

# **DERECHO A LA SALUD Y EL USO AUTÓLOGO DE LAS CÉLULAS MADRE**

*Comunicación del académico Gregorio Badeni  
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias  
Morales y Políticas, el 14 de octubre de 2009*

*Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.*

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

[ancmyp@ancmyp.org.ar](mailto:ancmyp@ancmyp.org.ar)

[www.ancmyp.org.ar](http://www.ancmyp.org.ar)

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones en el mes de enero de 2010.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS  
MORALES Y POLÍTICAS  
JUNTA DIRECTIVA 2009 / 2010**

*Presidente* . . . . . Académico Dr. JORGE REINALDO VANOSI  
*Vicepresidente* . . . Académico Dr. HUGO O. M. OBIGLIO  
*Secretario* . . . . . Académico Dr. FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA  
*Tesorero* . . . . . Académico Dr. CARLOS PEDRO BLAQUIER  
*Prosecretario* . . . Académico Embajador CARLOS ORTIZ DE ROZAS  
*Protesorero* . . . . . Académico Ing. MANUEL SOLANET

**ACADÉMICOS DE NÚMERO**

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA..	03-08-76	Mariano Moreno
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE .....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA .....	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA .....	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Ezequiel GALLO .....	10-07-85	Vicente López y Planes
Dr. Horacio SANGUINETTI .....	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Carlos A. FLORIA .....	22-04-87	Adolfo Bioy
Dr. Leonardo MC LEAN .....	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI .....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Eduardo MARTIRÉ .....	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO .....	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO .....	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN .....	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Dardo PÉREZ GUILHOU .....	28-04-99	José de San Martín
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI.....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. Bartolomé de VEDIA.....	27-11-02	Carlos Pellegrini
Dr. Miguel M. PADILLA.....	24-09-03	Bartolomé Mitre
Sr. Jorge Emilio GALLARDO.....	14-04-04	Antonio Bermejo
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA .....	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA .....	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS....	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO .....	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET .....	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO .....	27-05-09	Domingo F. Sarmiento

## ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Pedro J. FRÍAS  
 Dr. Carlos María BIDEGAIN

## **DERECHO A LA SALUD Y EL USO AUTÓLOGO DE LAS CÉLULAS MADRE**

Por el académico DR. GREGORIO BADENI

En el marco del derecho a la salud se plantean las soluciones para los problemas suscitados, en el curso de los últimos años, con motivo del uso de las células madre y el trasplante de órganos. Se trata de algunos de los casos surgidos debido a los importantes progresos registrados como consecuencia de la investigación médica.

Las células hematopoyéticas, usualmente conocidas como células madre, se encuentran en los vasos placentarios y en el cordón umbilical obrantes en la placenta y el cordón umbilical que unen a una mujer embarazada con el niño por nacer. Son órganos propios de este último que se obtienen inmediatamente después de su nacimiento.

La sangre que contiene esas células madre puede ser preservada, por decisión de la madre o el padre, para el supuesto caso que, en el futuro y por razones médicas, resulte conveniente o necesario hacer un uso autógeno de las células para el tratamiento de ciertas enfermedades que padezca el titular de ellas, que es el hijo.

Conforme a las investigaciones médicas realizadas se ha comprobado que, el uso de las células madre, puede contribuir decisivamente para que una persona disfrute realmente del derecho al más alto nivel posible de salud, conforme lo establece el art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citado en el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental.

En efecto, conforme a los estudios médicos realizados, en algunos casos las células madre pueden ser utilizadas para efectuar trasplantes de manera similar a las de la médula ósea; el tratamiento con altas dosis de quimioterapia, seguido del rescate hematológico con determinadas células madre, es un tratamiento apropiado de personas con neoplasias hematológicas, como la enfermedad de Hodgkin; también estaría demostrado que la diabetes infantil, hasta ahora considerada de difícil curación, podría ser tratada mediante el uso autólogo de la sangre del cordón umbilical de los niños afectados; asimismo, se considera que las células madre podrían cumplir una función esencial en la medicina regenerativa; otro tanto en las terapias celulares como es la ingeniería de tejidos que, en el ámbito de la medicina, está en pleno desarrollo. En síntesis, se acepta que la utilización de las células madre es una alternativa médicamente válida para preservar o restablecer la salud en ciertos casos concretos sin vulnerar los principios de la bioética.

Las células madre pueden ser objeto de un uso autólogo o allogénico. En el primer caso, se aplican sobre el cuerpo de la persona de la cual fueron obtenidas. En el segundo, se aplican sobre el cuerpo de un tercero.

Como corolario de las investigaciones realizadas, en el ámbito privado –y en menor escala en el ámbito público– fueron organizados establecimientos médicos provistos de los recursos tecnológicos necesarios para la conservación de las células madre.

