



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.855>

EL USO AUTÓLOGO EVENTUAL DE LA SANGRE Y TEJIDOS DEL
CORDÓN UMBILICAL. LA INTERVENCIÓN DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DURANTE EL PARTO PARA
PERMITIR SU CONSERVACIÓN EN BANCOS PRIVADOS

*THE EVENTUAL AUTOLOGOUS USE OF UMBILICAL CORD BLOOD
AND TISSUES. THE INTERVENTION OF PUBLIC
ADMINISTRATIONS DURING CHILDBIRTH TO ALLOW
ITS CONSERVATION IN PRIVATE BANKS*

MERCENARIO VILLALBA LAVA¹

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Recibido: 24/10/2021 Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

Se plantea la cuestión respecto de los Servicios públicos de Sanidad, si éstos deben colaborar, en el momento del nacimiento del niño, con las empresas privadas para que

¹ Mercenario Villalba Lava es Doctor Europeo en Derecho por la Universidad de Murcia. Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo. Magistrado de lo Contencioso-Administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Ha sido Magistrado en Juzgados y Tribunales en la Instrucción y Enjuiciamiento de delitos y en Primera y Segunda Instancia en asuntos civiles y contencioso-administrativos. Ha ejercido como Profesor Tutor en la UNED y como Profesor Asociado en las Universidades de Extremadura y Murcia; asimismo, ha sido Profesor en las Escuelas de Práctica Jurídica de los Colegios de Abogados de Badajoz y Murcia. Es autor de múltiples publicaciones sobre Derecho administrativo, tributario y orgánico judicial; asimismo, cuenta con diversos trabajos científicos sobre Derecho civil, especialmente en materia de consumidores.

sea factible la conservación de la sangre del cordón umbilical, incluso aunque se encuentren los centros de custodia situados en el extranjero. Se razona sobre la titularidad de la sangre y tejidos del cordón umbilical, sobre los deberes de los padres y también de la Administración en estas circunstancias.

Palabras clave: Sanidad Pública, cordón umbilical, trasplante autólogo, potestad administrativa, derechos de los padres.

ABSTRACT

The question arises regarding the Public Health Services, if they should collaborate, at the time of the child's birth, with private companies so that the conservation of the umbilical cord blood is feasible, even if the custody centers are located abroad. The ownership of the blood and tissues of the umbilical cord, the duties of the parents and also of the Administration in these circumstances are reasoned.

Keywords: Public Health, umbilical cord, autologous transplant, administrative power, parental rights.

Sumario: 1. Introducción: La conducta de nuestros reyes. 2. Las causas científicas de esta conducta. 3. El debate ético. 4. La postura de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. 5. El régimen jurídico vigente. 5.1. La titularidad de la sangre del cordón umbilical. 5.2. Sobre la donación de sangre del cordón umbilical. 5.3. Sobre las potestades administrativas y los deberes legales implícitos. 5.4. Sobre la doble toma de sangre del cordón umbilical. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN: LA CONDUCTA DE NUESTROS REYES

Para tratar el tema que nos ocupa es interesante traer a colación la conducta que llevaron a cabo nuestros Reyes con sus hijas siendo Príncipes.

Al nacer la infanta Leonor en la clínica “Ruber Internacional” de Madrid, el 31 de octubre del 2006, uno de los médicos que intervino en el nacimiento cortó el cordón umbilical de la recién nacida y extrajo sangre de él. La depositó en una bolsa especialmente diseñada para ser enviada, por vía aérea, hasta el *Cord Bold*

Registry de Tucson (Arizona), con el coste de 1500 € de entrada y 100 € anuales por cada uno de los 15 años que estarán almacenados².

De la citada sangre se sacaron las células madres que se congelaron para hacer frente en el futuro a posibles enfermedades de la médula ósea y del sistema inmunológico, ya que se están utilizando para enfermedades como la leucemia, el linfoma o algunos tumores infantiles.

Según recoció el entonces el Ministerio de Sanidad, tal actuación constituía una práctica extendida en países como USA, Bélgica, Holanda y Reino Unido, considerándose que en España resulta admisible que se conserven células madres en el extranjero³.

El cordón umbilical de la infanta Sofía, sin embargo, en parte, se quedó en Madrid, ya que según informó el Príncipe de Asturias, tras el parto habría habido suficiente sangre para dos bolsas: una que se envió a un centro público español y otra que se remitió a un centro privado del ámbito europeo⁴.

2. LAS CAUSAS CIENTÍFICAS DE ESTA CONDUCTA

Al día de hoy, la medicina regenerativa a través de la terapia celular mediante la creación de tejidos humanos no solo representa un futuro científico prometedor sino la posibilidad de presente de tratar y curar patologías, no solo para la persona titular de las células (uso autólogo⁵), sino histocompatibles (uso alogénico⁶). La sangre y los tejidos del cordón umbilical contienen células muy útiles para estos fines.

2 Fuente: elmundo.es 26/02/2006 EFE / EUROPAPRESS. MADRID

3 Una parte importante de la sociedad española, especialmente tras la lectura del Real Decreto 1301/2006, podría entender que la postura de los Príncipes, al guardar para su exclusivo uso la sangre del cordón umbilical de su primera hija, no habría sido lo solidaria y ejemplarizante que debiera. Quizás tal conclusión sea precipitada.

4 Fuente: EFE.MADRID.elmundo.es España 29/04/2007

5 Autólogo es un término médico adaptado de la palabra inglesa *autologous* para designar a los trasplantes y las transfusiones en las que la misma persona es a la vez donante y receptora.

6 Alogénico: "alo" significa *otro por lo que* las células madre de los alotrasplantes proceden de una persona distinta del paciente, ya sea un donante relacionado o no relacionado.

La evidencia médico-científica de que disponemos pone de manifiesto la utilidad de conservar materiales biológicos como órganos, tejidos y células, separados del organismo por diversas razones y que hasta hace no mucho tiempo eran desechados. La razón es que, en estos materiales, con frecuencia, se encuentran células madres, cuya utilidad para tratamiento de dolencias, hasta ahora intratables, cada vez se hace más patente.

Existen tratamientos basados en los trasplantes de células madre y al mismo tiempo aparecen ensayos de otras posibilidades terapéuticas. De ahí, la confianza de la comunidad médico-científica en el desarrollo de la medicina regenerativa basada en terapias celulares.

Entre los materiales objetos de conservación sin duda, destaca la sangre del cordón umbilical, portadora de células progenitoras hematopoyéticas⁷ y otras células madres como las mesenquimales⁸.

