forma de "discapacidad", cabe preguntarse si podría generarse algún tipo de solapamiento entre el régimen de esta ley y el régimen general de discapacidad. Queda claro que la ley no quiso incluir de forma explícita a las personas trasplantadas como "discapacitadas", pero dado el tenor del proyecto de ley original el planteo podría surgir en el futuro.

Respecto a los sujetos, quedan comprendidos:

— Quienes hayan recibido un trasplante y estén inscriptos en el Registro correspondiente. Entendemos que, si bien la ley no da una definición de quién es persona trasplantada, deben aplicarse las normas vigentes en el país, es decir, la ley 24.193 y su modificación por la ley 26.066.

— Quienes estén en lista de espera y con residencia en el país. En este punto, podemos advertir que la ley finalmente sancionada es más amplia y extensiva que el proyecto original que se limitaba únicamente a las personas trasplantadas.

b) Certificado del INCUCAI:

Dispone el art. 2º: "El Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) en coordinación con los organismos jurisdiccionales de procuración y trasplante, extenderá un certificado-credencial cuya sola presentación sirve para acreditar la condición de beneficiario conforme el artículo 1º de la presente ley".

El artículo establece que para acreditar la condición de beneficiario de los derechos reconocidos por la presente ley bastará la presentación de un certificado especial, el cual será expedido por el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), en coordinación con los organismos jurisdiccionales de procuración y trasplante. Es decir que basta con la sola acreditación del certificado para ser alcanzado por los beneficios reconocidos por esa ley.

El proyecto original de ley instruía que la autoridad que extendería dicho certificado sería el Ministerio de Salud de la Nación. Al ponerse en cabeza del INCUCAI la responsabilidad de expedir el certificado se pretende

evitar "desbordes", en palabras de Sonia Escudero durante la sesión del 4 de diciembre de 2013. (5)

Es interesante recalcar que, al ser un solo organismo el que centraliza la emisión de los certificados, se crea entonces un registro de personas que han tenido un trasplante. (Senador Cano, sesión del 4/12/13).

Un aspecto menor que seguramente será resuelto en la reglamentación refiere a cómo se acredita la condición de "acompañante" de un trasplantado a los que hace referencia el art. 5°, por ejemplo, en materia de viajes.

c) Autoridad de aplicación:

Dispone el art. 3°: "La autoridad de aplicación de la presente ley es el Ministerio de Salud, el que debe coordinar su accionar con las jurisdicciones y con los organismos nacionales competentes en razón de la materia. En las respectivas jurisdicciones será autoridad de aplicación la que determinen las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

El art. 3° establece que la autoridad de aplicación de la ley es el Ministerio de Salud, quedando a su cargo la coordinación del accionar junto a las jurisdicciones y con los organismos nacionales competentes en razón de la materia. Queda bajo su esfera entonces el correcto cumplimiento de todo lo instaurado en esta ley. El proyecto de ley en su versión original, a diferencia de la norma sancionada, establecía concretamente los objetivos y funciones de la autoridad de aplicación, los cuales se enumeran a continuación a modo orientativo:

- Implementar y evaluar el pleno y efectivo cumplimiento de lo establecido en la ley.
- Realizar los relevamientos necesarios, por medio del INCUCAI, a fin de optimizar la inclusión de información relevante para el cumplimiento de la norma.
- Proponer la adopción de medidas a otros organismos.
- Crear y mantener en funcionamiento "Unidades de Coordinación".

Finalmente, habrá que ver cómo se conjugan las normas de la nueva ley con las normas provinciales ya existentes y cómo se plasma en cada provincia el delicado equilibrio entre Nación y Provincia en lo que respecta a la atención de las temáticas aquí tratadas. En consonancia con el art. 3° que estamos comentando, el art. 13 invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "a adherir a la presente ley". Pareciera que algunas disposiciones son operativas sin más en todo el país (como el beneficio impositivo en temas de empleo previsto en el art. 9°) y otras normas tendrán que ser coordinadas con las provincias (como los programas de vivienda del art. 5°).

d) Cobertura de medicamentos y prácticas de salud:

Dispone el art. 4°: "El Sistema Público de Salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la obra social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben brindar a las personas comprendidas en el artículo 1° de la presente ley cobertura del ciento por ciento (100%) en la provisión de medicamentos, estudios diagnósticos y prácticas de atención de su estado de salud de todas aquellas patologías que estén directa o indirectamente relacionadas con el trasplante".

