

LA INFLUENCIA DE LOS AVANCES TECNOLOGICOS Y CIENTIFICOS EN EL SEGURO DE PERSONAS

Relatores: Dr. Eduardo Mangialardi

Dr. Norberto Jorge Pantanali

Dr. Enrique José Quintana

I – INTRODUCCIÓN GENERAL

Para la **ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO DE SEGUROS**, constituye un alto honor que el Consejo de Presidencia de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) le hubiera confiado la responsabilidad de la preparación del cuestionario remitido a todas las Secciones Nacionales y la elaboración y relación del informe general referido al tema “La influencia de los avances científicos y tecnológicos en el seguro de personas”, en este XII Congreso Mundial de Derecho de Seguros.-

Entendemos que tanto en la elección de nuestro país como sede de este magno evento académico, así como en deferirnos la distinción de esta presentación, han tenido mucho que ver la historia y la trayectoria de los calificados juristas de la Sección Argentina que nos han precedido en el tiempo.-

Cómo no recordar entonces aquí y ahora que al Primer Congreso Mundial de Derecho de Seguros celebrado en Roma del 4 al 7 de Abril de 1962, asistieron los Doctores Juan Carlos Félix Morandi y Eduardo Steinfeld.-

Cómo no recordar que dos ex Presidentes de nuestra Asociación tuvieron el privilegio de ser relatores de informes generales en Congresos Mundiales de Derecho de Seguros, el Dr. Isaac Halperin desarrollando el tema “El seguro y los actos de violencia

contra la comunidad afectando personas o bienes” en el IV Congreso Mundial celebrado en Laussane, Suiza en Abril de 1974, y el Dr. Juan Carlos Félix Morandi en el VII Congreso Mundial celebrado en Budapest, Hungría en Mayo de 1986, quien efectuó el relato general del tema “La agravación y las otras modificaciones del riesgo” -

Hemos aceptado ser país anfitrión, así como tomar a nuestro cargo el informe general asignado, entendiendo tales distinciones como un justo y merecido homenaje de la comunidad mundial y nacional del Derecho de Seguros a los siempre recordados maestros **ISAAC HALPERIN, JUAN CARLOS FELIX MORANDI y EDUARDO R. STEINFELD**, juristas que han excedido con creces nuestras fronteras con sus aportes, con sus enseñanzas, con su doctrina, resultando indudables referentes del Derecho de Seguros en todas las latitudes y continentes, y que hoy no se encuentran entre nosotros.-

II – INTRODUCCIÓN PARTICULAR

No ha sido ciertamente una tarea sencilla elaborar los puntos del cuestionario general remitido a las Secciones Nacionales de **AIDA**, así como procesar las respuestas recibidas para la elaboración del presente informe y relato.-

Los avances científicos y tecnológicos ocurridos en los últimos años han delineado el desarrollo humano a una velocidad sin precedentes en comparación con otros períodos históricos. Al ensancharse las fronteras del conocimiento y sus aplicaciones concretas, se ha configurado un significativo cambio que tiene incidencia en el vivir cotidiano y en el futuro y ciertamente en la salud, la vida y su duración, y por ello es que influyen de modo significativo y marcado en los seguros de personas, en la contratación de las coberturas, en los aspectos técnicos y en el cumplimiento de las prestaciones comprometidas.-

Hemos limitado el ámbito del presente estudio sólo a aquellas cuestiones que consideramos significativas y relevantes para nuestra disciplina, desechando la tentación de incluir temas que si bien presentan interés científico y académico, no tienen influencia directa y específica en las coberturas referidas a seguros de personas o, si las tienen, su importancia resulta secundaria.-

El avance de las comunicaciones, el uso difundido de la computación y de Internet, tiene influencia en los aspectos de la contratación del seguro, y por ello ocupa nuestro interés. La posibilidad de la contratación electrónica de seguros, la forma de exteriorizar el consentimiento, la denuncia de siniestro, la cuestión de la prueba, la firma digital y su contralor, la protección de bases de datos o de los datos personales, el buen uso de este medio tecnológico así como de sus potenciales desvíos ameritan el condigno análisis, ello sin dejar de señalar que los efectos del uso de la computadora en la salud de los usuarios no parece un tema menor por la exposición a rayos, al igual que la exposición abusiva a teléfonos celulares.-

Los avances científicos y tecnológicos presentan aspectos o facetas altamente positivos, pero a su vez pueden generar efectos indeseados, nocivos para la vida o la salud y estas consecuencias necesariamente deben ser objeto de ponderación. Hemos calificado en los cuestionarios a estos eventuales efectos indeseados como el lado oscuro de los avances de la ciencia y de la tecnología.-

En coberturas de seguros de personas este lado oscuro tiene una significativa potencialidad siniestral por el elevado número de posibles asegurados afectados en las diversas coberturas, y de allí es que nos interesa pensar respecto de eventos no excluidos en las coberturas, en las posibilidades de subrogación del asegurador en aquellos supuestos en que se verifican responsabilidades de terceros en la producción del hecho que da origen a la indemnización al asegurado.-

Los avances en la medicina, así como los métodos de diagnóstico, tienen marcada influencia para la declaración exacta del riesgo, para las coberturas de salud o de gastos, y para la prolongación de la vida humana, de allí nuestro interés.-

Descifrar el genoma humano y las aplicaciones de este conocimiento que nos ubica en el campo de la medicina predictiva importará consecuencias difíciles de prever en toda su magnitud respecto de los seguros de personas y por ello la extensión del presente

informe en el análisis de esta problemática, con los elementos que hoy se pueden visualizar.-

Delineamos así el marco conceptual de nuestro estudio y el foco de nuestro interés ajustándonos al objeto de la convocatoria, metodología que nos permite efectuar consideraciones que estimamos útiles para posteriores reflexiones en los diversos países que son miembros de la Asociación Internacional de derecho de Seguros.-

III – CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANALISIS DE LAS RESPUESTAS AL CUESTIONARIO

1.- A los fines del presente trabajo consideramos seguros de personas a todos los seguros vinculados con la vida humana, sean de contratación individual o colectiva, incluyendo los seguros de salud (de enfermedad y/o asistencia medica y sus gastos), de rentas periódicas o vitalicias, y los de vida y/o de muerte, incluido el seguro de sepelio o de gastos funerarios, ello mas allá de que en algunas legislaciones las respectivas coberturas puntualmente analizadas se encuentren reguladas o consideradas como seguros de daños patrimoniales (en especial seguros de hospitalización y gastos de salud) y hemos adoptado este criterio general, porque el eje de debate, como dijimos, está centrado en la influencia de los avances científicos y tecnológicos en el ser humano, en la persona, y de qué manera tales avances pueden influir en la salud de las personas, en la duración de la vida humana, en su supervivencia y en su muerte, que constituyen el elemento fundamental a tener en cuenta en los riesgos propios de tales coberturas.-

Pocas cuestiones desde el punto de vista filosófico y existencial tienen un grado absoluto de certeza. Sin lugar a dudas en la vida humana, la muerte, es una de tales certezas. No obstante desde el punto de vista de la técnica y los principios del seguro de personas, esta certeza se transforma en incertidumbre respecto del momento de cuándo ocurrirá. Es entonces esta incertidumbre generalmente asociada a necesidades económicas del propio sujeto, de los de su familia, o de gastos relativos a la salud, o de la muerte del sujeto amenazado, el motivo que genera la contratación de seguros de personas. Lo que

preocupa al ser humano, es el riesgo o posibilidad de una muerte temprana o prematura, o de una muerte tardía, es decir el riesgo de que una determinada contingencia que afecte a una persona en su vida, o su muerte, resulte económicamente inoportuna; tal es el riesgo que se transfiere, y acepta un asegurador profesional en los seguros de vida o de muerte. En seguros de salud, la preocupación se centra en contar con las prestaciones o recursos necesarios para afrontar los gastos de la enfermedad o contingencia cubierta, si se produce. En los seguros de renta vitalicia, de retiro, o de supervivencia, el eje de la preocupación es contar con recursos económicos suficientes, durante toda la vida.