A tal fin, se concretan actos jurídicamente lícitos que consisten en contratos celebrados entre tales establecimientos y los

padres de un niño por nacer. En virtud de ellos, los establecimientos médicos se obligan a la concentración, criopreservación y almacenamiento en estado de congelación de las células madre, y permitir su uso cuando así lo requiera la contraparte. Asimismo, en el contrato, que reviste usualmente carácter oneroso, se contempla cuál será el destino que corresponde asignar a las células madre conservadas cuando se opere la resolución de la relación contractual. En definitiva, se trata de un acuerdo cuyo objeto es la guarda y conservación de una cosa propiedad del depositante —el niño—, con una finalidad expresamente determinada.

Cabe acotar que, normalmente, en los establecimientos privados se prevé el uso autólogo de las células madre. En cambio, en los establecimientos públicos, se contempla el uso alogénico que solamente es posible cuando existe compatibilidad entre su generador y el destinatario.

¿Puede el Estado regular el uso de las células madre? No cabe duda que puede hacerlo siempre que, esa regulación, sea razonable y no lesione arbitrariamente los derechos de las personas involucradas. Así, mediante la ley 25.932 se creó el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas con sede en el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) que es el organismo de aplicación de la ley. Pero esa norma se limita a regular la creación de un registro de donantes de células madre para su uso alogénico. Razonablemente, cabe entender que también se faculta al INCUCAI para regular las condiciones que deben tener los bancos de células madre para desarrollar su actividad.

Sin embargo, en varias oportunidades se ha propiciado una reglamentación que, vulnerando el principio de legalidad, incurre en una arbitraria lesión para los derechos que asisten a los titulares de las células madre. Propicia establecer que las células madre colectadas con anterioridad deben ser notificadas al Registro por los establecimientos que disponen de ellas e informar a los padres del

niño que pueden incorporarlos al Registro Nacional de Donantes para su uso alogénico. Además, aspira a que las células madre que se colecten en lo sucesivo para usos autólogos deben ser inscriptas en el Registro quedando disponibles para su uso alogénico.

La validez constitucional de semejante reglamentación sería altamente cuestionable en la medida que permite hacer uso de parte del cuerpo de un ser humano sin su conformidad, y hasta contra su voluntad.

En este aspecto, y a través de un análisis comparativo con la ley 22.990, se percibe la irracionalidad de tales proyectos reglamentarios.

El art. 43 de la ley 22.990 establece que la donación de sangre es un acto de disposición voluntaria, mediante el cual una persona acepta su extracción con fines exclusivamente médicos. El art. 54 añade que la autoreserva de sangre es la extracción que se le realiza a una persona para proceder a su guarda, custodia o conservación, con el objeto de serle oportunamente transfundida en caso de necesidad. El art. 55 dice que la relación entre el dador y el establecimiento responsable de la guarda se rige de acuerdo a las normas del Código Civil referentes al depósito regular. En otras palabras, se reconoce a toda persona la posibilidad de que su sangre sea conservada para su uso exclusivamente propio.

Algo similar acontece con la donación de órganos que, para ser tal, tiene que revestir carácter voluntario pues no puede existir una donación obligatoria o compulsiva. Así lo establecía la ley 25.392, y en cierto modo, lo dispone la ley 26.066 del “donante presunto”.

El uso de las células madre contra la voluntad de su titular, importa una lesión a los derechos de propiedad privada, al derecho a la intimidad, a la autonomía individual y al derecho a la salud.

Conforme a la clásica definición de la Corte Suprema de Justicia, el derecho de propiedad comprende “*todos los intereses*”

*que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad y se integra con todos los derechos que tengan un valor reconocido ya sea que surjan de las relaciones de derecho privado o de actos administrativos”<sup>1</sup>*. En este aspecto, las células madre son una parte de la persona que, tras su nacimiento, le son extraídas voluntariamente con un propósito determinado: el uso de ellas en el futuro y en su beneficio. Esa sangre que es guardada a su costo y para su beneficio, forma parte de su propiedad en un sentido constitucional.

Pero, desde el momento que la extracción se autoriza con un objeto determinado, es absolutamente inviable que una persona pueda ser privada de ese bien contra su voluntad. Su titular puede disponer libremente de esa propiedad, ya sea en forma onerosa o gratuita, pero no se le puede imponer una donación ni una venta forzosa, así como tampoco podría ser privado de ella mediante una expropiación.

Más allá de las discrepancias y múltiples definiciones que existen acerca del derecho a la intimidad, en todas ellas se destaca la característica de otorgar a su titular la facultad de mantener en secreto ciertos aspectos de su vida. Se trata de una libertad que tiene el individuo para preservar la invulnerabilidad de aquellos matices de su vida que no se introducen en el marco de la convivencia social.

Si bien la extensión del derecho es objeto de controversias doctrinarias, existe un acuerdo generalizado en que la libertad de intimidad implica la posibilidad de mantener en secreto distintos aspectos de su vida, impidiendo que el Estado o los particulares se introduzcan en esa esfera sin su consentimiento. Brinda una idea de refugio, de ocultamiento, de sustracción al conocimiento de los demás.

---

<sup>1</sup> Fallos C.S. 145:307.

Este derecho, que a nivel constitucional goza de una notable protección (arts. 18, 19, 33 y ccdd. CN), así como también en los tratados internacionales sobre derechos humanos, alcanza también al ADN de los individuos y su información genética.