Establece este artículo el primer beneficio reconocido a aquellas personas que hayan recibido un trasplante. Se trata de que las personas comprendidas en el art. 1° de la ley reciban cobertura del cien por ciento en los siguientes rubros:

- provisión de medicamentos;
- estudios diagnósticos;
- prácticas de atención de su estado de salud.

El alcance de esta cobertura no es simplemente para aquellas patologías que estuvieran relacionadas directamente con el trasplante, sino también con aquellas que lo estuvieran de una forma indirecta. Sería interesante analizar si se puede definir un criterio desde el punto de vista médico para establecer que patologías se encuentran relacionadas indirectamente con un trasplante. Inclusive, más allá de una noción física, como definir el grado de relación en las patologías psicológicas o sociales. El proyecto de ley, por su parte, reconocía la cobertura de patologías indirectas únicamente para la provisión de medicamentos, excluyendo los otros dos supuestos.

El artículo establece, asimismo, quienes son los obligados a brindar la cobertura:

- El sistema público de salud.
- Las obras sociales enmarcadas en leyes 23.660 y 23.661.
- La obra social del Poder Judicial de la Nación.
- Dirección de ayuda social para el personal del Congreso de la Nación.
- Entidades de medicina prepaga.
- Entidades que brinden atención al personal de universidades.
- Agentes que brindes servicios médicos asistenciales a sus afiliados.

El proyecto de ley por su parte realizaba un encuadre más genérico hablando simplemente de las obras sociales regidas por leyes de la Nación, de organismos de cualquier naturaleza que cumplieran con los mismos fines, y de empresas de médica prepaga.

e) Pasajes terrestres o fluviales:

Dispone el art. 5º: "La autoridad de aplicación, a través del organismo que corresponda, debe otorgar a las personas comprendidas en el artículo 1º de la presente ley los pasajes de transporte terrestre o fluvial de pasajeros de jurisdicción nacional, en el trayecto que medie entre el domicilio de aquéllas y cualquier destino al que deban concurrir por razones asistenciales debidamente acreditadas. La franquicia debe extenderse a un acompañante en caso de necesidad documentada.

En casos de necesidad y por motivos exclusivamente asistenciales, se otorgarán pasajes para viajar en transporte aéreo".

Otros de los beneficios reconocidos por la ley es que se le otorgará a las personas trasplantadas los pasajes de transporte tanto terrestre como fluvial al destino, dentro de la jurisdicción nacional, al que deban concurrir por razones de asistencia, cuando esta fuera debidamente acreditada. Este beneficio es extensivo, en los casos en que fuera necesario, a un acompañante, debiendo estar dicha necesidad documentada. El proyecto original, por su parte, establecía que este beneficio sería extensivo a un acompañante, en los casos en que los trasplantados fueran niños, niñas o adolescentes.

Es clara la diferencia con el proyecto de ley que otorgaba un "pase libre" para este tipo de casos. La ley, por su parte, es más restrictiva ya que otorga pasajes especiales.

f) Planes de vivienda:

Dispone el art. 6º: "La autoridad de aplicación debe promover ante los organismos pertinentes, la adopción de planes y medidas que faciliten a las personas comprendidas en el artículo 1º de la presente ley, el acceso a una adecuada vivienda o su adaptación a las exigencias que su condición les demande".

Se trata del derecho que gozan las personas trasplantadas de tener acceso a una adecuada vivienda o su adaptación a las exigencias que su condición les mande. Es importante señalar que el presente derecho se diferencia del derecho personalísimo de todo ciudadano de acceder a una vivienda digna. En este supuesto, lo que se ampara, es la necesidad de que la misma esté adecuada a las necesidades de la condición del sujeto. La ley no ordena a la autoridad de aplicación brindar las viviendas, sino adoptar planes y medidas que faciliten el acceso o la adaptación.