Si los avances tecnológicos y científicos permiten vislumbrar la prolongación de la duración de la vida humana, las preocupaciones del eventual asegurable, apuntarán más que al riesgo de muerte, a la de la sobrevida y sus efectos económicos sobre los sujetos asegurados, fundamentalmente previstos para la etapa pasiva y cuando generalmente no se está en la plenitud que posibilite mantener iguales ingresos económicos como en la etapa activa.-

Desde la perspectiva que estamos señalando, vemos que en la actualidad, y para el futuro, se diversifican las preocupaciones del ser humano en general, y ya no se mira la muerte como el objeto primario de la contratación de un seguro, sino la salud y la sobrevida que, en el actual contexto, presentan riesgos económicos que es necesario preveer. Este primer análisis nos permite visualizar un positivo crecimiento en demandas de asegurables respecto a diversas coberturas de seguros de personas, y a un mayor desarrollo de coberturas específicas respecto de riesgos singulares. Cada vez deberán destinarse mayores recursos a primas de seguros por onerosidad de ciertos tratamiento médicos y farmacológicos, por el aumento de la expectativa de vida y por las crisis de los sistemas de seguridad social y de salud públicos. Pensamos también que las preferencias de los asegurables entre diferentes opciones se inclinarán a favor de los aseguradores porque se supone que la estructura técnica, actuarial, económica y jurídica del seguro ofrece mejores seguridades y respuestas que las que pueden ofrecer por ejemplo administradoras de planes previsionales, entidades prepagas de salud, productos de ahorro en instituciones bancarias o inversiones en acciones de la empresa de pertenencia de los trabajadores en la etapa activa que fueron afectadas por la quiebra de las propias empresas (caso Enron, y similares, por

ejemplo). La estructura técnica del seguro y del reaseguro compromete recursos adicionales para afrontar los pagos o compromisos asumidos, que los ahorros del propio sujeto, o ahorro y tasas de interés, o de compromisos de otras entidades que no cuentan con adecuadas supervisiones o solidez.-

2.- Como un fenómeno propio del desarrollo humano, en todas las épocas de la historia se han producido en prácticamente todos los ámbitos avances tendientes a mejorar la calidad de vida y el confort, a la producción de bienes y servicios, al intercambio de los mismos, al comercio, piénsese en la invención de la rueda, la fabricación de vehículos del transporte terrestre, marítimo o aéreo, la invención de la imprenta, del teléfono, del telégrafo, el maquinismo, los avances en la medicina, la obtención de vacunas, el descubrimiento de la penicilina como antibiótico, los rayos X, etc, etc. Estas breves referencias demuestran que avances hubo siempre, pero lo que se ha modificado es su velocidad y las fronteras del avance. En la evolución de la humanidad, el cambio social, científico y tecnológico era tan lento que tales cambios pasaban prácticamente inadvertidos durante la vida de una persona. En el último medio siglo en cambio, el avance en prácticamente todas las disciplinas ha sido vertiginoso. Hemos asistido y asistimos a nuevos descubrimientos, innovación, aplicación comercial de los mismo. Tal velocidad a su vez ha acelerado los términos de la obsolescencia de algunos conocimientos y aplicaciones. Hoy hablamos de sociedad del conocimiento, de sociedad tecnocrática. El propio concepto de tecnología ya parece viejo y utilizamos el término innovación tecnológica como modo de precisar la velocidad de los cambios. Lo considerado nuevo cae prontamente en desuso porque un nuevo conocimiento o producto entra en escena para realizar con mayor eficacia las mismas funciones de aquel producto o conocimiento que ya se considera antiguo. Es no obstante la paradoja de la obsolescencia, que al período que se inicia con posterioridad a la finalización de la segunda guerra mundial se lo ha denominado el de la nueva ciencia o tecnología. Los avances además se producen sucesivamente. Veamos algunos ejemplos: En 1962 los Doctores Crick y Watnon recibieron el Premio Nóbel por descubrir la molécula de **ADN**, hoy ya se encuentra secuenciado el genoma humano, primer avance significativo del Siglo XXI.-

En 1967 el cardiocirujano Christian Barnard realiza a Louis Waskansky el primer trasplante exitoso de corazón, y 15 años después, en 1982, se implanta por primera vez un

corazón artificial a un hombre. El avance en la ciencia médica cardiológica es sorprendente.-

En 1969 y por televisión, los habitantes de todo el mundo pudieron contemplar el alunizaje de la Apolo XI y la primera caminata lunar. Personas de edad que habían viajado en carreta o efectuado extensas travesías marítimas, veían al hombre en el espacio, caminando en el satélite lunar y comunicados con la tierra, el progreso posterior en las comunicaciones me exime de mayores comentarios.-

En Julio de 1978 nació Louise Brown, el primer ser humano producto de la fecundación in vitro, concebido fuera del útero materno, el denominado bebé de probeta.-

En 1997 nace la Oveja Dolly, creada a través de técnicas de clonación. Los avances en estas disciplinas son constantes y permanentes.-

Si bien las primeras computadoras datan del año 1950, la aplicación tecnológica del chip en 1980 generó la posibilidad masiva de acceso a dicha herramienta. El fax que ya resulta un medio de transmisión casi obsoleto se difunde en 1988, y hace apenas poco más de una década, en 1993, nace Internet. Las comunicaciones telefónicas con pequeños adminículos que pueden usarse en cualquier lugar del mundo en donde uno se encuentra y que además posibilitan entre otros usos mandar mensajes de texto y sacar fotografías entre distintas aplicaciones, demuestran la velocidad de los cambios.-

En las ultimas décadas la tecnología médica ha avanzado de tal modo en radio imágenes que es posible observar el interior del cuerpo humano y con ayuda de la computación y de la robótica, ingresar incluso al cuerpo humano con cámaras visuales, la nanotecnología permitió dicho maravilloso paradigma de la conjunción de ciencia y tecnología. Hoy son frecuentes los diagnósticos a distancia y las intervenciones quirúrgicas con rayo láser. Hace poco menos de medio siglo los centros médicos instalaban la terapia intensiva.-

Hemos ingresado a la biotecnología, en vegetales, animales y en seres humanos con las connotaciones éticas y bioéticas que ello significa.-

Estos pocos ejemplos demuestran que en menos de medio siglo, los avances en todas las disciplinas y áreas han sido por demás significativos y asombrosos. Lo que era fruto de ingeniosos novelistas de ciencia ficción hoy se ha transformado en realidad cotidiana.-

Sin embargo, y al propio tiempo de los avances positivos, el desarrollo tecnológico e industrial es pasible de provocar catástrofes que incluso exceden de las propias fronteras de los países en que tales eventos ocurren. A guisa de ejemplo, el accidente de Bhopal en 1984, (fuga de gas letal), el accidente de Chernobyl del 26 de Abril de 1986, diversas catástrofes ecológicas y medio-ambientales, el calentamiento global, el efecto invernadero, la afectación de los ecosistemas, y la aparición de virus, bacterias y enfermedades que provocan mortalidad masiva antes desconocida, tales como el virus del Ébola, la infección respiratoria SARS, la gripe asiática, la de Hong Kong, la gripe aviar, el virus del HIV y la latente amenaza del bioterrorismo (envenenamiento con gas Sarin, esporas de Ántrax, etc.), el uso no pacífico de la energía nuclear, los errores en medicamentos, el mal de la vaca loca, y hechos propios del hombre, como el terrorismo. Luces y sombras del ser humano.-

Precisamente, todos los aspectos, los positivos así como los negativos debe ponderarse en un análisis racional de los efectos en relación a los seguros de personas.-

Con acierto se ha definido el avance científico y tecnológico como una espada de dos filos.-

La ciencia y la tecnología transitan por andariveles diferentes al del derecho, lo preceden, de allí es que se verifican vacíos del derecho respecto de nuevos fenómenos, y el derecho de seguros ciertamente no configura una excepción a esta regla.-

De allí la importancia de prestar debida atención a los temas que consideramos de significancia para nuestra disciplina.-

La técnica del seguro de personas se cimenta en el cálculo de probabilidades, en prever la siniestralidad, de modo de calcular apriorísticamente la prima respecto del riesgo asumido. Las consecuencias del desarrollo científico y tecnológico pueden alterar tales previsiones técnicas en los seguros de personas.-