El derecho a la intimidad genética puede ser definido como el derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética, *“es el derecho que tiene el sujeto para mantener su bio-autonomía interna libre de intromisiones, restringiendo el acceso a este tipo de información. Es una facultad básica que protege y respeta la intangibilidad de su patrimonio genético, ya que el genoma de cada individuo se diferencia del de cualquier otro. A través de éste la persona puede ser identificada individualizándose como sujeto biológico y unidad genética, dentro del orden jurídico”*<sup>2</sup>.

Si bien se acepta que sin una intervención corporal es muy difícil obtener el genoma de una persona, el hecho que pueda haber intervenciones corporales lícitas o consentidas no puede significar que sea lícito acceder al genoma. El elemento objetivo del derecho a la intimidad genética lo constituye el genoma humano, y por derivación, cualquier tejido o parte del cuerpo humano en el que se encuentre esa información genética. El elemento subjetivo está dado por esa voluntad del sujeto de determinar quién y bajo qué condiciones puede acceder a la información sobre su genoma. De allí que pueda sostenerse que la información personal del ADN es, sin dudas, una materia de protección jurídica.

En síntesis, si una norma legal o administrativa llegara a imponer a los bancos privados de células madre la obligación de suministrar a la autoridad pública los contenidos de aquellas reservadas para un uso autólogo, o de transferirlas para su uso alogénico, se producirá una situación en la que, esa autoridad, y

---

<sup>2</sup> Mercedes Galán Juárez, “Intimidad: Nuevas dimensiones de un viejo derecho”, pág. 237, Ed. Ramón Arces, Madrid 2005.

al amparo de una supuesta legalidad, podrá obtener toda la información genética de aquellas personas que pretendan conservar la intangibilidad de sus células madre.

Esa injerencia en la vida íntima del individuo puede tener los más diversos fines y objetos. Puede ser, desde luego, una finalidad médica la que inspire esa irrupción, pero también pueden serlo intereses de todo otro tipo no consentidos por el titular de las células madre.

El art. 19 de la Constitución Nacional, en su primera parte, establece un principio propio de los sistemas políticos democráticos: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”*.

Este artículo, del cual se extrae el derecho a la intimidad, no se limita al reconocimiento de esa libertad concreta, sino que, implica también el reconocimiento de un principio de libertad o autonomía individual.

El principio de autonomía de las acciones privadas, es el reconocimiento por parte de la Constitución de una facultad básica y elemental de todo ser humano para elegir su plan de vida y de desarrollarse conforme al modelo de virtud que, equivocado o no, considere más adecuado.

La norma constitucional no se limita a proteger acciones o conductas que se desarrollan fuera del conocimiento de los demás, sino que va mucho más allá. Representa, como sostuviera Caballero<sup>3</sup>, un sector de la libertad personal cuya relevancia se traduce en la garantía genérica que el Estado democrático y liberal reconoce al ciudadano y que, a la luz de nuestro derecho, se concreta

---

<sup>3</sup> José Severo Caballero, “Acciones privadas de los hombres y autoridad de los magistrados”, pág. 31, Ed. La Ley, Buenos Aires 1989.

hoy en la libertad de conciencia, de religión, de ideología política, de pensamiento, entre otras.

Profundizando la valoración de este principio, Werner Goldschmidt ha señalado que el valor mismo de justicia consiste en asegurar a cada persona una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, de personalizarse<sup>4</sup>.

Se trata, reiteramos, de una libertad fundamental en los sistemas políticos democráticos y que es negada en los sistemas totalitarios. En estos últimos, y en función de la idea que les sirve de sustento, es inadmisibles la división entre lo público y lo privado, entre un plan de vida particular y el plan de vida que nutre al sistema<sup>5</sup>.

Precisamente, ese plan de vida particular quedaría vulnerado si, una norma legal o administrativa, llegara a impedir la conservación de las células madre para su exclusivo uso autólogo. Esa conservación sólo sería viable hasta tanto la autoridad pública decidiera disponer su uso alogénico en beneficio de cualquier otra persona.

Semejante prohibición, además violaría el límite constitucional al impedir llevar a cabo una actividad que no afecta a terceros, que no pone en juego el orden público y mucho menos a la moral pública. En todo caso, muchos podrían creer inmoral –y con justa razón– que el Estado arrebatase a los individuos su propiedad o su propio cuerpo.

El hecho de que una familia decida conservar las células madre de sus integrantes, es una elección de vida que muchos podrán considerar atinada, y otros entender que es desatinada. Incluso suponiendo que llegásemos a la conclusión de que la conservación con fines autólogos carece de mayor utilidad, podríamos

---

<sup>4</sup> Werner Goldschmidt, "Introducción filosófica al derecho", pág. 417, Ed. Depalma, Buenos Aires 1985.