El valor de la sangre del cordón umbilical está fuera de duda, son ya decenas de miles los trasplantes de cordón umbilical llevados a cabo en el mundo, siendo cientos de miles, las unidades conservadas en los diversos Bancos del mundo. No cabe ninguna duda que al día de hoy las células de la sangre del cordón umbilical tienen una utilidad clínica demostrada para el trasplante que restaure la regeneración de la sangre en el tratamiento de leucemias, linfomas y en general, tumores derivados del sistema hematopoyético.

Se trata de solucionar un problema de reparación de un tejido dañado mediante la utilización de una muestra de células del cordón umbilical. Ésta debe tener un sistema inmunitario de histocompatibilidad apropiado e idéntico al del receptor.

7 Célula inmadura que se puede transformar en todos los tipos de células sanguíneas, como glóbulos blancos, glóbulos rojos y plaquetas. Las células madre hematopoyéticas se encuentran en la sangre periférica y en la médula ósea. También se llama célula madre sanguínea.

8 Las células madre mesenquimales (CMM) son células madre multipotentes que se encuentran en la médula ósea y son importantes para fabricar y reparar tejido esquelético, como el cartílago, el hueso y la grasa de la médula ósea.

El primer uso de la sangre del cordón umbilical puede ser el autólogo, es decir, para tratar al mismo paciente cuya sangre umbilical se mantiene conservada. Es el caso, por ejemplo, de niños que han desarrollado un proceso canceroso resultado de una alteración genética surgida con posterioridad a su nacimiento, tratándose esta de una posibilidad poco probable, si bien no la única, ya que la sangre del cordón umbilical también resulta adecuada para uso alogénico, es decir en otra persona para la que resulte histocompatibles.

Naturalmente, las probabilidades de que concurra esta histocompatibilidad son mucho mayores en personas emparentadas, sobre todo entre hermanos de aquellos de quienes procede la sangre del cordón umbilical.

El HLA humano es un carácter complejo que funciona como un sistema autosómico recesivo. Está codificado por cuatro genes estrechamente ligados, denominados HLA-A a HLA-D con un elevado número de alelos por loci. De esta forma, la probabilidad dos personas con el mismo genotipo (mismos alelos en los diferentes genes) es muy baja. Sin embargo, dada la estrecha proximidad de todos los genes, tienden a transmitirse sin recombinación, como un bloque por las vías gaméticas masculinas y femeninas.

Es decir, a los efectos de la transmisión hereditaria el sistema HLA, se asemeja a un gen simple autosómico. De este modo la probabilidad de recurrencia de un descendiente con idéntico sistema HLA a un hermano ya nacido es a los efectos del 25%.

La utilidad de las células madres del cordón umbilical muestra su utilidad para el tratamiento esencialmente de: enfermedades adquiridas: anemia aplásica. La médula ósea puede perder su normal función hematopoyética por diferentes causas (tóxicas, medicamentosas, virales, etc.) con consecuencias fatales, aunque no exista un proceso maligno. En la aplasia modular adquirida, los progenitores hematopoyéticos provenientes de la sangre del cordón umbilical pueden recuperar la función medular mediante el trasplante auto logo puesto que están sanos.

La alteración medular en estos pacientes invalida la alternativa de utilizar progenitores hematopoyéticos de su medula, ya que sus niveles de glóbulos blancos eritrocitos y plaquetas son muy bajos y no responden a los factores de crecimiento de colonias granulocíticas, lo que dificulta la realización de aféresis de sangre periférica en estos casos, de ahí que se necesite un trasplante.

Tumores sólidos: El neuroblastoma. Cáncer extra craneal más frecuente en niños, que puede invadir la medula ósea y dar lugar a indicaciones para uso de sangre de cordón umbilical autólogo. El tratamiento habitual de esta enfermedad es la quimioterapia, pero en los casos resistente o recidivantes está indicado el trasplante auto logo.

Enfermedades Genéticas: En algunos trastornos de base genética, como fallos medulares, síndrome de inmunodeficiencia, enfermedades metabólicas de depósito, hemoglobinopatías y otros como se suele requerir un trasplante alogénico. No obstante, hay enfermedades en las que ya se plantea la realización de terapia génica, como en algunos trastornos auto inmunitarios, la anemia falciforme, la anemia de Fanconi o la epidermólisis bullosa. La sangre del cordón umbilical se perfila como la mejor terapia génica correctora de la alteración genética.

La conservación de la sangre del cordón umbilical en un banco privado tiene interés tanto por su posible uso autólogo como alogénico, en este último caso para personas emparentadas, sobre todo si se trata de hermanos. Son muchos los casos en los que es necesario el trasplante de sangre del cordón umbilical de donante emparentado, especialmente de un hermano. Pero en la mayoría de los casos, la enfermedad no tiene un componente hereditario y por tanto es imposible o predecir su aparición como ocurre con las leucemias.

Es cierto que también podrían utilizarse otras fuentes de progenitores hematopoyéticos como la sangre periférica o la medula ósea, pero hay situaciones en que ello no es posible (enfermedad del donante que contraindique el procedimiento, situación personal, embarazo, distancia geográfica, etc..) sin olvidar que tanto la extracción tanto de medula ósea como de sangre periférica aunque es un procedimiento seguro no está exente de riesgos y molestias como el uso de

anestesia general o las molestias derivadas de la administración de factores de crecimiento.

Otros muchos usos posibles de progenitores hematopoyéticos de la sangre del cordón umbilical en medicina regenerativa se encuentran en fase de investigación y concretan ya en ensayos clínicos reglados que, sin duda, se verán ampliados en los próximos años, sin olvidar las opciones que la experimentación más avanzada plantea para el uso de estas células como su reprogramación directa a neuronas por el estadio de células iPS.

En abril 2013, investigadores del grupo de medicina regenerativa del Instituto de investigación “12 de Octubre” del Hospital del mismo nombre de Madrid lograron demostrar en el laboratorio, la capacidad que tienen las células madres obtenidas en la placenta, que son *mesenquimales* como las de la medula ósea y tienen capacidad para convertirse en cualquier órgano y para regenerar el hígado. Esto, sin duda, abre las puertas a un tratamiento alternativo al trasplante hepático o a una solución transitoria para enfermos en lista de espera. Su actuación consistió en generar en el laboratorio unos hígados en miniatura.