3.- Los estudios del Derecho de Seguros hasta el presente, referidos por ejemplo a cuestiones medio ambientales, a la contaminación, a desastres ecológicos, a productos transgénicos nocivos, a perjuicios derivados del consumo de ciertos medicamentos o productos como el asbesto, se han centrado en los seguros de responsabilidad civil para el amparo o indemnización de tales contingencias respecto de los afectados, mas entendemos que esta visión es sólo parcial respecto a la totalidad de la actividad aseguradora. Las consecuencias o implicancias, por ejemplo, de la contaminación ambiental y los quebrantos de la salud por la producción o provocación de diversas enfermedades, incluso agravando el riesgo de muerte en personas afectadas de algunas patologías previas, nos obliga a pensar que un porcentaje por demás significativo de las indemnizaciones que abonan los aseguradores de seguros de personas por gastos médicos, de salud o enfermedad o por seguros de incapacidades o muerte, corresponden en realidad a siniestros provocados por lo que eufemísticamente denominamos riesgos del desarrollo y de las nuevas tecnologías. Es más, algunas lesiones o incapacidades o muertes se producen varios años después de producido el hecho generador dañoso para la persona, lo que nos permite aseverar que tales consecuencias provocan significativas erogaciones para los aseguradores de seguros de personas. El medicamento VIOXX, anti – inflamatorio, producido por una conocida multinacional farmacéutica fue retirado de los mercados por potenciar infartos. Los afectados que cuentan con pólizas de diversas coberturas de seguros de personas, resultan acreedores a las indemnizaciones de sus aseguradoras, ello además de las acciones de responsabilidad civil respecto del laboratorio en cuestión o las indemnizaciones que los afectados o causahabientes perciben de los aseguradores del riesgo de responsabilidad civil, o de fondos especiales al efecto. Los aseguradores de seguros de personas lucen así como damnificados respecto del hecho de un tercero, y el dañador queda exento de responder respecto de la totalidad del daño causado, por la imposibilidad de la mayoría de las

legislaciones del ejercicio de la subrogación en los seguros de personas, ello sin perjuicio de que algunas legislaciones posibilitan la subrogación para gastos de salud o enfermedad.-

Los principios que orientaron las legislaciones de seguros crearon una especie de frontera entre los seguros de daños como resarcitorios o indemnizatorios, y los seguros de personas que no se entendían como resarcitorios y por ello se estableció el principio de que la subrogación es inaplicable en los seguros de personas.-

Frente a los nuevos fenómenos, ¿Resulta válido mantener tal principio?. ¿Es justo como respuesta a esta realidad extender las exclusiones de cobertura respecto de hechos en seguros de personas con potencialidad catastrófica, o incrementar las primas para asumir tales riesgos o se debe dar un paso más y analizar las implicancias de tales principios doctrinarios en el actual contexto y evaluar la posibilidad de la subrogación de los aseguradores de seguros de personas, en ciertos casos?.-

En la realidad actual, el asegurador de seguros de personas se encuentra en una posición desventajosa respecto de otros sujetos, e incluso respecto de los aseguradores de otros riesgos. Supongamos un asegurador de riesgos del trabajo que cubra a los trabajadores de un establecimiento que utilice determinados insumos. Por un error de un tercero, en vez de proveer un insumo inocuo provee uno altamente tóxico y la emanación de esta sustancia diferente, provoca lesiones graves y muertes a los trabajadores. La aseguradora de riesgos del trabajo deberá satisfacer las prestaciones médicas y en especie, las indemnizaciones por incapacidad y muerte y legalmente quedará subrogada para reclamar contra el responsable del equivoco, lo abonado. Si ese mismo trabajador fallecido, contaba además con un seguro de muerte, el asegurador que paga a los beneficiarios, no tendría tal posibilidad de subrogación. Va de suyo que los causahabientes del trabajador tienen también acción contra el responsable. Doctrinariamente se ha sostenido que si se permitiera la subrogación en seguros de personas podría afectarse la noción de cúmulo, mas entendemos que ello no es así, pues debe verse al asegurador de personas como también damnificado, de tal modo el daño causado por el responsable ha afectado a una pluralidad de damnificados y el daño causado al asegurador de personas es haber tenido que afrontar indemnizaciones provocadas por el hecho de un tercero que no hubieran de ser satisfechas si el hecho de un

tercero no la hubiere provocado. No es un tema menor el que propiciamos para debate y estudio y somos conscientes de su significancia en la cotización y en la incidencia respecto a las coberturas de otros riesgos, pero precisamente por ello es que convocamos al debate.-

4.- Los avances científicos y tecnológicos han posibilitado y posibilitan, la prolongación de la vida humana. Recientemente ha fallecido la persona de mayor edad, 117 años. Los científicos están analizando en modelos animales el modo de desacelerar el proceso de envejecimiento. En 1970, el 7% de los japoneses eran mayores de 65 años de edad, pero al finalizar el siglo XX ese porcentaje se elevó al 17,3% . Se prevee que para el año 2050 uno de cada 3 japoneses será mayor de 65 años. La esperanza media de vida se ha incrementado de modo notorio. Veinte años atrás, en 1986, había un millón de españoles mayores de 80 años, hoy dicha cifra se ha duplicado. A principio del siglo XIX, la población del mundo alcanzaba 1000 millones de personas, en 1930, 2000 millones. Se alcanzaron los tres mil millones en 1961. En sólo poco más de una década, la población mundial alcanzó los cuatro mil millones de habitantes y en la actualidad la población mundial alcanza los seis mil quinientos millones de personas. El crecimiento del desarrollo poblacional no es homogéneo en todos los continentes. En los países más desarrollados, la tasa de natalidad ha disminuido por los cambios culturales y socio – económicos, lo que genera y generará consecuencias en el financiamiento de los gastos asociados con la pasividad y gastos médicos. Las tasas de sostenimiento de los sistemas previsionales públicos se ven alterados al igual que los períodos de pagos de rentas vitalicias. La longevidad, las necesidades de atención económica de los mayores, sin duda influirán en las diversas coberturas de seguros de personas. La supervivencia y sus efectos socio–económicos son y serán el prisma de análisis de las coberturas aseguradoras en los seguros de personas. Los avances científicos y tecnológicos no crean mayor número de empleos. La maquinaria reemplaza al hombre en los procesos productivos. Hoy cada día resulta más difícil encontrar trabajo para mayores de 40 años quienes son considerados, en general, para fines laborales, como “ viejos” . Se incrementa la duración de la vida humana pero laboralmente se es viejo cada vez más temprano. Conceptualmente, el tránsito de la etapa activa a la pasiva se conocía como tercera edad, hoy se están creando nuevas y diferentes etapas o categorías de edades. Se recortan los gastos públicos de salud, los beneficios para los pasivos, se establecen barreras para el acceso a seguros de salud en razón de edades cronológicas y no es posible continuar

ampliando la meta de edad para recibir los beneficios de la pasividad. Tal sumatoria de elementos conexos, contradictorios entre sí, generarán indudables consecuencias sociales de no encontrarse soluciones adaptadas a los contextos económicos y sociales diferentes y distintos a los que fueron característicos de buena parte del siglo XX. Las diversas realidades de países y continentes desiguales, marcarán posiblemente diferentes formas de encarar tal problemática, pero más temprano que tarde, casi todos los países y continentes afrontarán los mismo fenómenos.-

En cuanto a las prestaciones del seguro de personas deberán ponderarse respecto de las rentas para la etapa pasiva la posible rentabilidad de inversiones de los aseguradores en el largo plazo, los efectos de la inflación en las rentas comprometidas, y la moneda del contrato en los casos de prestaciones referidas a una moneda extraña y diversa a la del propio país, ello a fin de evitar que alteraciones de política económica en el tipo de cambio frustren el cumplimiento de las obligaciones comprometidas en el contrato. ¿Constituye la moneda comprometida, un álea en el propio contrato? La experiencia reciente de nuestro país nos obliga a formular dicho interrogante. Deben diferenciarse dos conceptos en el contexto actual, la expectativa de vida, propiamente dicha, de la expectativa de vida saludable lo que supone a su vez independencia y autonomía. Los límites actuales de la vida activa laboral, para comenzar a percibir prestaciones previsionales se ubican según los países y sexos entre los 60 y 65 años de edad en general. Para algunas actividades incluso tal edad es menor. En la actualidad una persona de esa edad en general se encuentra bien físicamente, activa y lúcida, no es lo mismo una persona a los 60 o 65 años en la actualidad, que aquel que hubiera arribado a esa edad en la primera mitad del siglo XX. La medicina en general y la gerontología en particular intentan que la vida de las personas de mayor edad pueda ser disfrutada, y no, padecida. En algunos países, tal es el caso de España, recientemente se ha aprobado una ley de Protección de la Autonomía Personal y Atención a las personas dependientes, que no obstante no indicarse específicamente que tales prestaciones se producen a la edad de acceso a la etapa pasiva, o posterior, debemos tener presente que el 80% de las personas dependientes, superan los 65 años de edad. Si bien se trata de una norma de seguridad social, nada obsta que esta cobertura pueda ser estructurada como un plan de seguros privados, de vida o de salud, ya que se trata de la

ayuda necesaria para que el asegurado pueda realizar una o varias actividades básicas de la vida.-