<sup>5</sup> Orlando Figes, "Los que susurran", pág. 49, Edhasa, Buenos Aires 2009.

preguntarnos si ¿puede el Estado, como consecuencia de poseer una supuesta mayor información, disponer de las células madre o si, por el contrario, ella debe quedar librada a la voluntad de los individuos? Precisamente, esta última es la alternativa que adoptó el constituyente en el art. 19 de la Ley Fundamental.

Una de las funciones fundamentales del Estado consiste en desarrollar, directamente, la medicina preventiva y curativa en resguardo del derecho a la salud. Ella, en su momento, fue ejecutada eficientemente a través de los hospitales públicos gratuitos. No solamente prestaron un servicio fundamental para la sociedad, sino también contribuyeron a la capacitación profesional de los médicos.

Paulatinamente, se fue deteriorando el rol estatal en materia de salud debido a la insuficiencia de recursos y a la deplorable administración de los existentes. La ineptitud del Estado no pudo satisfacer la complejidad de la medicina moderna que requiere de crecientes recursos materiales y humanos.

El derecho a la salud, consecuencia elemental para disfrutar del derecho a la vida, resulta de una interpretación teleológica de la Constitución. Está reconocido, implícitamente, en sus arts. 14 nuevo, tercer párrafo, 19, 33, 41, 75 incs. 18, 19 y 23, sin mengua de la referencia al bienestar general incluida en el Preámbulo.

A este derecho se refieren varios de los tratados internacionales sobre derechos humanos que enuncia el art. 75, inc. 22, de la Constitución.

Así lo hace la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sus arts. I, VII, XVI y, en especial, el art. XI al establecer que *“toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”*.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, prevé el derecho a la salud en sus arts. 3, 22 y 25. Este último dispone que toda persona tiene derecho a la salud, al bienestar, a la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra el derecho a la salud a través del reconocimiento del derecho que tiene toda persona para que se respete su vida (art. 4°).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refiere al derecho a la vida en sus arts. 9°, 10, 11 y 12. Este último establece que los Estados “*reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”.

El derecho a la salud se traduce en la potestad del individuo para exigir su satisfacción al Estado, el derecho a que nadie perjudique su salud y el derecho a recuperar la salud.

La Corte Suprema tiene resuelto que el Estado debe proteger la salud pública<sup>6</sup>. Que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, siendo su secuela el derecho a la salud<sup>7</sup>. La autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud mediante acciones positivas<sup>8</sup>. El Estado tiene el deber de asegurar a los menores discapacitados los tratamientos médicos en la medida que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependan, o los entes de obra social a que estén afiliados<sup>9</sup>. El Estado tiene la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento del sida<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Fallos CS 31:274; 310:112.

<sup>7</sup> Fallos CS 326:4931.

<sup>8</sup> Fallos CS 324:3569; sentencia del 24 de mayo de 2005 en el caso “*Orlando c. Provincia de Buenos Aires*”; LA LEY, 2002-D, 620; DJ, 2002-2-598.

<sup>9</sup> Fallos CS 327:2127.

<sup>10</sup> Fallos CS 323:1339.

También tiene resuelto que existe una íntima relación entre las enfermedades graves y el derecho a la vida<sup>11</sup>, con la consecuente obligación de la autoridad pública para garantizar ese derecho con acciones positivas; que el sistema nacional de salud, establecido por la ley 23.661 y sus modificatorias, impone su acatamiento por las autoridades provinciales, articulando mecanismos idóneos para encauzar la entrega de medicamentos con la rapidez necesaria<sup>12</sup>; que es insostenible el argumento provincial respecto a que la razón por la cual no está cubierta una patología en particular no puede provocar una desigualdad con relación a otras personas que se encuentran en una situación similar, aunque con enfermedades diferentes<sup>13</sup>.

La crisis del hospital público fue la causa del surgimiento de las obras sociales de medicina y, posteriormente, del auge de las empresas privadas de medicina prepaga. Su desarrollo se concreta mediante una relación contractual voluntaria en la cual, el afiliado queda obligado al pago periódico de un abono y, la empresa, a prestar los servicios médicos y hospitalarios concertados.

Es un contrato de derecho privado y no de derecho público, bilateral, oneroso, de ejecución continuada y que, generalmente se celebra con las características de un contrato de adhesión. Esta modalidad determina que, por vía administrativa o judicial, se procure evitar la inclusión de cláusulas abusivas o manifiestamente extrañas a los principios de buena fe que deben regir en las relaciones contractuales<sup>14</sup>.

El colapso del servicio médico estatal fue el factor determinante en el surgimiento de esos emprendimientos privados que

---

<sup>11</sup> Fallos C.S. 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:3569; 326:4931.

<sup>12</sup> Fallos C.S. 323:3229.

<sup>13</sup> Fallos C.S. 328:1708.

<sup>14</sup> Fallos C.S. 324:677; 325:677; sentencia del 2 de diciembre de 2004 en el caso “V.W.J. c. *Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles*”.

dejaron de ser complementarios para amplios sectores de la población.