En el debate de las células embrionarias ha de tenerse en cuenta que los bebés se desarrollan, no se fabrican, lo que tiene transcendencia en el debate del aborto o la eutanasia. Debe tenerse en cuenta que la naturaleza o forma de un ser vivo está en sus genes desde el principio y no existe un constructor externo, sino que la vida se desarrolla en sí misma y está ahí, con independencia de su aspecto o su función⁹.

9 Sobre la utilidad de las células madre puede verse a Juan Gabriel de la Cruz Rodríguez, “La situación de la investigación con células madre en España. Fundamentos jurídicos de la investigación con células madre embrionarias”, *Biomedicina y Derecho Penal, Cuadernos Digitales de Formación*, V, 44 (2009), que señala las específicas ventajas que presenta este tipo de células madre (SCU), es decir, de la sangre del cordón umbilical. Los defensores de realizar una reserva de las células madre obtenidas de la sangre del cordón umbilical (SCU) refieren las siguientes ventajas: Son muy vitales y se pueden convertir en muchos tipos diferentes de células especializadas. Se obtienen de manera sencilla, sin dolor y sin ningún tipo de riesgo ni para la madre ni para el bebé. Están libres de elementos cancerígenos y no tienen virus, gracias a la protección que han tenido en el útero.

Se ha demostrado que pueden sobrevivir un periodo de 15 años de congelación, aunque se cree que pueden permanecer congeladas muchos más años sin mayores problemas. Son totalmente compatibles con el propio bebé y de cara a otros miembros de la familia (que comparten material genético)

3. EL DEBATE ÉTICO

Para evitar en parte este debate ético-científico en diversos países, británicos, canadiense, israelíes, japoneses o españoles han logrado crear células madre a partir de la piel, produciendo materiales genéticamente idénticos a los del paciente en cuestión.

Todas las células del organismo tienen el mismo genoma, una copia que heredada de la célula formada por un ovulo y un espermatozoide. La razón por la que forma un hígado o una neurona se debe a los distintos factores de transcripción que se encuentran los genes y que obedecen a otros genes. Son genes subordinados llamados Oct 4, Sox 2, Kef 4 y Myc llamadas “factores de Yamanaoka”, que reclutan a su servicio a un gen represor llamado Mbd3, que desactivado determina que las células adultas recuperen su primitiva condición de células madres, con una eficacia cercana del 100 %.

4. LA POSTURA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA

La STSJ de Extremadura 74/21 de 22 de abril (ponente Sr. Ruiz Ballesteros) estima el recurso de apelación presentado contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Mérida (éste había desestimado la demanda) y con ello estima la solicitud de una usuaria del SES para la formalización de un convenio de colaboración que permitiese la entrega a la sociedad

tienen un grado mejor de aceptación que las células madre de médula ósea. No plantean ningún tipo de dilema ético, ya que no se destruye ningún embrión para su obtención. En caso de necesidad de donación, tienen una disponibilidad inmediata.

Esto supone un menor coste y menos riesgo para el receptor. La cantidad de células madre contenidas en cada unidad de volumen es mucho mayor que las encontradas en la médula ósea. El único inconveniente es que, en este caso, el volumen obtenido es limitado al grosor y el tamaño del cordón umbilical. No obstante, existe cierta polémica sobre la utilidad práctica de las células madre obtenidas de sangre del cordón umbilical. El desacuerdo no viene de la utilidad científica de los tratamientos con estas células, ya que se han realizado miles de ellos y están más que probados de manera formal. Se trata más bien de cierta desconfianza sobre su utilidad práctica y sobre ciertas estrategias comerciales un tanto dudosas por parte de algunos Bancos privados.

recurrente de la sangre del cordón umbilical que se obtuviese durante el parto para un uso autólogo eventual.

Se estima el recurso de apelación, revocando la sentencia desestimatoria de la instancia y anulando la resolución impugnada desestimatoria de la solicitud para la formalización de este convenio de colaboración entre el SES y una entidad mercantil y, en su lugar, se reconoce a la recurrente el derecho a la entrega de la sangre del cordón umbilical obtenida durante el parto. El SES debía realizar las actuaciones que sean precisas para el ejercicio del derecho de uso autólogo eventual reconocido en el Real Decreto-ley 9/2014, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

La concreta controversia residía, en el fondo, en si debía accederse a la solicitud de una usuaria del servicio público de salud, que reclamaba el ejercicio de los derechos contemplados en el Real Decreto-ley 9/2014 y que alegaba que, en caso de no estimarse la demanda se frustraría el efecto útil del RD. Ley 9/2014, además de vulnerarse el principio de igualdad entre las distintas Comunidades Autónomas. Se estima el recurso al tratarse de un derecho de la paciente.

Se razonaba, incluso, en la sentencia que, si bien no está comprobada la utilidad de un uso autólogo eventual, tampoco está comprobado lo contrario, que sea prejudicial, de manera que existiendo una regulación que ampara la libertad del paciente para la reutilización de las células no puede oponerse un estado de la ciencia que se desconoce en el presente momento cómo evolucionará.

Esta sentencia de Extremadura tiene bien presente lo que se estableció en la STS 915/2018 de 4 de junio en el rec. 550/2016, que, aunque no tenía el mismo objeto, sí que contenía razonamientos relevantes y más en concreto en su FJDCO Octavo, en donde se decía:

“Si debidamente informada una usuaria del SERGAS opta por el uso autólogo eventual, es obvio que se planteará cómo satisfacer esa legítima opción, para lo que puede plantearse la necesidad de un acuerdo puntual con un establecimiento de tejidos, para lo cual cabría plantearse si el SNS podría aprovechar en esos casos concretos sus propios Bancos de sangre de cordón umbilical. Pero ese no es el pleito: el pleito no es entre esas usuarias frente al SERGAS si es que no es posible hacer esa opción en el ámbito y con los medios del SERGAS, sino entre IVIDA y el SERGAS, en el que hay que concluir que de las normas que invocó, cuya interpretación hace suya la sentencia impugnada y que ahora se alegan como infringidas, no se deduce que sea titular de un derecho subjetivo, general, abstracto y ejercitable frente al SERGAS que le obligue a convenir con IVIDA para que ésta extienda su legítima actividad mercantil”.

Sobre la base de la citada STS, la Sala de Extremadura concluye que:

1. Existe un derecho u opción legítima de la usuaria del SES a optar por el uso autólogo eventual.
2. El ejercicio del uso autólogo eventual no supone la ampliación por vía judicial de la cartera de servicios reconocida en el sistema nacional de salud sino el ejercicio de un derecho previsto en el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio.