Las coberturas de rentas vitalicias, los seguros de salud y enfermedad que extiendan la cobertura para atender los fenómenos propios de la mayor edad, seguramente generarán una demanda creciente. Los aseguradores deben estructurar planes técnicos que contemplen esas nuevas necesidades. Es sabido que las erogaciones en salud se incrementan con el paso del tiempo, pero la demanda insatisfecha por las deficiencias de los sistemas públicos de seguridad social, muestran un mercado potencial de cobertura de seguros privados, para nada desdeñable.-

Expectativa de vida, demografía, cambio en las costumbres, cambios sociales respecto de la edad para concebir el primer hijo, disminución de la tasa de natalidad en países desarrollados, longevidad, tratamiento médicos y sociales, desempleo; no son cuestiones que puedan ser analizadas en forma aislada, sino necesariamente en forma conjunta, no parecen compartimentos estancos, y de allí es que tales cuestiones influyen en los seguros de personas.-

5.- Los cambios y avances han influido de tal modo, que incluso hay nuevas formas de concepción y fecundación.-

Respecto de la fecundación extrauterina, la ovulación de la mujer se incrementa farmacológicamente con el objeto de obtener más embriones y aumentar así las posibilidades de éxito. Se seleccionan determinados embriones y se implantan tres o cuatro, descartando o congelando los restantes. Este técnica plantea el problema de la posibilidad de concepción fuera del seno materno, e incluso del alquiler de vientre para el implante. Diversas normas de derecho, de filosofía, de religión se ven alcanzadas por estas técnicas que también son objeto de debate en el plano de la bioética. No son precisas las regulaciones legales de derecho comparado que establezcan con claridad los límites de los avances de la ciencia médica con relación a la moral y a la ética. Problemas similares en cuanto a dichos límites se verifican en el campo del estudio de las células madres embrionarias y su uso en medicina regenerativa.-

Los propios significados de la concepción y de la muerte hoy plantean dilemas antes desconocidos, y estas cuestiones que en principio parecen ajenas a los seguros de personas, en realidad no lo son, ya que interesan por ejemplo en el concepto de beneficiarios en seguros de vida para el caso de muerte en los supuestos de que no se individualice en las pólizas el beneficiario concreto del capital o renta a pagarse y que la institución del beneficiario se refiera a los hijos concebidos. Las discusiones jurídicas respecto de la concepción –aun fuera del seno materno– influyen en nuestra disciplina.-

Hoy es posible engendrar hijos aun después de que una persona fallezca. ¿Cuál es hoy la frontera biológica para la maternidad, y cuáles sus efectos en los cálculos de seguros de rentas vitalicias?.-

Respecto de la declaración exacta del riesgo, ¿los cuestionarios actuales de los aseguradores se han modificado acorde a los avances científicos médicos en la cura de enfermedades?. ¿Son aquellas enfermedades que antes preocupaban a los aseguradores las que hoy deben ser consideradas desde el punto de vista de la equivalencia de prima y riesgo, en épocas en que la gran mayoría de los órganos pueden ser objeto de transplante e incluso de transplantes múltiples?. ¿Se tienen en cuenta los avances farmacológicos en las tarifaciones?. ¿Deberemos pensar en los seguros de muerte que ciertas intervenciones quirúrgicas mayores, en vez de agravar el riesgo, hoy lo disminuyen?. La probabilidad de encontrarse afectado por una enfermedad grave y superar la puede incluso ser superior a la posibilidad de morir.-

Los cambios generan nuevos interrogantes, los enfoques de ayer hoy puede que carezcan de actualidad.-

6.- Los nuevos avances científicos y tecnológicos pueden ser riesgosos para la salud.

La telefonía celular, los sistemas de transmisión de datos que posibilitan el acceso a Internet mediante sistemas fijos inalámbricos han generado en centros urbanos una gran dispersión de antenas de radio-comunicaciones que emiten radiaciones conocidas como no

ionizantes. El ser humano puede absorber sin riesgos para la salud determinados valores o tasas de energía, mas de excederse tales valores no existe una garantía absoluta de que potencialmente no se vea comprometida la salud. La influencia de los campos electromagnéticos en la salud y en la vida no es un tema menor. Del mismo modo, determinados insumos que se utilizan aún industrialmente en tintas de impresión, papel carbónico, plastificantes, como los bifenilos policlorados (PCBS) y también en transformadores de energía, generan riesgos en la salud por resultar agentes probablemente cancerígenos, y de allí su prohibición en muchos países.-

La tecnología a su vez provoca desechos y residuos aptos para producir contaminación y daños a la salud. La eliminación de los desperdicios radioactivos, y no radioactivos y la seguridad de su destino final, no parece tampoco un tema menor, de allí la preocupación de los ambientalistas y de algunos países.-

La alimentación de animales bovinos y de otras especies han provocado enfermedades antes desconocidas. Ciertos efectos de alimentos transgénicos aún no han sido debidamente evaluados.-

Si los avances tecnológicos por el desconocimiento de los resultados causan enfermedades o afectan la salud o la vida en el largo plazo, tales consecuencias tendrán un impacto negativo para los aseguradores de personas.-

7.- En el cambiante mundo en que vivimos, debemos incluso preguntarnos si la exacerbada competencia o el trabajo pueden causar enfermedades e incluso la muerte, y no nos estamos refiriendo sólo a esfuerzos físicos relacionados con la actividad laboral, sino de fenómenos tales como stress y/o perturbaciones psicológicas profundas, provocadas por factores intrínsecos y extrínsecos a la propia labor.-

8.- El hombre intenta dominar a la naturaleza, modificarla, produce cambios geográficos, calentamiento global al liberar dióxido de carbono en la atmósfera, el denominado efecto invernadero, y la naturaleza reacciona. No es aventurado suponer que lo que denominamos catástrofes naturales sean producto en realidad de consecuencias del obrar humano sobre la

naturaleza. Tifones, tornados, huracanes, inundaciones, tsunamis, sequías que además producen incendios, olas de calor o de frío, son moneda constante y recurrentes. Las respuestas lógicas para reducir tales fenómenos no parecen ser del agrado de los países altamente desarrollados. Los daños generan no sólo pérdidas económicas, sino, lo que es peor, pérdidas de vidas humanas en número cada vez más creciente, lo que también influye en las coberturas de seguros de personas.-

9.- El mundo actual luce como desigual, las asimetrías entre los países desarrollados, y los demás parecen incrementarse y no reducirse. Los derechos de propiedad intelectual, las patentes y el provecho económico de los nuevos avances científicos y tecnológicos le corresponden a países desarrollados o a empresas multinacionales cuya casa matriz se ubica precisamente en tales países. No es cierto entonces que los conocimientos científicos sean patrimonio de toda la humanidad. Es más, aún en países desarrollados los avances científicos y tecnológicos no pueden ser aprovechados en términos simétricos. Los estratos sociales de mayor poder adquisitivo son los que pueden acceder al uso y goce de los avances científicos y tecnológicos, que no llegan ciertamente a todos. Los progresos y la posibilidad de su uso y goce patentizan distorsiones distributivas. No se compadecen los impactantes avances en medicina y farmacología con la realidad de muertes por hambre, desnutrición, tuberculosis, cólera, etc; enfermedades fácilmente evitables si la distribución de la riqueza fuera diferente y, si existieran medicamentos de costo accesible disponibles, alimentos o agua potable en todo el mundo. En pleno siglo XXI, en algunos lugares del planeta la expectativa de vida no alcanza tan siquiera los 50 años de edad. Las comunicaciones con celulares, el uso de computadoras o Internet no resultan posibles en territorios donde tan siquiera ha llegado la energía eléctrica o el sustento económico para una familia numerosa apenas asciende a un dólar diario.-

Los notables progresos generarán beneficios concretos para menos de un cuarto de la población total de la humanidad. Como deseo, debemos aspirar a que lleguen a un número infinitamente superior, al igual que lleguen a todos los continentes y regiones y que los habitantes cuenten con recursos económicos para obtener coberturas de seguros de personas. No se trata de una cuestión estadística, sino de seres humanos y de la vida misma.-