Si bien esos emprendimientos surgieron de manera espontánea satisfaciendo una necesidad social, pronto quedaron sujetos a una serie de regulaciones estatales mediante la imposición de programas médicos obligatorios que, muchas veces, abarcan prestaciones médicas sumamente onerosas que desembocan en un encarecimiento de los servicios traducido en el incremento del precio que paga el abonado o, en su defecto, en la prestación de servicios de menor calidad.

En ambos casos se manifiesta un riesgo. En el primero, el retorno a un precario hospital público de los abonados que no cuentan con recursos suficientes para afrontar el alza de las cuotas. En el segundo, la pérdida de la excelencia que siempre caracterizó a la medicina privada.

Como modelo de esta crítica, cabe citar la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia al resolver el caso “Cambio de Nealon c/ CEMIC”<sup>15</sup>. La mayoría del Tribunal, confirmó la resolución que había condenado al CEMIC a entregar a un afiliado menor de edad la medicación psiquiátrica solicitada y una silla de ruedas con características especiales y plegable. Sostuvo que el contrato que une al afiliado con la entidad de medicina prepaga es un contrato de adhesión, cuyas cláusulas deben ser interpretadas de la manera más favorable al consumidor. Añadieron que el art. 1º de la ley 24.754 establecía que las entidades de medicina prepaga debían cumplir, como mínimo, con la cobertura de las prestaciones médicas y asistenciales establecidas para las obras sociales por ley, y las determinadas por su reglamentación incluyendo aquellas que requieran la rehabilitación de personas discapacitadas. Como consecuencia, la empresa debía asegurar a sus afiliados tanto las coberturas pactadas, como las impuestas legalmente.

---

<sup>15</sup> Fallos C.S. 330:3725.

En el voto en disidencia, las juezas Elena Highton de Nolasco y Carmen Argibay consideraron que la legislación no incluía entre los sujetos obligados a las empresas de medicina prepaga, tal como resulta de la ley 24.901. Igual temperamento sostuvo el juez Lorenzetti, agregando que la garantía constitucional referente a la salud no podía ser exigida a quien celebró un contrato cuyas obligaciones no contemplan la prestación del servicio requerido, porque se estaría afectando su capacidad de servicios si la empresa tuviera que afrontar prestaciones no pactadas, desembocando en la destrucción del sistema privado de salud. En tales casos, le correspondía al Estado la satisfacción plena del derecho del accionante a las prestaciones médicas. Asimismo, y considerando las particularidades del caso para que no se produjera la cesación de la asistencia médica, propuso que ella se mantuviera a cargo de la empresa generando un crédito contra el Estado.

También se ha resuelto que, el incumplimiento de los servicios por una federación médica gremial, en su carácter de entidad de medicina prepaga, constituye una violación a la ley que tutela los derechos del consumidor. Siendo así, es válida la sanción aplicada por la autoridad administrativa como consecuencia de la denuncia formulada<sup>16</sup>.

Resulta innegable que, la seguridad social, debe estar asegurada por el Estado y que su concreción, por vía directa, tendría que estar a su cargo, sin perjuicio de las prestaciones complementarias que puedan provenir del sector privado. La paradoja reside en que el Estado transfiere su obligación primaria a ese sector y, simultáneamente, mediante una regulación propia de un servicio público estatal, le impide a los emprendimientos privados satisfacer, con un grado elevado de excelencia, las necesidades que determinaron su conformación.

---

<sup>16</sup> Caso “Federación Médica Gremial de la Capital Federal c/ Estado Nacional”, resuelto por la Corte Suprema el 18 de noviembre de 2008.

En esta área, como en tantas otras atinentes a la seguridad, al claudicar el Estado en su deber de satisfacer las necesidades sociales, la actividad privada cubre los vacíos respondiendo a una demanda colectiva, pero mal se puede exigir legalmente que ella supla la inoperancia del Estado.

La eventual limitación legal o administrativa para el uso autólogo de las células madre por su titular, también importa una lesión para su derecho a la salud. Lo cierto es que el uso autólogo es una alternativa médicamente válida para preservar la salud y que, si llegara a ser sustituida absolutamente por el uso alogénico, determinaría que nuestra única alternativa sería la de ingresar a un inmenso e inseguro Leviatán público. A un banco socializado merced a la apropiación de nuestro cuerpo y afectado al uso alogénico de las células madre.

Consideramos que privar a los individuos de la posibilidad de conservar partes de su cuerpo para provecho propio, y así disponer de una alternativa adicional para hacer frente a las enfermedades que, quizás, de otro modo resulten incurables, importa negarles el ejercicio pleno del derecho a la salud.