Pero la citada sentencia de Extremadura aporta más argumentos para fundar su decisión:

“SÉPTIMO. La denegación acordada por el SES conlleva que los derechos reconocidos a la usuaria del SES en el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, no puedan llevarse a cabo y se produzca una discriminación según la Comunidad Autónoma donde residan los progenitores, pues algunas Comunidades Autónomas han celebrado convenios de colaboración con establecimientos privados de tejidos y Bancos de sangre, o el centro público o privado donde tenga lugar el parto.

Lo que está en juego es el principio de igualdad de los pacientes y el ejercicio de los derechos plasmados en el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, que no

puede depender de la Comunidad Autónoma o del carácter público o privado del centro hospitalario donde se produzca el parto (...).

La página web de la Organización Nacional de Trasplantes en el apartado de Donación de Sangre de Cordón Umbilical expone que el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, reconoce la capacidad de los padres de poder guardar la sangre de cordón umbilical de su hijo para uso autólogo eventual, pudiéndose guardar la sangre de cordón umbilical del hijo en alguno de los Bancos autólogos autorizados en España o enviar la sangre del cordón umbilical del hijo a cualquier banco fuera de nuestro país siempre que se cumplan las condiciones que recoge la norma legal¹⁰.

Termina por reconocer la sentencia de Extremadura que:

“estamos ante un derecho de la paciente con amparo legal, que no perjudica a terceros y que no comporta riesgos para la sanidad pública, y que precisa ser instrumentado con la actividad libre y transparente de entidades públicas o privadas que hagan efectivo ese derecho, conforme a las previsiones contenidas en el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio”.

De lo expuesto parece deducirse que nos encontramos ante un caso claro y la STS da por supuesto un derecho de los padres o del neonato a que se guarde la sangre de su cordón umbilical en un centro privado que puede situarse en España e incluso en el extranjero.

10 Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el Real Decreto 9/2014 en cuanto determina aspectos esenciales para la protección de la salud y de la seguridad de las personas, tanto de los donantes como de los posibles receptores, tiene la condición de normativa básica, al amparo del artículo 149.1.16.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre bases y coordinación general de la sanidad, de acuerdo con lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Se exceptúan de lo anterior el artículo 23, que se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de sanidad exterior y el artículo 29, que se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.15.^a, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.

5. EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

El régimen jurídico vigente en esta materia viene establecido, como muy bien se señala en la sentencia de Extremadura mencionada, por el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejido humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos¹¹.

Se señala en este Real Decreto-Ley, al igual que en el Real Decreto precedente, que el trasplante de células y tejidos humanos ha experimentado un incremento considerable en los últimos años.

En el ámbito de la Unión Europea y con el fin de regular la creciente utilización clínica de dichos elementos se ha aprobado la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al

11 Esta materia venía regulada por el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecían las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, que vino a transponer la normativa Comunitaria al ordenamiento jurídico interno de España que el Tribunal Supremo anuló, por insuficiencia de rango, mediante sentencia de 30 de mayo de 2014.

Hemos de tener en cuenta que la norma utilizada posteriormente fue un Real Decreto-Ley sobre la base de que el Tribunal Constitucional ha señalado, en sentencias como la 182/1997, de 28 de octubre, y la 245/2004, de 16 de diciembre, que el hecho de que una materia esté sujeta al principio de reserva de ley no permite concluir que la misma se encuentre excluida del ámbito de regulación del Real Decreto-Ley, el cual puede penetrar en dicha materia siempre que se den los requisitos Constitucionales de presupuesto habilitante y no «afecte», en el sentido Constitucional del término, a las materias excluidas en el artículo 86 de la Constitución Española, aspecto que necesariamente se relaja al encontramos en presencia de un principio rector de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución.

Por todo ello, el Gobierno considera que concurren los presupuestos necesarios de extraordinaria y urgente necesidad establecidos en el artículo 86 de la Constitución Española que le habilitan para aprobar estas medidas mediante el mecanismo de un Real Decreto-Ley. El Consejo de Estado ha declarado recientemente que el gobierno, en la tramitación del Real Decreto Ley 24/2001 que transpone varias Directivas europeas vulnera el principio de buena administración consagrado en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y le exhorta a adoptar las medidas de control y coordinación de la actividad de los diferentes Departamentos Ministeriales que resulten oportunas para que los sucesivos no se produzca con ocasión de la transposición de las Directivas de la Unión Europea situaciones como la citada. Se trata del Dictamen 878/2021 sobre el Decreto-Ley de Transposición de Directivas de la Unión Europea. Isaac Ibáñez García, "La transposición de Directivas europeas mediante Decreto-Ley", *La Ley*, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2021.

establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos; la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos; y la Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos de trazabilidad, la notificación de las reacciones y los efectos adversos graves y determinados requisitos técnicos para la codificación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos¹².

Con esta norma se da cumplimiento al rango normativo exigido por el artículo 43.2 de la Constitución Española, que consagra como principio rector de la política social y económica la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones sanitarias, estableciendo los «deberes y derechos de todos» al respecto.

Señala el art.7.2 de este texto legal, sobre la obtención de células y tejidos en donantes vivos, que la obtención de células y tejidos de una persona viva para

12 En la redacción de este Real Decreto 1301/2006 también se decía que se había tenido en cuenta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, y que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno, en el tratamiento de los datos personales que sean procesados en aplicación de los principios desarrollados en este real decreto se ha considerado lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y desde el punto de vista del régimen de los derechos que pudieran verse afectados, la referencia necesaria ha sido la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Se señalaba, igualmente que en la elaboración de este Real Decreto se ha tenido en cuenta la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, las referencias a la utilización terapéutica de los tejidos humanos de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y la ya mencionada Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en lo que se refiere a la regulación de las células reproductoras. Por último, desde el punto de vista organizativo, también se han tenido en cuenta las previsiones del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

su procesamiento y posterior uso autólogo o para su uso autólogo eventual se realizará según lo dispuesto en los párrafos primero a tercero del apartado anterior¹³.

En el supuesto de uso autólogo eventual, el contenido de la información facilitada con anterioridad a la obtención deberá incluir, además de lo previsto en el apartado anterior, la indicación de que las células y tejidos así obtenidos estarán a disposición para su uso alogénico en otros pacientes en el caso de existir indicación terapéutica; la información actual, veraz y completa sobre el estado de los conocimientos científicos respecto de los usos terapéuticos o de investigación; las condiciones de procesamiento y almacenamiento en los establecimientos autorizados; y cualquier otra cuestión relacionada con la utilidad terapéutica de la obtención de células y tejidos sin indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación.

