

# **PRESENTACIÓN**



ESTE número extraordinario del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid recoge la mayor parte de las ponencias presentadas en las II Jornadas jurídicas luso-españolas, que, versando sobre «Derecho y Genética: un reto de la sociedad del siglo XXI», se celebraron, dentro del Convenio entre las Universidades de Coimbra y Autónoma de Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2004 en nuestra Facultad de Derecho. De esta manera, se cumplía con el compromiso y el proyecto de intercambio académico, entre las Facultades de Derecho de las mencionadas Universidades, de organizar cada dos años unas jornadas jurídicas luso-españolas, iniciándose esa andadura en el año 2002 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, bajo el título «A tutela jurídica do meio ambiente: presente y futuro», y cuya publicación de las mismas corrió a cargo del «Boletín da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra» (Studia Iuridica 81, Colloquia-13, Coimbra 2005).

El objetivo de estas jornadas jurídicas luso-españolas, que nos propusimos los tutores del citado convenio entre las Universidades de Coimbra y Autónoma de Madrid, quien suscribe estas líneas y por la Universidad de Coimbra mi querido e ilustre colega Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias, era el de reunir bianualmente a cuatro profesores de cada Universidad para intercambiar opiniones acerca de un tema de gran relevancia en la sociedad actual, caracterizándose esas jornadas por su carácter «interdisciplinar».

Las II jornadas jurídicas luso-españolas, cuyos resultados hoy ofrecemos en este número extraordinario del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, versan sobre el tema de la «Genética y Derecho», dividiéndose en cuatro grandes apartados: I. «*Perspectivas constitucionales* ante los avances de la Genética»; II. «La incidencia de la Genética en las *relaciones laborales*»; III. «El *Derecho Penal* ante los riesgos derivados de los avances de la investigación genética»; y , «El *Derecho civil* frente a las nuevas técnicas de investigación».

I. En la primera sesión, el profesor Cruz Villalón, bajo el título «*Perspectivas constitucionales ante los avances de la Genética*», considera que la Constitución debe contar en esta materia desde el momento que incorpora categorías tales como

«dignidad humana, derecho a la vida y a la integridad física y derecho a la producción científica y técnica».

El profesor Cruz Villalón plantea tres cuestiones fundamentales: *a)* Cómo la Constitución española (CE) de 1978 se ha visto implicada ante los avances de la Genética a lo largo de su cuarto de siglo de existencia –problemática del aborto (nuevo art. 417 *bis* de nuestro CP y la fundamental STC 53/1985, y las Leyes 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y 42/1988, de Donación y Utilización de embriones o fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos, con el análisis de las SSTC 116/1999 y 212/1996 sobre esa normativa). *b)* El momento actual, caracterizado por el nuevo punto de referencia que supone la «Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (7.12.2000) y reforma del CP (LO 15/2003, de 25 de noviembre, que afecta al art. 160.1 y 2), y, sobre todo, por el desbloqueo final de la investigación de células madres, a partir de preembriones sobrantes, que tiene lugar al comienzo de 2004, plasmándose en el RD 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes; y *c)* Las perspectivas de futuro, en las que el ponente estima que estamos ante una tarea de «ingeniería constitucional», paralela a la Genética, lo que lleva a la necesidad de acudir a los instrumentos que nos ofrece la Constitución, destacando: el papel que le corresponderá a la categoría de la «dignidad humana», el juego que nos pueden dar la parte dogmática (los derechos) y los procedimientos –regulativos y decisorios– recogidos en la Constitución, y, por último, ésta nos ofrece los principios operativos de «necesidad» y «proporcionalidad».

Por su parte, el profesor João Loureiro, bajo el título «*Genética, Mohínos e gigantes: Quixote revisitado*», advierte que en el marco jurídico-constitucional resulta algo extraño, en la era de «derechos», hablar de «deberes fundamentales» –en su concepción amplia se asocian a deberes personales y estatales–, y se cuestiona cómo el nuevo planteamiento –desde la perspectiva de los deberes fundamentales– puede ser idóneo o no para responder a los desafíos que se plantean en la Biomedicina, y en concreto en la Genética, en el marco de una «sociedad de riesgo».