## **OBSERVACIONES Y COMENTARIOS**

presentados por los señores académicos:

*Académico Leonardo Mc Lean*

Considero que el tema que ha desarrollado el académico Badeni es de suma importancia, a mí me ha ilustrado mucho su información desde el punto de vista jurídico, aspecto que desconozco. Yo como médico, y al no ser mi especialidad, no soy un experto en células madre, pero quisiera hacer un pequeño resumen sobre los conocimientos que tengo al respecto, porque a veces aun entre los mismos médicos y en gente que desconoce el tema sobre células madres, es algo que por ahí preocupa por considerar que es algo incorrecto o que está fuera de la ética o no aceptado por la Iglesia. Todo lo contrario, creo que en relación a las células madre tenemos que ver dos grandes grupos: por un lado la célula madre germinal o embrionaria, y es aquí donde, desde el punto bioético tendremos que tener muchos reparos, porque habitualmente esas células madre son obtenidas del blastocisto, que es la célula resultante de la fecundación del óvulo por el espermatozoide y que ha entrado en su etapa de maduración y de proliferación, antes de implantarse en la matriz. Es de allí de donde se obtienen las células madre germinales. Éstas se podrán obtener por procedimientos de fertilización in vitro con manipulación de embriones, de los cuales unos se aprovecharán para estos resultados, otros se congelarán o

se desecharán. Pero el tema que nos trae el académico Badeni no es el de las células madre germinales, sino el de las células madre adultas, que son de dos tipos y que forman dos grandes grupos. Unas son las que se obtienen de la piel, del intestino, del hígado y de otros órganos y que es totalmente lícita y ética la experimentación, lógicamente bajo protocolos serios de investigación, pero podríamos decir que aún estamos en una fase de investigación. Y con respecto al tema específico que nos trae esta tarde el académico Badeni, es el que se refiere las células madre hematopoyéticas, que vienen de la sangre del cordón umbilical y también de la médula ósea. Él muy bien comentó que hay enfermedades del sistema hemátópoyético, como ser el mieloma, y en otras enfermedades degenerativas neurológicas, como la esclerosis múltiple, en que se ha visto en algunos casos que la administración de estas células madre mejora sensiblemente la evolución del proceso. También han habido observaciones en pacientes con cáncer que han recibido quimioterapia con el agregado de estas células madres, en que ha sido de mayor efectividad el resultado terapéutico. No quisiera entrar a discutir respecto al uso de células alogénicas, las que en el caso en que se tenga la plena aceptación y conformidad de quien las dona, no se estaría violando ninguna regla ética, distinto sería que sea el Estado quien trate de imponer esta donación lo que violaría una ley ética. Con respecto a la auto transfusión, este es un procedimiento que desde hace mucho tiempo se viene usando y sería ideal que cada uno de nosotros pudiéramos tener en un banco de sangre nuestra propia auto transfusión por si la llegáramos a necesitar algún día. Respecto a la donación de órganos sin lugar a dudas es algo muy generoso y que puede salvar a muchas vidas. Como médico en el ámbito de esta Academia quiero dejar claro como conclusión de que casi todos estos estudios que se están haciendo con células madre adultas y hematopoyéticas, son estudios que están en fase 1, fase 2 ó fase 3, pero que todavía no hay una definición exacta, por lo tanto, a pesar de todos estos resultados prometedores, considero que no estamos autorizados por no ser

ético el hacerlo, salvo en determinados grupos de experimentación bajo protocolos muy serios, porque también está demostrado que se pueden provocar daños al paciente. En animales de experimentación se han observado tumores de tipo teratoma y en Rusia existe la observación de que en un ser humano al que se le inyectaron en forma experimental células madre germinales se desarrolló este tipo de tumor. Considero el tema de un enorme interés, más como lo ha desarrollado el académico Badeni, y que es algo que se debería seguir estudiando.

*Académico Hugo O. M. Obiglio*

En primer lugar deseo felicitar al Dr. Badeni porque el tema que ha abordado tan lucidamente trasciende la situación particularísima de guardar en un depósito algo humano, en este caso la placenta y el cordón umbilical. De hecho nosotros sabemos que existen grandes depósitos de sangre simplemente como un principio de orden estratégico. La razón es que frente a un conflicto o una catástrofe se necesita disponer de enormes cantidades de sangre o plasma, y no solamente frente a un conflicto, sino a un problema generado por un error técnico, como ocurriera en la central nuclear de Chernóbil. Las aplasias medulares que se generaron justamente por esta falla del reactor nuclear tan particular, hizo necesario disponer de elementos humanos, sangre y derivados desde hace tiempo atrás en reserva; este es el primer punto.

El segundo, es cómo disponemos nosotros de esos depósitos personales. Es un depósito personal para mí el tener mi sangre y disponer de ella cuando la necesite para una operación, como muy bien lo ha expuesto el académico Mc Lean. Sí, de hecho hoy en las operaciones en donde realmente se sabe casi con certeza que se va a necesitar de una cantidad determinada de sangre, se sugiere por precaución que sea la propia del paciente que va a ser intervenido la que se extrae quince o veinte días antes, no más, y se mantiene