En el caso de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, este será prestado por su representante legal”.

13 Señala el apartado anterior que: “1. La obtención de células y tejidos de una persona viva para su ulterior aplicación alogénica en seres humanos podrá realizarse si el donante es mayor de edad, cuenta con plena capacidad de obrar y estado de salud adecuado y ha prestado por escrito su consentimiento informado.

La información que recibirá el donante del médico que haya de realizar la extracción o sea responsable de esta, debe cubrir el objetivo y la naturaleza de la obtención de las células y tejidos; sus consecuencias y riesgos; las pruebas analíticas que se han de realizar; el registro y protección de los datos; y los fines terapéuticos. Asimismo, se informará de las medidas de protección aplicables al donante y de los beneficios que con el uso del tejido o grupo celular extraído se espera que haya de conseguir el receptor.

El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento antes de la obtención de la célula y/o el tejido, excepto en los casos de obtención de progenitores hematopoyéticos de sangre periférica o de médula ósea, en que la revocación sólo podrá producirse antes del inicio del tratamiento de acondicionamiento en el receptor.

No podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal”.

Del examen de este Real Decreto-Ley se desprende que se otorga una gran importancia a la donación o uso alogénico, si bien también se reconoce el uso autólogo o autólogo eventual, es decir, el proceso mediante el que las células o los tejidos son extraídos o aplicados a la misma persona, existiendo o no indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación, incluido el uso directo, es decir, el procedimiento en el que las células son obtenidas y usadas sin ningún tipo de procesamiento o almacenamiento.

Por ello el Art. 7 distingue los supuestos de donación de aquellos destinados a ese uso autólogo, de forma que con el denominado eventual deberá incluir, además de la propia de toda donación la información que recibirá el donante del médico que haya de realizar la extracción o sea responsable de esta, debe cubrir el objetivo y la naturaleza de la obtención de las células y tejidos; sus consecuencias y riesgos; las pruebas analíticas que se han de realizar; el registro y protección de los datos; y los fines terapéuticos.

Asimismo, se dice que:

1) Se informaría de las medidas de protección aplicables al donante y de los beneficios que con el uso del tejido o grupo celular extraído se espera que haya de conseguir el receptor.

2) La indicación de que, en el supuesto de uso autólogo eventual, el contenido de la información facilitada con anterioridad a la obtención deberá incluir, además de lo previsto en el apartado anterior, la indicación de que las células y tejidos así obtenidos estarán a disposición para su uso alogénico en otros pacientes, en el caso de existir indicación terapéutica.

3) La información actual, veraz y completa sobre el estado de los conocimientos científicos respecto de los usos terapéuticos o de investigación.

4) Las condiciones de procesamiento y almacenamiento en los establecimientos autorizados.

5) Cualquier otra cuestión relacionada con la utilidad terapéutica de la obtención de células y tejidos sin indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación.

Aunque las sentencias que comentamos no hacen especial hincapié en la cuestión, al darla por supuesta, sí que considero que debe hacerse una reflexión, especialmente porque la Administración Autonómica recurrida no era partidaria del Convenio que se solicitaba.

La primera cuestión que hemos de abordar es la relativa a la titularidad de la sangre del cordón umbilical. Consideramos que la sangre del cordón umbilical es titularidad del recién nacido o de la madre, los cuales deben tener, en cuanto tal titularidad, de un poder de disposición.

5.1. LA TITULARIDAD DE LA SANGRE DEL CORDÓN UMBILICAL

Comencemos por la cuestión referida a la titularidad de sangre y tejidos del cordón umbilical. Hasta el Real Decreto 411/1996 se consideraban productos de desecho, según se puede deducir, a sensu contrario de esta normativa hoy en día puede considerarse que tiene un gran interés médico.

Si en principio no es una *res nullius* habrá de entenderse que se trata de un bien de titularidad pública o privada. No parece ser que tal sangre o tejido sean de titularidad pública, si nos atenemos, tanto al Real Decreto 1301/2006 del 10 de noviembre, como al Real Decreto-Ley 9/2014, que utiliza los términos de uso autólogo eventual y donación.

La existencia de *res extracomercium* no implica que tales bienes carezcan de titularidad y tal sangre y tejidos no son muestras biológicas con fines de diagnóstico.

El cordón no pertenece al centro sanitario en el que ha tenido lugar el parto o alumbramiento ni al Banco donde se deposita ni al personal asistencial sino al bebé o su madre. En el caso de uso autólogo o alogénico de menores o incapaces, tal consentimiento debe ser prestado por su representante legal.

Teniendo en cuenta el código genético y características de las sangre y tejidos podemos afirmar que pertenecen al recién nacido, cuya representación legal e intereses defienden, en principios, sus padres.

La sangre del cordón umbilical es del niño recién nacido, de ahí que al amparo de los arts 154,156,162 y 164 del C.Civil deban ser los padres quienes representen y procuren el bien del menor en todos sus aspectos ¹⁴.

De la prudencia con que los padres o tutores deben tratar los bienes e intereses de los menores nos da cuenta la minuciosa regulación que se contiene en la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015. Nos referimos incluso a las cautelas que en la enajenación de bienes se ha de observar con la intervención del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial.

En estas circunstancias lo que debemos preguntarnos es si un padre diligente puede donar a terceros o no administrar correctamente algún interés que puede ser útil e incluso vital para su hijo. También, si en estas circunstancias, solo la sanidad privada es la que debe atender tal situación ante tan primaria obligación con el ser humano de todas las formas o prestaciones de la sanidad y la Administración.

En este caso, no parece que la respuesta pueda ser diversa de la que se recoge en la Leyes 14/2006 y 14/2007, con relación a las células germinales o embriones, que exigen el consentimiento expreso de la mujer para su cesión con fines de investigación u otros usos. La misma respuesta que arroja el Derecho Privado veremos que arrojará el Público, teniendo en cuenta todos los elementos.

Teniendo en cuenta que tal sangre y tejidos del cordón umbilical pueden representar un bien indispensable para la vida del menor o, en su caso, un bien para su salud, sus padres se encuentran obligados a administrar los mismos con la mayor diligencia, de manera que, hasta cierto punto, podría ser exigible depositarlos en un Banco de sangre y tejidos del cordón umbilical.