El proyecto de ley original establecía un criterio de selección concreto para la facilitación de las viviendas: la carencia de recursos suficientes. La ley, en cambio, estipula que la mera acreditación de la condición de discapacidad hace ejercible este derecho. No hay necesidad de justificar el pedido, no importa la necesidad del trasplantado.

La ley tampoco establece ningún porcentaje al que debe obligatoriamente atenerse el Estado para reservar y otorgar las viviendas (ver el art. 9º del proyecto original).

g) No discriminación:

Dispone el art. 7º: "Ser trasplantado, donante relacionado o encontrarse inscripto en lista de espera del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) con indicación médica de trasplante, o ser acompañante de persona trasplantada en los términos que determine la reglamentación, no será causal de impedimento para el ingreso o continuidad de una relación laboral, tanto en el ámbito público, como en el privado. El desconocimiento de este derecho será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592".

Este artículo establece la prohibición de impedir el ingreso o la continuidad de una relación laboral, sea en el ámbito público como en el privado, tanto a una persona trasplantada, como a un donante relacionado, a un

inscripto en lista de espera o a un acompañante. Ese tipo de accionar será encuadrado como acto discriminatorio en el marco de la ley 23.592. En el proyecto de ley original no se incluía a los acompañantes.

El artículo parece a primera vista fundamentado y justo pero, haciendo una segunda lectura, entendemos que el mismo no hace alusión al motivo por el que se impide el ingreso o la continuidad laboral. Entendemos que debe interpretarse de manera razonable la norma, en coherencia con el resto del ordenamiento laboral y del mismo modo que en los otros casos de discriminación.

h) Licencias especiales:

Dispone el art. 8º: "Toda persona comprendida en el artículo 1º de la presente ley que deba realizarse controles en forma periódica, gozará del derecho de licencias especiales que le permitan realizarse los estudios, rehabilitaciones y tratamientos inherentes a la recuperación y mantenimiento de su estado de salud, que fueran necesarios sin que ello fuera causal de pérdidas de presentismo o despido de su fuente de trabajo."

El artículo dispone que toda persona que haya recibido un trasplante gozará del derecho de licencias especiales, siempre que deba realizarse controles de forma periódica. Estas licencias serán otorgadas para la realización de estudios, rehabilitaciones y tratamientos inherentes a la recuperación y mantenimiento del estado de salud. Recordemos que, en palabras de la senadora Escudero, el trasplantado nunca recibe el "alta médica", por lo que entendemos que este beneficio sería vitalicio. Por otro lado, se establece que estas licencias, no podrán afectar el presentismo laboral del trasplantado ni ser causal de despido.

i) Dedución especial para el empleador de personas trasplantadas:

Dispone el art. 9º: "El empleador tiene derecho al cómputo de una deducción especial en el Impuesto a las Ganancias equivalente al setenta por ciento (70%), en cada período fiscal, sobre las retribuciones que abone a trabajadores comprendidos en el artículo 1º de la presente ley".

El artículo sirve como incentivo al el empleador para la contratación de personas trasplantadas, ya que tiene derecho a que se le deduzca de las retribuciones que abone a estas personas, el 70% del Impuesto a las Ganancias, en cada período fiscal. En tal sentido, el art. 23 de la ley 22.431, modificado por la ley 23.021, establece el mismo beneficio en el caso de contratación de personas discapacitados. Sería interesante analizar por qué no recibe los otros beneficios que se reconocen en caso de contratación de discapacitados.

j) Programas de empleo:

Dispone el art. 10: "El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social debe promover programas de empleo, de emprendimiento y talleres protegidos, destinados a las personas comprendidas en el artículo 1º de la presente ley".

Queda a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social la promoción de programas de empleo, de emprendimiento y talleres protegidos, destinados a las personas que hayan recibido un trasplante.