10.- Respecto del primaje mundial de seguros, y conforme surge del informe SIGMA 2/2005 publicado en la revista especializada de Derecho de Seguros de nuestro país, Mercado Asegurador en su edición 307, correspondiente a Septiembre de 2005, páginas 98/104, que reproduce el trabajo efectuado por Swiss Re sobre los seguros de vida y no vida en todo el mundo en el año 2004, podemos destacar que las primas de seguros mundiales ascendieron a U\$\$ 3.244.000 millones de dólares en el 2004. De ese primaje U\$\$ 1.849.000 millones correspondieron a Seguros de vida y U\$\$ 1.395.000 millones, a seguros no vida – ello mas allá que algunas coberturas de seguros de personas no se contabilicen en el rubro seguros de vida. Estas cifras demuestran la importancia de los seguros de personas respecto de otros ramos. Existen distribuciones disímiles en el mundo respecto del predominio del seguro de vida sobre las restantes ramas. Siguiendo el agrupamiento del informe citado, Estados Unidos y Canadá tuvieron un primaje de U\$\$ 524.327 millones en Seguros de Vida y U\$\$ 643.249 millones en seguros de no vida, que representan el 28,36% y 46,10% respectivamente del mercado mundial. Esta tendencia se verifica también en Latinoamérica, en el Caribe y en Oceanía en cuanto al mayor volumen de prima en seguros de no vida respecto a los de vida. En Latinoamérica y el Caribe las primas de seguros de vida alcanzaron a U\$\$ 20.201 millones que representan el 1,05% del primaje mundial y U\$\$ 29.121 millones en seguro de no vida, 2,09% . En Oceanía U\$\$ 27.034 millones en Seguros de Vida y U\$\$ 28.144 millones en los otros riesgos 1,46% y 2,02% respectivamente.-

En cambio en Asia es marcada la diferencia a favor de los seguros de vida U\$\$ 556.321 millones, 30,09% del total y en otros riesgos U\$\$ 179.215 millones, 12,88% del total. Con menores diferencias, que la de Asia, Europa registró en seguros de vida un primaje de U\$\$ 694.563 millones, 37,57% del total y en seguros de no vida U\$\$ 503.621 millones, 36,10% del total y África U\$\$ 26.241 millones en seguros de vida, 1,42% del total y U\$\$ 11.368 millones, 0,81% del total respecto de seguros de no vida.-

Si consideramos individualmente por países la participación en el ramo vida, sólo seis países superan individualmente el 4% de la cuota de mercado mundial. Ellos son Estados Unidos U\$\$ 494.818 millones, 26,77% , Japón U\$\$ 386.839 millones, el 20,93% ,

Gran Bretaña U\$S 189.591 millones, el 10,26% , Francia U\$S 128.813 millones, el 6,97% del total, Alemania U\$S 84.535 millones, el 4,57% e Italia U\$S 82.083 millones, el 4,44% del total. En conjunto, en seis (6) países se concentra el 73,94% de la producción de seguros de Vida.-

En cuanto a los países en los que su producción interna en Seguros de Vida supera el 1% de la producción mundial se ubican: Corea del Sur, 2,63% , China 1,92% , Taiwán 1,83% , Holanda 1,70% , Canadá 1,60% , Australia 1,39% , Sudáfrica 1,32% , Bélgica 1,30% , Suiza 1,30% , España 1,28% e Irlanda 1,03% . Así, estos 11 países totalizan el 17,30% , lo que significa que 17 países representan el 91,24% del primaje total en seguros de vida.-

De América Latina y el Caribe, Brasil con U\$S 8.199 millones que representan el 0,44% del primaje mundial es el país de mayor primaje. El conjunto de América Latina y el Caribe agrupados, U\$S 20.201 millones en el primaje de Seguro de Vida no alcanzan al primaje sólo de España, U\$S 23.592 millones.-

Los cuatro países mas importantes en producción de Seguros de Vida de América Latina (Brasil, México, Chile y Argentina) alcanzan en conjunto el 0,93% del primaje mundial, comparable con el primaje de la India.-

Nuestro país, Argentina con una producción de Seguros de Vida de U\$S 1.345 millones, 0,07% del total (Valores que han sufrido una importante disminución medidas en la moneda norteamericana luego de la salida de la convertibilidad y la alteración de la paridad cambiaria 1\$ = 1U\$S en Noviembre de 2001, 3\$ = 1 dólar en 2004), se ubica en el puesto 39 del ranking mundial de primas de seguros de vida, por debajo de Indonesia, lugar 38 y por encima de Nueva Zelanda, país ubicado en el lugar N° 40.-

En cuanto a primas per cápita en seguros de vida ostentan una marcada primacía Suiza U\$S 3.275,1, Gran Bretaña U\$S 3.190, Japón U\$S 3.044, respecto de otros países. Hay 10 países de Europa que singularmente considerados superan en este indicador el valor per capita de Estados Unidos, de U\$S 1.692,50. En Asia, cinco (5) países superan los 1000 U\$S per cápita en primas de Seguros de Vida. En Oceanía el primaje de Australia asciende

a U\$S 1.285,10. En producción de Seguros de Vida per cápita en África el liderazgo lo ostenta Sudáfrica con U\$S 545,50 de primas per cápita en dólares y en América Latina y Caribe, Trinidad y Tobago con U\$S 484,50. En Argentina, el valor de prima de Seguros de Vida per cápita alcanza a U\$S 34,50.-

Respecto de las primas de Seguros de Vida medidas en porcentaje de PBI, el indicador más importante es el de Sudáfrica, 11,43% , seguido por Taiwán 11,06% , Gran Bretaña, 8,92% , Japón 8,26% . En Estados Unidos esta relación es de 4,22% , valores similares a los de Australia con 4,17% . En América Latina y Caribe el liderazgo lo ostenta Trinidad y Tobago con 5,77% . 10 países de Europa superan a Estados Unidos; en Argentina dicho valor se ubica en 0,88% y Brasil 1,36% .-

En cuanto al PBI, EEUU ostenta un claro liderazgo con U\$S 11.735 billones seguido por Japón con U\$S 4.683 billones. Respecto de los datos de población mundial China cuenta con 1.297,2 millones de habitantes y la India 1.079,5 millones, EEUU 292,4 millones, Rusia 143 millones. Agrupados por continentes, el mundo a 2004 se componía de 6.342,1 millones de personas. Sólo en Asia vive mas del 50% de la población de la humanidad, 3.779,2 millones, África 866,3 millones, Europa 798,2 millones, Latinoamérica y el Caribe 542,4 millones; EEUU y Canadá 324,3 millones y Oceanía 31,8 millones.-

La relación de los distintos indicadores señalados nos demuestra que el mundo es redondo, pero no homogéneo, y que por ello cualquier conclusión que pretendamos traspolar a otras regiones, a otras culturas, a otras creencias que son diferentes, pueden significar errores frente a la diversidad. No somos cultores del pensamiento único. De allí es que seguidamente analizaremos las respuestas de las diversas secciones nacionales al cuestionario, reflejando las respuestas recibidas, lo que nos permite contar con un panorama global respecto de los tópicos de interés de nuestro informe general.-

PRIMERA PARTE

CONSIDERACION DEL CUESTIONARIO

Entraremos ahora a examinar las respuestas dadas al cuestionario siguiendo el orden de las preguntas formuladas, no sin antes dejar constancia -nuevamente- de la encomiable labor cumplida por todos los países por la profundidad de los informes elaborados los que denotan claramente que se ha encarado el tema en forma multidisciplinaria, con el aporte no solo de la cibernética, sino también de todas las ciencias relacionadas.

La tarea que debimos encarar no ha sido fácil. Hemos dedicado nuestros mayores esfuerzos por presentar a Uds. un estudio comparativo lo mas exhaustivo posible, proveniente de legislaciones diametralmente distintas con estructuras jurídicas tan disímiles, por lo que " ab initio" pedimos disculpas por los riesgos de equivocadas interpretaciones a que hayamos llegado, tanto los relatores de este Informe, como los responsables de las traducciones.

Los países que han contestado el cuestionario son los siguientes: Alemania, España, Italia, Hungría, Suiza, Portugal, Francia, Bélgica, Grecia, Dinamarca, Australia, Sud África, Japón, Indonesia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Uruguay y Argentina. Pasamos seguidamente a exponer sintetizadamente las respuestas dadas, con las conclusiones que nos merecen, precedidas, por razones de orden, de las preguntas respectivas, debiendo señalar que en los casos de contestaciones similares, hemos procedido a su agrupación.

Introducción.

1.- A poco que nos adentramos en el análisis de la problemática planteada en el cuestionario, fácil es advertir la enorme trascendencia de la cuestión ante el grado de penetración del comercio electrónico que ya se aprecia en todo el orbe. Cuando analizamos la reforma de la legislación de fondo aplicable al contrato de seguro que se está produciendo en muchos países -en particular en las naciones desarrolladas- al conjuro de

los avances tecnológicos y científicos, debemos aplaudir el acierto de la decisión tomada por la AIDA de encarar el tema a nivel del Congreso Mundial. Es que, como se ha visto, dichos avances han provocado una profunda revolución en todos los órdenes de la actividad humana, y en particular en las finanzas y las relaciones económicas internacionales, y por ende, en la actividad aseguradora.