Para que la custodia se verifique en un Banco público es precisa la previa donación, encontrándonos con el problema de que los padres, en esas

14 En USA son cada vez más los Estados que han adoptado medidas legislativas para obligar a los profesionales de la salud a ofrecer y dar toda la información disponible sobre las opciones que existen con relación a la criopreservación de la sangre del cordón umbilical del bebé que va a nacer. En el año 2010 eran ya 20 los estados norteamericanos donde existe legislación al respecto, lo que representa el 68% de la población de EEUU. Fuente: Noticiasmedicas.es, Barcelona, junio 2010.

circunstancias no puedan, por exigencias de legalidad, verificar la misma, ya que no se trata de un bien de su titularidad sino del menor, y respecto de un bien que representa un gran interés para el menor.

5.2. SOBRE LA DONACIÓN DE SANGRE DEL CORDÓN UMBILICAL

Nuestro código civil no permite la donación de bienes de los menores, sí la venta justificada con grandes cautelas, autorización judicial e intervención del Ministerio Fiscal.

Puede suceder que este ámbito familiar se produzca un conflicto de intereses, que es aquel al que se pretende dar satisfacción a través de la donación dirigida, esto es, el almacenamiento de unidades de sangre del cordón umbilical dirigida de manera específica a un trasplante inmediato o futuro de un familiar afecto de determinada enfermedad.

Para ello se presenta un listado de enfermedades en las que están indicadas este tipo de donaciones. En el caso en el que se solicite una donación dirigida para una donación no recogida en el Plan Nacional de sangre de cordón umbilical deberá ser validada por un comité de expertos en esta materia que, basándose en las evidencias científicas existentes, decidirán aquellos casos en los que exista dicha indicación y se faciliten los trámites para que las misma se lleve a cabo.

Otra cuestión a tener en cuenta es que los entes públicos ya no tengan interés en almacenar esta sangre y cordón umbilicales.

Una cuestión trascendente en este ámbito se refiere a la determinación de si nos encontramos o no en el ámbito de una donación¹⁵.

15 Aunque distinto de los órganos son las células madre, que como se ha dicho son especialmente útiles para el trasplante de médula ósea, las células madres sanguíneas constituyen una opción terapéutica para el tratamiento de leucemia, linfomas, aplasias medulares, mielomas, etcétera y por ello no se someten al régimen propio del trasplante de órganos debe tenerse presente el régimen propio de la Ley 15/2005 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria que se reconoce se vincula con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho Privado que impiden obtener un determinado efecto jurídico

La Administración sí que entiende que tiene lugar cuando se cede a un Banco público, pero debe tenerse presente que esta sangre también se guarda para su titular, que es en principio el primer llamado, en atención a su compatibilidad, etc. De ahí, que no sería propiamente una donación y la utilización por terceros podría encontrarse cubierta por el estado de necesidad.

Ciertamente que si el cordón umbilical no se dona o conserva en un Banco privado es desechado, lo que también puede afectar a la cuestión que se trata para su conservación en un Banco público.

No obstante, el Real Decreto 411/1996 establecía que el cordón umbilical no se consideraba un producto de desecho y si podía ser abandonado o desechado con mayor motivo puede ser donado, pero como decimos, existe la previa obligación de los padres de conservarlos, y la única forma de hacerlo para su uso exclusivo es hacerlo en un Banco privado en el extranjero.

En un Banco privado o público español queda a su disposición, pero si se necesita por alguien, este tiene derecho a su utilización. En esas circunstancias, la mejor defensa del interés de los menores, aconseja la emigración hacia el extranjero.

A la hora de determinar la forma en que los padres deben administrar la sangre del cordón umbilical se debe tener en cuenta las ventajas médicas y sus costes. Este cúmulo de circunstancias debería considerarse que los poderes públicos deberían adoptar todas las medidas necesarias para facilitar, también, el depósito privado de la sangre y tejidos del cordón umbilical:

- 1.- Responde mejor a las exigencias paterno-filiales.
- 2.- Se adapta mejor a los principios de respeto de los derechos de la personalidad, intimidad y autonomía de la voluntad.

cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza, el interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados así lo justifiquen.

La virtualidad de tales efectos requiere la actuación del juez, en atención a la autoridad que el titular de la potestad jurisdiccional merece como intérprete definitivo de la ley, imparcial, independiente y esencialmente desinteresado en los asuntos que ante él se dilucidan, circunstancias que los hace especialmente aptos para una labor en la que está en juego la esfera de los derechos de los sujetos.

3.-Es más acorde con el principio de eficiencia administrativa, como se va a desarrollar.

A lo anterior ha de unirse que tales cordones pueden remitirse legalmente y válidamente al extranjero, en el marco de la libertad de empresa. En una economía de mercado debería de examinarse la posibilidad e incluso la imposición legal, en determinadas circunstancias, que la sangre y tejidos pudiesen dividirse en dos, con el objeto de que se diera satisfacción a todos los intereses privados públicos y colectivos implicados.

En cualquier caso, establecer acuerdos internacionales con el objeto de homogeneizar la legislación, de manera que las situaciones derivadas del estado de necesidad se satisficieran de la forma más solidaria y equitativa posible.

Podrían alegarse intereses de la sociedad o de la ciencia, que sobre la base de la solidaridad interfiriesen ante tal decisión.

Tales intereses son bien difusos y como se verá no dejan de atenderse correctamente con la aplicación íntegra del Derecho, sin asistir de la mejor manera al recién nacido, y el art. 2 de la Convención para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina se pronuncia con claridad: “El interés y el bienestar del ser humano prevalecerá frente al exclusivo interés de la sociedad y de la ciencia”.

5.3. SOBRE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LOS DEBERES LEGALES IMPLÍCITOS

España, como Estado Social de Derecho, señala que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general¹⁶ y se promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y el fomento de las sociedades cooperativas. Se facilitará el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción¹⁷. Se admite el

¹⁶ Artículo 128.1 de la C.E

¹⁷ Artículo 129.2 de la C.E

derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado¹⁸, debiendo los poderes públicos asegurar la protección integral de los hijos¹⁹ y tras reconocer el derecho a la salud, se otorga la competencia a los poderes públicos para garantizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas.

Determinando que la sangre y tejidos del cordón umbilical pueden resultar de utilidad para el menor y que unos padres diligentes deberían intentar su conservación, las cuestiones que debemos resolver a continuación son :

- 1.- Es factible que los padres renuncien a la conservación del mismo.
- 2.- Si antes de abandonarlos deberían donarlo a un Banco público que podría revertirlos, no solo en un bien de utilidad general sino particular del menor.
- 3.- Si incurrían en responsabilidad los padres que abandonasen tales elementos.