A los fines de dimensionar el universo de personas trasplantadas, en los fundamentos de su proyecto, Escudero informa que se encuentran registrados en el INCUCAI 18.843 personas trasplantadas en lo que va de 2003 a la fecha (abril de 2013) y agrega: "De los 4.481 pacientes que se comunicaron con el Área de Atención al Paciente [del INCUCAI] entre el 01/01/2010 al 27/03/2013, el 29,33% manifestó tener un empleo —este porcentaje incluye a un 0,74% que tiene licencia por enfermedad—, mientras que el 36,67% de los pacientes manifestaron estar desempleados, de los cuales 9,91% manifestaron estar desempleados por elección. El porcentaje restante se agrupa de la siguiente forma:

- El 15,31% se encuentra Jubilado por edad.
- El 12,39% se encuentra Jubilado por discapacidad.
- El 5,07% son menores de edad.
- El 0,69 % son pensionados.
- El 0,2% no especificó su situación". (6)

A ello habría que sumar a las personas en lista de espera para trasplante.

k) Pensión por invalidez en caso de desempleo:

Dispone el art. 11: "El Estado nacional debe otorgar, en los términos y condiciones de la ley 13.478 y sus normas modificatorias y complementarias, una asignación mensual no contributiva equivalente a la pensión por invalidez para las personas comprendidas en el artículo 1º de la presente ley, en situación de desempleo forzoso y que no cuenten con ningún otro beneficio de carácter previsional. Si lo hubiere, el beneficiario optará por uno de ellos".

El artículo obliga al Estado nacional a otorgar a las personas trasplantadas, que se encuentren en situación de desempleo forzoso y que no gocen de otro beneficio provisional, una asignación mensual no contributiva, es decir, que no requiere de aportes o cotización previa para su otorgamiento.

Esta asignación, establece el artículo, será equivalente a la pensión por invalidez. En el proyecto de ley, se establecía que la asignación sería equivalente a una jubilación mínima, y sería otorgada únicamente a personas mayores de edad. La ley promulgada entendemos que no hace diferencias de acuerdo a la edad del trasplantado, lo cual hace difícil establecer cuando el menor de edad se encuentra en situación de desempleo forzoso. A tal fin es prudente considerar las leyes relacionadas con la contratación infantil. De este modo, quedarían excluidos de este beneficio los menores de 14 años, siendo que ellos no pueden celebrar un contrato de trabajo, por lo que no podrían de ninguna manera estar desempleados forzosamente.

4. Reflexiones finales

Las situaciones de particular vulnerabilidad reclaman una respuesta solidaria. Así, las personas trasplantadas atraviesan una situación de salud particularmente frágil y ello nos lleva a pensar respuestas creativas e integrales para garantizarles una adecuada atención. En tal sentido, el sistema de salud está atravesado por los principios de justicia, tanto conmutativa, como legal y distributiva, que ordenan la convivencia social en la perspectiva del bien común y la dignidad de la persona humana.

Así, en torno a esos dos principios, dignidad de la persona humana y bien común, deben analizarse estas leyes sobre salud. Desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana, no podemos menos que celebrar toda medida que apunte a permitir que se dé respuesta a las necesidades fundamentales de las personas trasplantadas o en lista de espera. Son los trasplantes una realidad nueva que suscita situaciones de salud que tienen que ser atendidas con justicia y prontitud, en forma integral y acorde con el pleno desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, es necesario que esa preocupación por la dignidad de la persona humana se articule con las exigencias del bien común. Así, podemos pensar en la interacción de dos principios fundamentales para el logro del bien común: el de subsidiariedad y el de solidaridad.

Lejos de un liberalismo individualista que conduciría a un "sálvese quien pueda" en materia de salud, tenemos que pensar cómo articular estos principios en las complejas condiciones de la vida del país. Así, si partimos del principio de subsidiariedad, se espera que sean las personas, las familias, las asociaciones y las agrupaciones intermedias de la sociedad civil las primeras encargadas de responder a las exigencias de la justicia para su pleno desarrollo. Pero por el mismo principio, sabemos que el Estado puede acudir en ayuda de esas personas, familias y asociaciones cuando se vean imposibilitadas de alcanzar por sí solas esos bienes buscados. Igualmente, el principio de solidaridad lleva a todas las personas a ser corresponsables del bien de los demás, asumiendo el cuidado de los más vulnerables cuando no pueden alcanzar los bienes considerados básicos.