Las relevantes transformaciones que se derivan de los avances de la Genética humana, obligan a replantearse la categoría de los deberes fundamentales en el sentido de reconocer, según Loureiro, la existencia de «deberes fundamentales» no correlativos de derechos, en relación con sujetos no concebidos o lo mismo en términos generacionales (generaciones futuras), así como la identificación de nuevos deberes en el ámbito biomédico, especialmente los que resultan de un contexto familiar o de carácter común de patrimonio genético.

En cuanto a la emergencia de «nuevos» deberes fundamentales en el ámbito de la Genética humana, Loureiro se refiere al sector del conocimiento e información (deberes de saber y derechos a saber y a no saber), con la cuestión de fondo de llegar a una hipervaloración de la autonomía, y a la selección e intervención en el genoma, con los intentos de determinar –clonación– y de modificar –terapia génica y de mejoramiento– el genoma. Dentro de los nuevos deberes genéticos, el ponente se refiere al de «no injerencia» en el genoma humano, al de «evitar» la concepción o al de «eliminar» el embrión o feto, a partir de tesis como un «dere-

cho a no existir», y al de alteración del genoma, en términos de tratamiento o de perfeccionamiento.

El ponente, después de destacar la relevancia del nuevo bien «identidad genética» y de defender las posibilidades de intervenciones terapéuticas, considera que la legitimidad de las intervenciones genéticas ha de valorarse conforme a las dimensiones de su finalidad, riesgos y límites.

II. En la segunda sesión, el profesor De la Villa Gil, bajo el título «*Incidencia de la genética en las relaciones laborales*» considera que la obtención de información genética debe someterse a los principios de «voluntariedad» y «confidencialidad», proscribiéndose la consecución de datos genéticos por vía coactiva y la utilización indiscriminada de los mismos, con la salvedad de que sólo la determinación legal expresa o la resolución judicial *ad hoc* pueden ordenar actos no queridos por el afectado.

El profesor De la Villa Gil estima que la vinculación más evidente entre genoma humano y las relaciones laborales se encuentran en tres ámbitos de aplicación del genoma humano en las relaciones laborales: a) por interés público o social, que es donde se dan las excepciones más claras a los principios de voluntariedad y confidencialidad; b) por interés privado, como sería cuando se utiliza la investigación genética por el empleador para comprobar el estado patológico del trabajador, lo cual, para el profesor De la Villa Gil, significaría una desproporción entre los fines (legítimos) perseguidos y los medios (ilegítimos) empleados, y por lo tanto rechazable, cuestionándose también –*de lege ferenda*– la posible justificación del sometimiento de los trabajadores a pruebas de las que se derive información genética conveniente para los fines del empleador, al advertir que, por un lado, la particular posición subordinada del trabajador en el contrato de trabajo le reconoce el derecho «a no saber» sobre su predisposición genética, y, por otra parte, en una moderna concepción del riesgo de la empresa, se entiende que el empleador ha de asumir la incertidumbre sobre la evolución de la salud de sus trabajadores, y c) por interés del propio trabajador, cuando éste se somete por su interés personal a pruebas genéticas para facilitar alguna información de su conveniencia al empleador a los efectos de selección o de desarrollo de la relación laboral. Estas prácticas, según el profesor De la Villa Gil, han de recibirse con el máximo recelo, debiendo fijarse límites no sólo por la eventual competencia desleal con otros trabajadores, sino también por la preservación de los derechos fundamentales que merecen las personas del círculo familiar del trabajador.

Por su parte, el profesor Leal Amado, bajo el título «*Breve apontamento sobre a incidência da revolução genética no domínio juslaboral: a resposta da lei portuguesa*», afirma que la cuestión fundamental suscitada por la revolución genética en el Derecho laboral se centra en la respuesta sobre «la admisibilidad o no del acceso patronal a la información genética en materia de empleo», y en particular en el marco del proceso formativo del contrato de trabajo.

Sin negar los riesgos que para el empleador implica la suscripción de un contrato de trabajo, ni que el conocimiento genético del candidato a trabajador haría posible la minimización de esos riesgos patrimoniales, el profesor Leal Amado destaca que la realización del test genético de naturaleza predictiva al trabajador pone en manos del empleador una auténtica «bola de cristal», que facilitaría una «selección genocrática». En esta nueva perspectiva, el ponente postula que el empleador debe asumir el riesgo relacionado con la evolución futura del estado de

salud de trabajador, y que en materia de información genética, en el marco jurídico-laboral, el principio ha de ser el de la «prohibición». El interés patronal de obtener la «bola de cristal» –de saber todo sobre la contraparte– ha de ceder, según el profesor Leal Amado, frente a los derechos fundamentales de los que el trabajador es titular.