De acuerdo con el principio de correcta y legal administración, los padres deberían costear tal depósito, ya que no es descartable que el bebé, al alcanzar la mayor edad pudiese, por esta conducta, reclamarles moralmente e incluso por vía judicial.

Para enjuiciar correctamente estas circunstancias no debe tenerse presente solo el estado actual de la ciencia sino los previsibles y probables avances que se pueden producir durante el periodo de conservación, así como los intereses de los hermanos y resto de parientes.

En caso de carecer de recursos o por otras circunstancias se debe intentar donarlos a un Banco público, toda vez que un futuro podría incluso utilizarlos el propio menor, Banco público que por saturación u otras circunstancias podría no admitir la donación.

El principio de eficacia que consagra el art. 103 de la C.E implica que la Administración debe conseguir la metas que se propone, en el caso, la mejor protección de la salud, especialmente a través de la prevención, y ello, según el

18 Artículo 38 de la C.E. También en materia sanitaria, el artículo 89 de la ley General de Sanidad

19 Artículo 39.2 de la C.E.

principio de eficiencia (art. 31 de la C.E.). También hemos de preguntarnos sobre la cuestión referida al coste establecido para el sistema público o privado para conservación de tal sangre y tejidos.

Es indudable, que el tratamiento autólogo o entre parientes presenta muchísimos menos problemas de rechazo, de ahí que a los inferiores gastos de conservación han de unirse los propios del tratamiento médico, no estando vedado que cada ciudadano, de acuerdo con sus medios, se preocupe por su salud causando el menor coste al sistema público, ni tampoco que las empresas se dediquen a fines lícitos, que resulten de interés individual para cada uno y social visto en su conjunto.

El estado de necesidad, la solidaridad humana y el interés social determinan la conformidad a derecho de las acciones, merced a las que en ocasiones para salvar un bien jurídico superior se sacrifiquen unas expectativas, que no por ello desaparecen o incluso se sacrifique un bien superior.

Es también un principio general de nuestro ordenamiento, el que nos encontramos obligados a actuar de acuerdo y con guía en los principios constitucionales (art. 9.1 de la C.E) adquiriendo carta de naturaleza, ya que actuar de otro modo constituiría un abuso de Derecho, como lo sería la permisión de una inacción ante lo que puede suponer evitar un daño grave o que coadyuvaría en una gran mejora en la protección de bienes personalísimos, y que en materia médica goza de una gran tradición a través del juramento hipocrático, que obliga a actuar siempre en mejor interés de la salud del paciente.

El principio de legalidad de la Administración no constituye un bloque homogéneo en todas sus partes, sino que es diferente en las distintas potestades que ejercita.

En esta de prestación de servicios, al principio de legalidad han de reconocérseles también potestades implícitas derivadas de los principios Constitucionales y generales del Derecho. Es decir, que el personal dependiente de la Administración no solo se encuentra obligado a llevar a cabo lo que expresamente

señala y se le obliga en la ley sino también todo aquello que sin una gran esfuerzo o sacrificio pueda resultar útil al ciudadano.

No es de recibo señalar que solo el sistema sanitario privado puede servir de soporte para el debido cumplimiento de los deberes paterno-filiales. Según el artículo 27.1 del Real Decreto-Ley 9/2014, al igual que lo hiciese el Real Decreto 1301/2006, las células y tejidos almacenados en los establecimientos de tejidos estarán a disposición de los centros o unidades de aplicación de tejidos y células para usos alogénicos en procedimientos terapéuticos con indicaciones médicas establecidas en receptores adecuados.

En la distribución de células y tejidos se tendrá en cuenta lo previsto en este Real Decreto-Ley, de ahí que tal actividad, aun circunscribiéndose al ámbito privado tenga una repercusión colectiva importante, hasta el punto de que como tal se señala en los apartados 2 y 3 de este artículo, la aplicación autóloga quedará encuadrada en el caso de procedimientos terapéuticos de eficacia demostrada en indicaciones médicas establecidas. En el caso de que se realicen actividades de procesamiento para usos autólogos eventuales de los que no hay indicación médica establecida actual, las células y tejidos así procesados estarán disponibles para su aplicación alogénica, según lo dispuesto en el apartado primero.

Además, en caso de tratarse de un tejido o grupo celular de limitada disponibilidad, se centralizarán los datos de los pacientes a la espera de recibir el implante en la unidad de coordinación de trasplantes de la Comunidad Autónoma y en la Organización Nacional de Trasplantes, que en esta materia tendrá una importante función, como se dice en los arts. 30 y sgts. del texto legal.

No existe una reserva pública de la sanidad, sino que puede ser prestada en el marco de la libertad de empresa por entes privados.

La sanidad, en toda su extensión, no necesita apoyarse en un poder público para su supervivencia, ni en todos sus aspectos constituye un bien esencial e indispensable para la ciudadanía, sino que como en muchas otras actividades, solamente, en determinadas parcelas es necesaria una intervención pública para la satisfacción de las prestaciones con el estándar exigible.

5.4. SOBRE LA DOBLE TOMA DE SANGRE DEL CORDÓN UMBILICAL

Ya se ha visto la conducta de los padres de la Infanta Sofía, que constituye, sin duda, una forma de conciliación de todos los intereses a que se circunscribe la situación, dando satisfacción a los intereses públicos y de solidaridad junto con los del menor y su debida custodia por los padres, además de los intereses sanitarios y comerciales ya que, de esta manera, además, no se produciría la situación conocida del exilio celular²⁰.

La cuestión del exilio celular es trascendente, toda vez que el resultado de la legislación es un tanto ambivalente, en el sentido de que, si existe un uso autólogo eventual, la sangre y tejidos pueden usados por quienes lo necesitan, y al mismo tiempo si existe una donación alogénica puede ser usado por el donante. La diferencia estriba en el ente o la persona que paga los gastos de conservación. Quizás una forma de eliminar o conciliar estos intereses la práctica del Bancos de sangre *Virgin Health Bank* que divide cada muestra en dos partes: el 20% para uso privado y el 80% para uso público²¹.

A pesar de los 130 millones de nacimientos registrados en el mundo, más del 99% de las muestras de sangre son destruidas, principalmente porque no existen redes para recogerlas.