2.- El fenómeno inédito que representa el comercio electrónico y su impacto en el seguro llevan inexorablemente, como predijo "Swiss Re" a la "necesidad imperiosa de adaptarse y la oportunidad de renovarse" ("Sigma", n° 5/2000).

En un informe que data de 5 años atrás, se señalaba que "Internet se ha transformado de un mero medio de información y comunicación en una de las vías de distribución mas importantes. Hace posible acceder a una gran cantidad de personas de un modo jamás imaginado, y al mismo tiempo, poner a disposición valiosa información individualizada... Si bien en un principio la meta se hallaba en la ventas de productos a los consumidores finales (*business-to-consumer*), ahora es la relación con los clientes comerciales (*business-to-business*) la que reviste cada vez mayor importancia... Sin embargo, la tecnología de Internet no solo repercute en la distribución, sino que ejerce también su efecto en todos los procesos comerciales. Cuanto mas depende el proceso de producción de la preparación de la información, tanto mayor es el potencial de cambios."

Y cuanto mas se difunda Internet, mayor será el ahorro en los gastos de las empresas, y en lo que nos incumbe, de las aseguradoras. Según se ha estimado el desarrollo del *e-commerce* provocará en las aseguradoras estadounidenses de personas una reducción sustancial de sus gastos de distribución, administración, liquidación y pagos de siniestros (se ha calculado en un 12 % de los gastos actuales).

En el informe de Sigma de aquel entonces se advertía -no sin razón- que cambiará sustancialmente la forma de comercialización de los seguros, porque "el negocio electrónico reduce las barreras de acceso al mercado y agudiza la competencia" de tal modo que, naturalmente, y por presión de la realidad con el descenso de los costos de información, se habrá de producir una alteración de la participación de los canales de distribución tradicionales.

3.- Esa tendencia se aprecia con el desarrollo de la "banca-assurance" -como lo señalara ya en 1998 el jurista peruano Walter Villa Zapata- porque las entidades financieras utilizan su marca para ampliar el abanico de servicios que ofrecen con productos de seguros.

Concluye así Sigma que, en vista del desarrollo de Internet en manos de nuevos operadores, los aseguradores tradicionales deberán adaptar sus mecanismos comerciales a las nuevas exigencias en cuanto a eficacia, rapidez y calidad del servicio.

4.- No obstante, la mayor utilización de Internet no se dará por igual en todas las ramas del seguro. El desarrollo del comercio electrónico podrá causar apreciable impacto en los seguros estandarizables, pero " cuando se trata de productos en los que el asesoramiento desempeña un papel central y en los que no es fácil comparar prestaciones y precios, los intermediarios de seguros (tradicionales) se servirán del negocio electrónico y ofrecerán en mayor medida servicios de gestión financiera y de asesoramiento sobre los riesgos" . Ello sucedería principalmente con determinados productos del seguro de vida, de la previsión social, los seguros integrales y la atención de clientes empresariales o corporativos.

5.- En lo que respecta específicamente al seguro, hay algunos factores que dificultan la distribución en línea. Así, se ha señalado la complejidad de algunos productos, como los seguros de vida con ventajas fiscales, que no es fácil automatizar . Es difícil también standarizar otro aspecto fundamental de la actividad, cual es la liquidación de los siniestros. Por otra parte, y esto es una dificultad que vemos reflejada en varios de los informes de los países europeos, numerosos operadores no están convencidos todavía de la seguridad de Internet, lo que obsta la concreción de coberturas complejas, y la remisión de datos delicados a través de la red, salvo el uso de la firma digital y el encriptado.

Ha dicho bien Sigma que cuanto mayor es el nivel de asesoramiento que se requiere en determinadas coberturas, menor es la posibilidad de recurrir a Internet. Y analizando específicamente los tipos de productos, puede colegirse que si bien los seguros de vida con ahorro, los seguros de salud y otros seguros comerciales, no son necesariamente aptos para distribución (o venta) en línea, no obstante Internet favorece la calidad y el servicio a través de la red. " Es que las modernas tecnologías de comunicación posibilitan productos mas a medida, tiempos de respuesta mas cortos, mayor flexibilidad en las coberturas y un mejor apoyo en la gestión de riesgos" .

6.- De cualquier forma, fácil es advertir que hoy en día, en gran parte del mundo, los aseguradores tienen su propia página web, con sus portales standarizados de productos del seguro y servicios financieros, con acceso a sus canales de venta, favoreciendo de tal modo la mayor transparencia y el acercamiento de la institución aseguradora a la comunidad. La intercomunicación electrónica con los asegurados da lugar a que ellos influyan

directamente, durante la vigencia de la póliza, a requerir información y a propiciar modificaciones de las coberturas originalmente tomadas.

7.- Los informes que nos han presentado distintas secciones nacionales de AIDA ratifican la utilización de Internet para gran parte de la operatoria aseguradora, lo que se puede apreciar en la concreción de coberturas, el pago de las primas, la denuncia de siniestros, y la posibilidad que se le brinda al asegurado de seguir el desarrollo del proceso de liquidación del mismo, pudiendo acceder las 24 horas del día a la página web del asegurador. El desarrollo de Internet además, permite al asegurador subcontratar determinados aspectos de su operatoria.

El Informe de "Swess Re" (que lamentablemente no se ha actualizado) explicaba hace un lustro que el negocio electrónico reduce las barreras de acceso al mercado en tanto permite obtener información más rápida y fácilmente, y al aumentar la transparencia lleva a una intensificación de la competencia y tendencia a precios más bajos. De tal modo, resulta cada vez más difícil trasladar a los precios los costos relativamente más elevados de la distribución tradicional. La experiencia recogida por Sigma permitió concluir que en Alemania y Gran Bretaña los aseguradores directos a través de Internet han obtenido ventajas de costos frente a los competidores tradicionales.

8.- Se está apreciando incluso un novedoso proceso de suscripción: cierto rango de asegurables (generalmente empresas), tratan de colocar riesgos ellos mismos utilizando Internet. Es lo que se denomina "subastas inversas" que son especialmente idóneas para la cobertura de grandes riesgos industriales que les permite a estos potenciales clientes corporativos elegir la oferta más conveniente.

9.- En suma, el avance de las nuevas tecnologías -aún a pesar de los virus, los hackers y los spam- es sencillamente arrollador, y el operador que no adecue su estructura correrá el riesgo de quedarse en el camino.

10.- Empero, debemos señalar que la irrupción del comercio electrónico tiene sus problemas. Los cuerpos directivos de FIDES (Federación Interamericana de Empresas de Seguros), en su reunión de Miami de marzo de 2001, dejaron constancia de su alta preocupación "debido a que Internet sobrepasa las legislaciones nacionales y existe incapacidad por parte de las autoridades locales para controlar este fenómeno", por lo cual recomendaba la asunción de responsabilidad de las autoridades fiscales para que no se

trasgreda, por vía de Internet, el poder impositivo local de cada país (con cita de la Directiva 2000/31/CB del Parlamento Europeo).

11.- Estas advertencias nos dan la pauta de la absoluta necesidad de buscar la rápida adecuación del marco legal propio de los contratos -en especial del seguro- en los distintos países. Es que el *e-commerce* es irrefrenable, y por ende, nosotros los juristas, tenemos el gran desafío -y para ello estamos convocados en este Congreso- de darle forma a las normas jurídicas que brinden el suficiente sustento a los contratos electrónicos, porque está visto que la realidad nos golpea y sobrepasa de tal modo que ya, muy pronto, aquellas viejas normas incluídas en los códigos tradicionales, solo servirán para encorsetarnos en esquemas absolutamente superados. Debemos entonces hacer honor a este desafío que es, en definitiva, la tarea fundamental que cabe a los hombres de derecho: aprehender la realidad y trasuntarla en las normas jurídicas que sirvan para proveer a la comunidad de un sistema jurídico sólido y capaz de concebir instituciones aptas para afrontar el gran desafío que nos impone el avance tecnológico.