Este delicado equilibrio entre la libre interacción de las personas, las familias y las asociaciones, y la intervención del Estado, junto con los aspectos de justicia conmutativa en los intercambios implicados en la atención de la salud es lo que está en juego en este tipo de leyes. Excede el ámbito de este trabajo una reflexión en profundidad sobre la interacción de estos principios en materia de salud y más concretamente en torno a la multiplicación de leyes que han significado una expansión de las coberturas obligatorias en el sistema de salud. Celebramos que se afiance una política inclusiva cuando se trata de demandas legítimas. Sin embargo, también sería importante una reposada y rigurosa consideración del sistema en su totalidad, para hacer un balanceo de las condiciones reales en que hoy se prestan los servicios de salud y cómo mejorar una aplicación eficiente y efectiva que apunte a atender los muchos problemas y carencias que todavía hay que padecer en la materia.

Dos aspectos más conviene mencionarse. Por un lado, la ley que comentamos se enmarca en las tensiones entre Nación y Provincias en materia de poder de policía de salud y sobre todo en la distribución de las cargas en la cobertura de salud. El problema es complejo y pareciera que esta ley ensaya un criterio de establecer algunos mínimos exigibles en todo el país (cobertura de medicamentos, beneficios impositivos), junto con la propuesta de beneficios que quedan a cargo de la autoridad nacional y que cada provincia decide si aplica.

El último aspecto a mencionar es la vinculación de este tipo de legislación con las normas de protección de la discapacidad. La senadora Sonia Escudero en los fundamentos del proyecto y en los debates parlamentarios claramente afirma que las personas trasplantadas son personas con discapacidad. Sin embargo, resulta llamativo que se haya optado por un sistema alternativo al sistema de prestaciones que se brindan a las personas con discapacidad (leyes 22.431 y 24.901). Esta duplicación de regímenes plantea crecientes dificultades hermenéuticas a los fines de comprender los alcances de los beneficios que se conceden en cada caso. Por otra parte, esta yuxtaposición se vuelve más compleja si consideramos la dispersión normativa que se verifica en la

temática de salud en nuestro país y que lleva a muchos a reclamar la sanción de una ley general de salud que ayude a ordenar el sistema y a darle coherencia y mayor fuerza para el logro del bien común.

(1) Varios incisos de este artículo fueron vetados por el decreto 773/1993, BO del 26/4/1993.

(2)

Fuente:

<http://www.incucai.gov.ar/index.php/institucional/lineamientos-estrategicos/20-lineas-de-accion/62-programa-nacional-de-seguim>

(3) <http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/ley2014/leydosatorce.html#titulouno>.

(4) Fundamentos del proyecto de ley de la Senadora Sonia Escudero, expte 1510-S-2013.

(5) "Recordemos que este es un tema que controla mucho el INCUCAI. O sea que el INCUCAI da el certificado de persona trasplantada. En consecuencia, no hay ninguna posibilidad de que esto desborde. El número de personas está absolutamente controlado justamente por el INCUCAI" (Sonia Escudero, versión taquigráfica del 4/12/2013, disponible en www.senado.gov.ar).

(6) Fundamentos del proyecto de ley de la Senadora Sonia Escudero, expte 1510-S-2013.

Información Relacionada

Voces:

BIOETICA ~ MEDICINA ~ TRATAMIENTO MEDICO ~ TRASPLANTE DE ORGANOS ~ LEY DE
TRASPLANTE DE ORGANOS ~ DERECHOS HUMANOS ~ PACIENTE ~ ENFERMEDADES ~
INSTITUTO NACIONAL CENTRAL UNICO COORDINADOR DE ABLACION E IMPLANTE ~
DERECHO A LA SALUD ~ TRABAJO ~ DERECHOS DEL TRABAJADOR ~ EMPLEADOR ~
DERECHOS DEL EMPLEADOR ~ DISCRIMINACION ~ DESEMPLEO ~ SEGURO DE DESEMPLEO ~
ASISTENCIA MEDICA