20 La probabilidad de necesitar un trasplante autólogo ha sido estimada en aproximadamente 1/20000 durante los primeros 20 años de vida. Sin embargo, pueden mencionarse excepciones en tipos de LHA raros o en una familia con riesgo de leucemia específica, en la que puede ser muy apropiado almacenar sangre del cordón umbilical de niños recién nacidos con objeto de disponer de células en caso de necesitarlas para un miembro de la familia, en cuyo caso nos encontramos ante un uso alogénico intrafamiliar. Según menciona Marcelo Palacios, *Bancos de sangre de cordón umbilical*, Gijón 2011, nota 100, hasta 2003 en la literatura científica solamente se habían mencionado 5 trasplantes autólogos para el tratamiento de neuroblastoma, anemia aplásica y retinoblastoma.

21 En Francia de 335 injertos de sangre de cordón umbilical realizados en 2007 solo 119 habían podido serlo gracias a muestras francesas. Ésta vino a ser la posibilidad contemplada en el informe sobre el banco de cordón autólogo d 28/11/2002, realizado por la comisión de trasplantes del consejo interterritorial del sistema nacional de salud que admitía la posibilidad de crear Bancos mixtos, señalándose por algunos, que esta era la solución.

6. CONCLUSIONES

De lo expuesto se deduce que, si unos padres acomodan en España su conducta de acuerdo con las exigencias del Derecho Privado, es decir, administran correctamente la sangre y tejidos del cordón umbilical de sus hijos deben remitirla al extranjero²². Si además quieren satisfacer otros intereses altruistas y de solidaridad, además de reforzar los particulares propios, lo más correcto, si es posible, será dividir la sangre en dos bolsas, una dirigida a un Banco público o privado español y otra a uno privado en el extranjero.

Es indudable que el sector público y el Derecho Público deben colaborar para que el Derecho Privado y los intereses particulares de los ciudadanos tengan satisfacción (Art. 9.3 de la C.E), como exigencia propia del principio de legalidad y del carácter Social y Democrático de Derecho de nuestro Estado.

La sanidad pública debe colaborar para que sea factible, tanto la donación como la conservación en un Banco privado o público de la sangre del cordón umbilical²³.

Como se ha dicho, la sangre y tejidos pertenecen al recién nacido o a su madre y por el principio de alienidad (nadie puede disponer de algo que no le pertenece) nuestro Derecho no permite la donación directa de bienes y derechos de los menores, especialmente, si los mismos son de su interés; hasta el punto de, eventualmente, convertirse tal cuestión en vital para el mismo, pudiera plantearse que, propiamente, les estaría vedado donar esta sangre del cordón umbilical.

22 La cuestión es si, según la legislación de ese Estado, se puede llevar a cabo un uso alogénico de tal sangre

23 Las enfermedades que eventualmente tiende a atajar son graves y en gran medida mortales pero no puede descartarse la supervivencia ni que de las misma se deriven secuelas graves. Tampoco es descartable que se aumente el periodo de conservación o que la técnica médica permita la regeneración de órganos que puedan servir en una edad más avanzada. También podríamos preguntarnos si los hermanos u otros pacientes podrían reclamar a estos padres que no atendieron correctamente sus obligaciones, para con los hijos, pero también con el resto de parientes que ostentan un interés legítimo.

En tales circunstancias puede decirse que los padres no pueden donar o disponer de estos bienes tan preciados, sino que deben administrarlos y conservarlos para tenerlos a su mejor disposición. Tales conclusiones no sufrirían una gran modificación si entendiésemos que tal sangre y tejidos pertenecen a la madre.

Una cuestión que puede plantearse es la relativa a la ausencia de recursos de los padres, pero tal cuestión o extremo desborda el ámbito de este trabajo y habida cuenta las diferencias inexplicables entre los costes privados y públicos, bien podría justificar una ayuda pública (en atención a la importancia del bien jurídico protegido) para su conservación, en el ámbito privado.

Si tenemos en cuenta que, con independencia de que se custodie en un Banco público o privado español, en ambos casos, puede ser usada la sangre y tejidos del cordón umbilical para uso alogénico. La opción de Banco público o privado para su conservación en España es un tanto indiferente, lo cual no es cierto del todo, toda vez que, un primer momento, se busca a los histocompatibles en el Banco público. Solo en su ausencia se recurre a los privados, a lo que ha de añadirse, de cara a los interesados en la donación que, propiamente, pudiera no ser tal, ya que el primer histocompatible, en caso de necesidad, es el propio donante.

Los poderes públicos deben favorecer aquellas actividades de interés público en general y particular.

Ninguna duda cabe que por las razones expuestas constituye un interés particular y se facilita mejor el cumplimiento de los deberes paterno-filiares, permitiendo la custodia en Bancos públicos y también privados de sangre y tejidos del cordón umbilical.

De no existir posibilidades reales de mayor almacenamiento en los Bancos públicos, es de interés general que se permita el almacenamiento en Bancos privados, de manera que los hospitales públicos deben favorecer que se verifique el depósito de tales elementos, ya que el propio menor es un usuario del sistema nacional de salud. Se constituye así la mejor forma de satisfacer sus demandas,

evitando los costes que provocan los rechazos en trasplantes o en otras técnicas de curación, pero de generalizarse tal práctica, lo habitual será que no sea preciso acudir a los depósitos de homeocompatibles, ya que lo ordinario será disponer de sus propios tejidos y sangre, lo cual no es sino a la postre, el ejercicio de su propio derecho.

Es indudable que el estado de necesidad avocará, en todo caso, a la incautación de los materiales necesarios para evitar la muerte o las dolencias graves de otras personas, pero la necesidad, propiamente dicha, en tales circunstancias se producirá en mucho menor porcentaje de casos.

Entendemos que ni la practica internacional ni el ámbito de la libertad de empresa enervan la aplicación del estado de necesidad como principio general para resolver estos conflictos de intereses.

De todo ello, puede deducirse que a la carta de derechos de los pacientes de los hospitales públicos debe incorporarse la necesaria colaboración hospitalaria, médica o de enfermería para procesar la sangre y tejidos del cordón umbilical del recién nacido, ofreciendo también la posibilidad de que, atendidas correctamente sus necesidades, se pueda donar el resto para uso alogénico.

La alternativa que mejor se acomoda a todos estos intereses entendemos que es la que se deriva de la división en dos partes homogéneas de la sangre y tejidos del cordón umbilical, ya que de este modo se satisfacen las exigencias derivadas del Derecho Privado y las eventuales necesidades alogénicas. Al generalizarse esta práctica y existiendo muchos depósitos privados, lo ordinario será que no se necesiten estos materiales y sean utilizados en el menor (autólogo), en caso de necesitarlo.

MERCENARIO VILLALBA LAVA
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura
mercevallalba2009@hotmail.es
<https://orcid.org/0000-0002-0073-1490>