12.- Por último, debemos formular una consideración general respecto a los informes presentados por las distintas secciones nacionales a este Congreso, en especial de los países desarrollados. Hemos advertido que con el ánimo de facilitar la comprensión del tema e ilustrarnos a todos sobre esta formidable temática del *e-commerce*, se han expuesto exhaustivos análisis de lo que es la intercomunicación electrónica, el Internet, la protección de los datos, el mecanismo criptográfico, las claves necesarias para asegurar su autenticidad, los certificados digitales, la regulación de los certificadores (que podrían asimilarse a la profesión notarial que conocemos) que son los que relacionan los datos de la firma con su titular y que dan fe que esos datos son correctos. etc. etc. Es decir, seguramente producto de la forma como se concibió el cuestionario, se han hecho consideraciones de orden técnico-electrónica que serían más propias de un congreso de especialistas en sistemas, que de un Congreso de derecho. Bienvenidos tales aportes que por cierto, nos ayudan a comprender todos los aspectos de la sofisticación tecnológica electrónica, y que en nuestra profanidad, trataremos sintetizadamente, de exponer en esta Relación, sin perder de vista el objetivo último que nos convoca y que hace al impacto de

esos avances tecnológicos y científicos en la actividad jurídica aseguradora, en particular en los seguros de personas.

a1. En su país, se pueden contratar seguros a través de Internet? Caso afirmativo: de qué forma está reglamentado?

Primeramente hemos de examinar la cuestión en el ámbito del Viejo Continente. Los países europeos, producto de la integración resuelta con el Tratado de Roma, deben atenerse a las normas de la Unión Europea, en particular, a la Directiva sobre Comercio Electrónico ("*The e-commerce Directive*") del año 2000, aún cuando a la fecha no todos la han adoptado, e incluso algunos de los que la han receptado incorporándola a su legislación, lo han hecho con ciertas diferencias, producto de querer mantener principios propios de su derecho interno. Es más, en algunas naciones, como Alemania, las normas generales provenientes de la Directiva comunitaria, no son aplicables al contrato de seguro.

En cambio, en otros países (v.g. España), influenciados por posteriores directivas de la Comunidad, como la n° 2002/65/CE de comercialización de servicios financieros destinados a los consumidores, se han introducido normas específicas en la regulación del contrato de seguro, para receptar la posibilidad de contratación electrónica. Por ello, la respuesta española a este punto, con cita de la modificación efectuada en la Ley 30/95 (LCS) es afirmativa en cuanto a la factibilidad de contratar seguros por Internet.

En Italia, Hungría, Portugal, Dinamarca, Francia y Bélgica es posible celebrar seguros a través de Internet, aún cuando las empresas aseguradoras deberán respetar el régimen de prestación de servicios de la Unión Europea, lo que implica, entre otros requisitos, la previa notificación a las autoridades competentes del país donde se hallan los riesgos que se quieren amparar. Alguna contestación ha dejado constancia que si bien se pueden celebrar contratos por Internet, no obstante son pocas las empresas que ofrecen la posibilidad de concluir seguros a través de sus sitios web e incluso, no todo tipo de cobertura es factible de ofrecer por esta vía.

En Suiza, por influjo de los Derechos del Consumidor, conforme una ley que entrará a regir a inicios del 2007, se establece la obligación del asegurador -en forma previa a la concreción del contrato- de informar al asegurable sobre las condiciones del seguro que extenderá, los riesgos asegurados, el plazo de vigencia, la prima a abonar, los métodos y

bases de cálculo y distribución del Surplus (suplemento), y la forma como se han de manejar los datos personales.

En el caso de Bélgica -como hemos visto- se pueden contratar seguros por Internet, aún cuando no hay obligación de celebrarlos por esa vía. La ley belga -que según los redactores del informe para este Congreso- es casi una reproducción de la Directiva de la Unión Europea sobre "*e-commerce*", prevé al igual que otras legislaciones, los siguientes principios para la contratación electrónica:

1. obligación de información previa al consumidor;
2. Aplicación del principio de "equivalencia funcional" entre la forma escrita y la forma electrónica, en aplicación a la ley modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (Resolución 51/162 de 1996 de la Asamblea de la ONU);
3. Asimilación e igualdad entre la esfera electrónica y la real, siempre que en la primera se respeten ciertos requisitos que hacen a la seguridad y confiabilidad de la remisión completa e inalterada de los datos.
4. Neutralidad tecnológica, lo que implica que no puede excluirse ninguna técnica de comunicación electrónica.
5. Responsabilidad del proveedor del servicio electrónico.

Es más: Bélgica, acompañando esta normativa, ha reformado su Código Civil previendo normas para regular lo que llaman la "información previa", la firma electrónica, la forma de notificación en los denominados "contratos a distancia" como es Internet, y el marco jurídico para la autoridad certificadora. Una ley del año 2000 introduce sanciones penales para casos de fraude, violación de la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos. Es aplicable en Bélgica el derecho de repudio (30 días para los seguros de vida y 14 para los demás).

Vamos ahora a examinar cómo se ha tratado el tema en otras latitudes. En Australia se pueden celebrar contratos por Internet, forma que en principio se está utilizando para los riesgos masivos standard: automotores particulares, viviendas y otros seguros patrimoniales menores. La reglamentación de la actividad corresponde tanto al Gobierno Federal como a los estatales.

En Sud Africa tambien es posible celebrar seguros a través de Internet lo que está regulado por una ley específica n° 25/02 de Comunicaciones y Transacciones Electrónicas, así como la Ley 37/02 de Asesoría Financiera y Servicios Intermediarios.

Japón permite la celebración a través de Internet aún cuando no hay una reglamentación particular; en todo caso la autoridad debe cuidar que haya suficiente protección de la información personal.

En Indonesia no es posible la contratación de seguros por vía electrónica: su legislación sigue exigiendo la firma manuscrita del contrato.

América Latina. En Brasil se pueden celebrar contratos de seguros por Internet aún cuando todavía no hay ley específica. Colombia ha sancionado su ley de *e-commerce* n° 527/99, permitiéndose desde entonces la celebración de contratos de seguros por vía electrónica, con la misma validez jurídica que si fueran hechos en forma escrita.

Corresponde detenerse en el caso de Chile que tiene la característica de que su ley establece que el contrato de seguro es solemne, lo que implica su formalización por escrito. Por ello, los redactores del informe para este Congreso han expuesto sus dudas en cuanto a la entera validez de un contrato celebrado por Internet. En cambio, se disipan los reparos si se trata de un contrato celebrado a través de esta vía usando el sistema de firma electrónica, proveniente de un certificador autorizado que constate la clave privada y la clave pública dotado de absoluta neutralidad tecnológica.

En la exhaustiva relación del tema expuesto en el Congreso del CILA llevado a cabo en Rosario (Argentina) en 2001, Chile ha señalado con toda claridad que " el derecho del comercio electrónico no se " amarra " con ninguna forma de comunicación electrónica ", haciendo también la salvedad que " el soporte electrónico de una declaración viciada no produce la convalidación de la misma " .

Chile ha expuesto detalladamente las normas de su ley de 2002, la que distingue -al igual que otras legislaciones- dos tipos de modalidades de firma electrónica: a) la que llama firma electrónica simple y b) la firma electrónica avanzada. La primera la define como cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente, al autor . La segunda corresponde a aquella firma certificada por un prestador acreditado que ha sido concebida usando medios que el titular mantiene bajo su control, lo que permite la detección de una modificación posterior, la

verificación de la identidad impidiendo que se desconozca la integridad del documento y su autoría. De tal modo, la ley 19799/02 de Chile dispone que " los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscriptos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los hechos por escrito en soporte de papel" .

Por su lado, Ecuador ha señalado que si bien en ese país no existe una regulación específica para contratación de seguros a través de Internet, no obstante la Ley de Comercio Electrónico acepta que puedan celebrarse todo tipo de contratos por este medio en tanto se contemplen los requisitos de la firma electrónica, para así darle plena validez jurídica.

El Salvador, Paraguay y Uruguay han hecho saber que, en el contexto normativo vigente en dichos países, no se pueden celebrar seguros a través de Internet. En Argentina, si bien ello podría ser posible, no obstante el contrato todavía no se concluye por este medio.

a2. Se admite el consentimiento del asegurado por vía electrónica?

Esta pregunta, que es directa consecuencia de la anterior, también ha " dividido las aguas" . En casi todos los países europeos se ha contestado afirmativamente, o sea es admisible el consentimiento del asegurado por vía electrónica, con distintos matices que en cada caso destacaremos.

Alemania nos ha apuntado que los asegurables expresan su consentimiento adhiriendo a la oferta -con debido detalle- en la página web del asegurador. Por su lado, la Ley de Contrato de Seguro de España, que se debe complementar con la " Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico" (LSSI y CE) n° 34/2002, sientan como principio que "*Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez*". En similar sentido se pronuncia Italia, que ratifica la admisibilidad del consentimiento por vía electrónica remitiendo a la Directiva Comunitaria 2000/31/CE, que define " el contrato electrónico como aquel en el cual sus fases, incluida la expresión final del consentimiento, se desarrollan por vía electrónica" .