Junto al principio de prohibición en materia de información genética (realización de test genéticos), cabe admitir –según el ponente– en sede de contratación laboral algunas excepciones que permitan disponer de aquella, en atención a la imperiosa necesidad de proteger la salud y seguridad de terceros (compañeros de trabajo, clientes de la empresa...). Tales excepciones, según el profesor Leal Amado, deben estar muy bien tasadas e ir acompañadas de una serie de garantías procedimentales, con el respeto del principio de la dignidad de la persona humana. La comunicación del ponente se culmina con una interesante síntesis acerca de la reciente normativa portuguesa, la Lei n.º 12/2005, de 26 de enero sobre «información genética personal e información de la salud», que en el contexto jurídico-laboral cobra especial relevancia (arts. 11 y 13).

III. En la tercera sesión, el profesor Peñaranda Ramos, bajo el título «*Bioética y Derecho penal en el comienzo de la vida: algunas implicaciones jurídico-penales de las nuevas biotecnologías*», destaca que las aplicaciones de la tecnología en esta materia resultan muy controvertidas, planteándose en el fondo las diferencias de criterio en atención a los distintos intereses en juego y al modo de efectuar la eventual ponderación, es decir, según el ponente, habrá que tener presente, entre otros intereses, los siguientes: «la libertad reproductiva, el *status* de las mujeres, los derechos de los discapacitados, la libertad científica, así como los intereses de los posibles beneficiarios de sus descubrimientos, y la vida prenatal».

Después de referirse a las diversas opciones legislativas en el Derecho comparado (EEUU, Reino Unido, Italia y República Federal de Alemania), el profesor Peñaranda Ramos se centra en la situación legislativa española: en la permisiva Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, y en la limitada intervención punitiva sobre esta materia (arts. 159 –manipulación genética en sentido estricto–, 160.2 –la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana– y 160.3 CP –la clonación reproductiva–), quedando fuera de nuestro CP supuestos muy polémicos, como los de «clonación terapéutica» o la «investigación con células troncales obtenidas de embriones *in vitro* sobrantes de técnicas de reproducción asistida».

Una vez realizado un detallado análisis de las normativas muy restrictivas que sobre esta materia nos ofrecen Alemania –Leyes de «protección de embriones» de 13 de diciembre de 1990 y de «células troncales» de 28 de junio de 2002– e Italia –Ley n.º 40 de 2004, de procreación médicamente asistida–, el profesor Peñaranda Ramos aborda la cuestión básica acerca de la protección de la vida humana en atención a las fases de su desarrollo, a la luz de nuestra regulación penal, y teniendo en cuenta la doctrina de nuestro TC, así como la polémica doctrinal sobre este tema.

El ponente fija su atención en la regulación de los delitos de aborto y de homicidio, y, particularmente en el tratamiento de las situaciones de conflicto –de la «vida prenatal» con los legítimos intereses de la «gestante»–, y se manifiesta de acuerdo con la decisión del legislador que postula una protección gradual y diferenciada de la vida humana antes –del *nasciturus*, fase prenatal– y después –del ser

humano ya nacido, fase postnatal– del nacimiento, así como en contra de la atribución de un valor equivalente a la vida del embrión preimplantatorio que a la del ya implantado, y a la del ser humano ya nacido, abogando por un modelo gradual de protección de la vida humana según su estadio de desarrollo.

Por su parte, el profesor Faria Costa, bajo el título «*O directo penal e a ciência: as metáforas possíveis no seio de relações perigosas*», después de una sugerente reflexión sobre las relaciones entre el Derecho y la Ciencia, destaca la aceptación por parte del Derecho penal (liberal-social) de los datos que la Ciencia le ofrece (ejs.: la «*lex artis*» relacionada con el art. 150 del CP portugués; las causas de inimputabilidad, o la relación de causalidad).