en reserva para aplicar si fuera necesario. Esto evita los errores técnicos de dejar pasar las enfermedades de cualquier naturaleza, no hablamos solo del SIDA, sino de toda otra enfermedad infecto-contagiosa o complejo de orden viral de alto riesgo. El tema es que en principio este depósito de células madres tiene en lo que hace a un futuro, la posibilidad de que ese material pueda ser utilizado como bien lo ha señalado también el académico Badeni, con un perfil alogénico, nos preguntamos entonces: ¿se puede vender o no se puede vender material humano? Estados Unidos tiene en algunos estados la posibilidad de disponer de determinada cantidad de sangre porque hay dadores pagos. Eso ocurrió antes de Ford en 1974. Pero una cosa es vender sangre bajo determinados márgenes de seguridad, aceptados internacionalmente y otra sería comercializar las células madre del cordón umbilical y placentarias. Entonces ese costo, ese pago que uno va a hacer de algo que está en reserva ¿es aceptable o no es aceptable? Bioéticamente hablando, uno podría recibir, de hecho existe documentación cierta, un pago por donar sangre, ya que se considera en este caso el lucro cesante, el tiempo que está detenido, lo que puede significar después un breve receso laboral, el costo del traslado, en fin una cantidad de cosas.

Personalmente no acepto esta situación. Es un aspecto discutible pero si cuestionamos la comercialización de la sangre en depósito menos podremos aceptar que se negocie con células madre, en este caso alogénicas, porque en realidad las autólogas de alguna manera están pagando un precio, están realmente mantenidas por una tecnología que tiene un costo y que en algún momento, como bien dijo el académico Mc Lean, pueden o no ser utilizadas. Entonces dos cosas: lo que yo guardo para mí puede tener un costo, pero lo que realmente yo no guardo para mí, pero que el Estado me obliga a depositar, ¿es vendible o no es vendible? Este es un planteo a hacerse. Yo creo que no, es decir creo que realmente así como existe un registro deficitario incompleto, real-

mente mal ordenado en todo lo que hace a la parte de transplantaología renal, donde seis mil personas que necesitan trasplante y la capacidad de reservas simplemente de registro está totalmente superada y la espera para el trasplante puede llevar años, a pesar de lo cual la ley no permite la comercialización de ningún órgano, sea riñón, lóbulo hepático u otros. Reflexionando en el actual planteo podemos decir que no tenemos derecho a vender nuestro cuerpo y es tan cuerpo para nosotros la sangre que disponemos en reserva como el material de la placenta, médula ósea que se conserva menos frecuentemente y cordón umbilical. Tiene que ser muy limpio, tiene que quedar muy claro que su disponibilidad estará en función, en este caso de la alogenia, de la compatibilidad inmunológica del individuo porque por más buena voluntad que tenga de ceder un paquete de células estaminales o de células madre, si la inmunología no es *capaz* con el que la va a recibir, el procedimiento no sirve de nada.

El último aspecto que ha sido mencionado acá, es que esto no ha cerrado un protocolo de investigación; en esto están los medios de comunicación presentes creando expectativas. Pasé hace tres años un gran papelón en México, Distrito Federal, cuando me preguntaron: “doctor como están los bancos de placenta en los sistemas privados argentinos”. No tenía la menor idea de la existencia en ese momento de bancos placentarios o de cordón umbilical, enterándome a mi regreso que recién se empezaban a ordenar este tipo de procedimientos. Quiere decir que en el mundo hace tiempo que se está trabajando sobre este tema. En última instancia entiendo que está muy bien tratar de preparar para el futuro células estaminales adultas, como lo dejó muy claro el doctor Mc Lean puesto que las embrionales plantean todo un problema de orden ético insalvable por el momento porque la extracción de una de esas células conlleva a la muerte del embrión. Finalmente todo esto nos dirige inexorablemente a un planteo de orden ético que se centra en el campo de la reingeniería genética, no sólo estoy

preparando un nuevo tejido sino que estoy tratando de corregir patologías preexistentes. La reingeniería genética, el registro de células madres alogénicas, y la crioconservación de material biológico exige una seriedad absoluta. Se requiere una presencia de la justicia frente a este hecho y una reglamentación que de alguna manera haga que esto se convierta en un camino cierto de beneficio para la humanidad. Como bien se dijo al comienzo, es una acogida más al derecho a la vida y al derecho a la salud de la persona. Sin jurisprudencia, sin orden establecido, sin una reglamentación se desencadenaría un infierno.

*Académico Gregorio Badeni*

Estoy muy agradecido a los académicos Obiglio y Mac Lean por sus intervenciones. Ellas han enriquecido los conceptos elementales que vertí sobre aquellos aspectos que son propios de sus incumbencias. Está claro que los bancos privados de células madre se crearon para el uso autólogo de ellas. La obtención, depósito y conservación de las células madre es consecuencia de un contrato oneroso entre los padres y los establecimientos médicos privados que regulan todos los aspectos que puede presentar la relación jurídica concertada, aunque los titulares de esas células, en cuanto a su propiedad, no son los padres sino sus hijos. Es razonable que, en los bancos privados, no exista interés en obtener células madre para su uso alógeno, porque, como su objeto no reside en la comercialización de ellas, difícilmente algún particular estará dispuesto a afrontar los costos correspondientes. Los establecimientos privados se limitan a conservar las células madre con cargo de entregarlas o darles el destino acordado con el contratante. Ese destino o finalidad, es el uso de las células madre en el propio cuerpo de su titular o de algún familiar muy cercano y con un objeto curativo. La colección de células madre para su uso alógeno se está realizando en el Hospital Garrahan con una finalidad onerosa. Ellas provienen de donantes directos o indirectos que

aceptan ceder el uso de tales células en beneficio de terceros. Pero la aplicación alógena de las células madre no es gratuita, pues el costo requerido por el hospital público oscila entre cinco mil y quince mil dólares americanos. Con la particularidad que, como bien decía el académico Obiglio, se ignora si ese uso acarreará resultados satisfactorios porque, al margen de estar en pleno desarrollo el proceso de investigación médica, también se ignora en el caso concreto si habrá compatibilidad genética con el organismo al cual se destina. En cambio, en el uso alógeno, esa compatibilidad es indudable.