Una vez reconocido el relevante desarrollo científico de los últimos años y la especial importancia de los avances ofrecidos por la Genética (fertilización *in vitro*, clonación...), que inciden en el mundo jurídico, el profesor Faria Costa se cuestiona el papel que le debe corresponde en esta materia al Derecho penal: prohibición total de tales prácticas, prohibición limitada o no hacer nada. En esta cuestión, el ponente tiene muy en cuenta no sólo el cambio experimentado en la posición actual del ser humano, como señor de la ciencia y de la técnica capaz de alterar el meollo de la propia naturaleza, sino también que toda la legitimidad del Derecho penal se asienta en la protección de bienes jurídicos concretos, abogando por una cierta posición de cautela respecto de los saberes de contemporaneidad, como sucede con las nuevas fronteras de la Genética, y otorgando un papel protagonista en esta materia al principio de precaución.

IV. En la cuarta sesión, la profesora Gómez Calle, bajo el título «*El Derecho civil ante las nuevas técnicas de investigación genética. En particular, las pruebas de detección genética*», se centra en cuestiones de especial interés para el civilista que son reveladoras, por un lado, de la fricción entre el «uso de las técnicas genéticas y de la información que facilitan», y, por otra parte, el reconocimiento de los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales protegidos constitucionalmente.

La profesora Gómez Calle aborda cuestiones tales como las relativas a las «pruebas o análisis de ADN», instrumento útil en los procesos de filiación para determinar la paternidad o maternidad; la investigación, experimentación y manipulación genéticas, que pueden implicar una seria amenaza para los derechos fundamentales y, especialmente, para la dignidad de la persona; y las pruebas de detección genética, que suscitan una rica problemática jurídica al incidir en los ámbitos de la dignidad humana y del derecho a la intimidad, fijando la atención en las pruebas de detección genética y en la información que las mismas proporcionan (requisitos para que su realización se encuentre justificada; el derecho a saber o no saber sus resultados; el acceso de terceros a los datos obtenidos a través de esas pruebas, y el caso concreto del contrato del seguro de vida).

Por su parte, el profesor Guilherme Olivera, bajo el título «*O Direito civil em face das novas técnicas de investigação genética*», aborda las consecuencias que en el Derecho civil han provocado los avances de la Genética de acuerdo con las grandes ramas de esta disciplina jurídica, según la sistematización del Código Civil portugués, con una referencia final al Derecho procesal civil.

De acuerdo con ese planteamiento, el profesor Guilherme Oliveira aborda esta problemática en: el Derecho de obligaciones y contratos (contratos de seguro de préstamo bancario para adquirir una vivienda, y de prestación de servicios de

diagnóstico genético preimplantatorio); el Derecho de cosas, sugiriendo la adaptación de los conceptos de propiedad y de cosas ante los nuevos instrumentos, como los llamados «biobancos», «propiedad biológica» para expresar el dominio sobre «cosas biológicas»; el Derecho de familia (incidencia de la procreación médicamente asistida en las relaciones de progenitura y parentalidad jurídicas, y la propuesta de revisar el régimen portugués de caducidad de las acciones de investigación de la paternidad); y el Derecho de sucesiones (los límites de la capacidad sucesoria ante los avances de la Genética, abogándose por criterios restrictivos). Por último, el profesor Guilherme de Oliveira, en el apartado dedicado al Derecho procesal civil, suscita las cuestiones relativas a la «prueba directa de la paternidad», y a las limitaciones legales para revisar las sentencias relacionadas con la afirmación de la paternidad ante los nuevos medios de prueba aportados por la Genética.

Por último, no quisiera terminar estas líneas de presentación sin dejar constancia de nuestro agradecimiento a las instituciones académicas (Rectorado, Decanato y Departamentos –Público y Privado– de la Universidad Autónoma de Madrid) y a otras instituciones (Banco Simeón, Grupo Caixa Geral de Depósitos y Colegio de Registradores de España) por su apoyo en la organización de las mencionadas jornadas jurídicas luso-españolas, así como al Consejo de Redacción del Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM y al *Boletín Oficial del Estado* por la acogida favorable para hacer posible esta publicación. A todo ello, hay que destacar la generosa y valiosa aportación de los ponentes, que han garantizado el rigor científico y la excelencia de la obra colectiva que presentamos, con la esperanza de que sea de utilidad para quienes se enfrenten al estudio de la problemática relación entre el Derecho y la Genética.

Agustín JORGE BARREIRO