*Académico Alberto Rodríguez Varela*

Quiero felicitar al Dr. Badeni por su eximia disertación y hacer un breve comentario sobre algo que anticipó en su intervención el Dr. Obiglio.

En el curso del siglo veinte hemos visto graves atentados contra la vida inocente ejecutados con observancia formal de la ley positiva y los reglamentos. Baste recordar que a partir de 1939 se dispuso en Alemania la obligación de declarar los recién nacidos con defectos físicos a fin de disponer su exterminio. Poco después se puso en marcha la denominada Acción T-4. Se dio este nombre al conjunto de disposiciones legales y al programa eutánico destinado a suprimir las denominadas “vidas humanas sin valor”. Un gobierno satánico, que paradójicamente alcanzó el poder por la vía electoral, encaminó al pueblo alemán hacia la senda desviada y degradante trazada por Nietzsche, A. Hoche, K. Binding y A. Guett.

Martín Diego Farrell, en su libro “La ética del aborto y la eutanasia”, recuerda que mediante un decreto del 1º de septiembre de 1939, y tal vez como un ensayo general para los hornos crematorios, Hitler exterminó mediante cámaras de gas alrededor de 275.000 personas que padecían diversas deficiencias físicas o

mentales, desde mongólicos hasta sicóticos, pasando por escleróticos y paralíticos.

No puede sorprender que después el genocidio haya adquirido dimensiones de holocausto, pereciendo millones de personas por aplicación de las aberrantes normas racistas sancionadas por el nacional-socialismo.

El Tribunal de Núremberg condenó a muerte al doctor Karl Brandt, director del programa eugenésico, y a otros médicos colaboradores, por esos incalificables homicidios eutanásicos. Estos hombres pasaron rápidamente de la muerte provocada para evitar dolores a la eliminación sistemática de minusválidos. Perdida la noción de dignidad inherente a toda persona, no hubo límites para quienes se atrevieron a aplicar posteriormente políticas genocidas mediante normas positivas que fueron la negación del derecho.

El avance materialista y relativista que, con pretextos tecnológicos y eugenésicos, vulnera de modo directo el derecho a la vida, fue lento en los comienzos de la segunda postguerra mundial. El recuerdo horroroso de las experiencias nacional-socialistas frenó los impulsos eutanásicos, la legalización del aborto y el manipuleo de embriones. Pero en las últimas décadas la experiencia hitlerista comenzó a perderse en las brumas del pasado, observándose que pueblos de antigua tradición espiritualista rompen con sus raíces culturales y morales y arrojan por la borda todo freno inhibitorio de carácter ético.

Al pretender emancipar la medicina de la ley moral, se ha avanzado últimamente hasta extremos verdaderamente impresionantes que urge revertir a través del retorno de las leyes positivas al cauce marcado por los principios del Derecho Natural. Entre ellos sobresale el que prohíbe, en toda circunstancia, provocar de modo directo la muerte de una persona inocente, con prescindencia de que sea un niño que aún no ha nacido, un lactante, un adolescente, un adulto o un anciano.

Ante los castigos impuestos en el tribunal de Núremberg a los responsables de graves crímenes eugenésicos, cabe formular un interrogante: ¿qué diferencia hay entre esa discriminación que imponía y obligaba el plan T4, con las actuales técnicas de selección y eliminación de embriones obtenidos a través de los diversos métodos de fecundación artificial? Porque más allá de lo que indica claramente la antropología filosófica y teológica, y ciñéndonos al plano biológico, resulta incontrovertible que hay *vida humana* desde la concepción. Cuando los que ejecutan hoy las técnicas de fecundación artificial seleccionan niños que se encuentran en la etapa embrional porque los consideran “mejores” o más “aptos”, y desechan los que presentan cualquier malformación o riesgo de que se desarrollen con una u otra discapacidad, están haciendo lo mismo que hacían los ejecutores del Plan T 4. Vale la pena meditarlo.

*Académico Jorge Reinaldo Vanossi*

Muchas gracias académico Rodríguez Varela por su valioso aporte que subraya más todavía la gravedad del tema y todas las secuelas que puede traer y también la vinculación ideológica con los regímenes totalitarios y todas esas circunstancias que desgraciadamente a veces se repiten en la historia. Felicitamos nuevamente al Dr. Badeni por su brillante comunicación.