Portugal complementa su adhesión positiva señalando que ello es posible, siempre y cuando los respectivos contratos se registren en formato duradero que permita un fácil acceso en el futuro y su reproducción sin alteraciones.

La contestación de Francia refiere que las formas electrónicas no pueden ser impuestas al consumidor, por lo que su consentimiento es necesario.

Bélgica también admite el consentimiento por vía electrónica destacando la obligación del asegurador de presentar al interesado información previa y detallada de las condiciones del contrato.

Yendo a otros rincones del planeta, Australia no aprecia impedimento legal para la recepción del consentimiento via Internet, aún cuando el mecanismo de firma electrónica y de claves públicas y privadas todavía no se han receptado en el mercado asegurador.

En Sud Africa tambien se admite el consentimiento via electrónica, al igual que Japón.

Indonesia en cambio, expresa que no es posible admitir el consentimiento por esta vía, pero ello es consecuencia de que en este país todavía no se ha promulgado ley que admita la firma electrónica.

América Latina: Brasil ha contestado afirmativamente la pregunta, condicionado a que se respete la normativa de la firma digital según exigencia de la Superintendencia de Seguros Privados (SUSEP).

En Colombia se admite el consentimiento por vía electrónica. Aclara en su contestación que el contrato de seguro es consensual, lo que no empece a la obligación del asegurador de entregar la póliza por escrito.

Ecuador ha expresado que en su país el contrato de seguro es solemne, por lo que necesariamente debe existir el documento físico por escrito.

Por último, en El Salvador, Paraguay y Uruguay no se admite el consentimiento por vía electrónica.

Hay otros aspectos importantes que han merecido la atención de los analistas. Una de ellas consiste en determinar en qué momento se entiende perfeccionado el consentimiento, cuestión exhaustivamente abordada por Chile en la Ponencia oficial presentada en el VII Congreso del CILA celebrado en Rosario (Argentina) en 2001. Dicha Ponencia, que fuera

expuesta brillantemente por el profesor Osvaldo Contreras Strauch, parte de la premisa de que es determinante precisar ese momento porque ello define la época en la que nacen las obligaciones correspondientes de las partes y el cómputo de la prescripción de las acciones. Además, también interesa precisar el lugar de la formación del consentimiento a fin de establecer la competencia de los tribunales de justicia para el caso de incumplimiento del contrato, y la ley aplicable para la resolución de conflictos. Lo fundamental que se deja sentado es que el contrato electrónico en general se perfecciona como todo contrato no formal, mediante el consentimiento de los contratantes manifestado por el concurso de la oferta y su aceptación. Seguidamente, la Relación Oficial de Chile refiere a las dos doctrinas principales que se han dado en la legislación universal sobre el tema: la doctrina de la declaración de voluntad y su derivada -la doctrina de la expedición- y la doctrina del conocimiento, con su derivada, la de recepción. Explicando unas y otras, describe la teoría del conocimiento como "aquella en que el consentimiento se forma cuando cada parte conoce la voluntad de la otra, hecho que se produce cuando el proponente toma conocimiento de la aceptación de la persona a quien dirigió su proposición". Para su variante, la teoría de la recepción, "que busca no dejar a voluntad del oferente determinar el momento en que se forma el consentimiento, considera tal aquel en que el oferente recibe la carta de respuesta". En lo que interesa particularmente en el tema bajo análisis, la contratación electrónica, se inclina por considerar aplicable la teoría de la recepción, por lo que con auxilio de la Ley Modelo de UNCITRAL de Comercio Electrónico, concluye que *"el consentimiento se entiende formado en el lugar de recepción del mensaje de datos que contiene la aceptación, o mejor dicho aún, el lugar de establecimiento del destinatario"* (Memorias del VII Congreso del CILA, Rosario 2001, Relato Oficial: "Los riesgos derivados del comercio electrónico y del uso de la Internet y su aseguramiento", presentado por Chile).

a3. Pueden denunciarse los siniestros por vía electrónica?

Ya está bastante generalizado en el mundo que los siniestros pueden denunciarse por vía electrónica, con ciertos condicionamientos. Así, por ejemplo, la LCS de España establece que las comunicaciones electrónicas deben garantizar la integridad del mensaje, su autenticidad y no alteración, debiendo usarse mecanismos que certifiquen la fecha del envío

y recepción, y su conservación y posibilidad de reproducción. Con estos requisitos, es posible denunciar siniestros electrónicamente.

Tal forma de comunicación está permitida en Italia, Hungría, Suiza, Portugal, Francia, Bélgica, Dinamarca, Australia y Sud Africa. A través de la respuesta al cuestionario, interpretamos que en Japón también está permitido denunciar un siniestro por vía electrónica, aún cuando agrega que deberá ratificarse por escrito. Similar es la respuesta de Indonesia.

América Latina. Brasil, Colombia y Chile permiten la denuncia del siniestro por vía electrónica. Chile, en su contestación, agrega -con razón- que si la denuncia se hace por Internet sin emplear el sistema de firma electrónica, en caso de controversia sobre la recepción de la denuncia, recaerá sobre el asegurado la carga de probar que hizo la denuncia en tiempo oportuno.

Para Ecuador si bien no hay reglamentación específica que lo permita, podrá formularse por vía electrónica, pero el asegurado deberá también presentarla en forma escrita. En el mismo sentido se pronuncia Paraguay y Uruguay. En El Salvador no es posible denunciar siniestros por vía Internet.

En Argentina, en principio, la legislación contractual general y de seguros en especial, no exige forma determinada para realizar la denuncia de siniestros. Empero, ello se suple con normativas de la autoridad de control, que prevén la forma escrita de la denuncia. Algunas aseguradoras poseen un sistema telefónico automático de recepción de denuncia de siniestros, que una vez grabado el mensaje, emite un parte numérico con el que se registró dicha denuncia, otro tanto se puede efectuar por vía FAX o correo electrónico (no digital). Todos estos casos, carecen de seguridad y por lo tanto la denuncia puede ser repudiada por el emisor, alterada por cualquiera o bien negada su recepción. De ahí, la absoluta conveniencia de formalizarla por escrito.

a4. El documento informatizado es considerado instrumento público o privado?

Las contestaciones a la consulta efectuada, denotan que en la gran mayoría de los países el documento informatizado es un documento privado. (Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Australia, Sud Africa e Indonesia, y en Latinoamérica Brasil, Chile, El

Salvador, Paraguay, Uruguay y Argentina). En Colombia se sostiene que el documento puede ser público o privado según su origen (es decir, si emana de un funcionario público en ejercicio de su cargo, el instrumento es público). En nuestra opinión, el solo hecho de que sea informatizado, no transforma al documento en público.

a5. La legislación de su país prevé normas de protección de datos personales (habeas data) objeto de procesamiento electrónico?

La verificación de las respuestas a esta pregunta demuestra que en la mayoría de los países se han dictado normas de protección de datos personales procesados en forma electrónica, agregándose en algunos casos la configuración delictual de su violación.

En Alemania se aprecia en una ley específica, así como en la Ley de Telecomunicaciones y en la Ley de Firmas. En España lo recoge expresamente la ley Orgánica n° 15/99.

Italia lo ha regulado muy casuísticamente previendo que el tratamiento de datos personales procesados por vía electrónica, es permitido solo si se adoptan las siguientes medidas: autenticación informática; descripción de credenciales de autenticación; garantía de la seguridad en la transmisión; actualización periódica de la identificación del dominio; protección de los instrumentos electrónicos y de los datos, para evitar tratamientos ilícitos o accesos no permitidos.

Portugal ha dictado leyes específicas de Delitos Informáticos para los casos de violación de la confidencialidad de datos personales. Dinamarca y Grecia han hecho saber que su legislación incluye normas precisas para la protección de datos personales en el sistema electrónico de procesamiento de datos, en un todo de acuerdo con las directivas de la Comunidad Europea.

En Bélgica el tema ha sido motivo de especial regulación desde la llamada "Ley de Privacidad" del año 1992 (corregida por ley de 1998), la que -en consonancia con la Directiva Europea 95/46/EC- impone una serie de obligaciones para el procesamiento de datos. Salvo en circunstancias excepcionales, se prohíbe el procesamiento de los siguientes datos personales: I. los que revelen origen racial o étnico, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, o relacionados con la vida sexual; II. datos relacionados con constancias judiciales, delitos penales y medidas de seguridad; y III. datos sobre la salud

personal. En tal sentido, los que procesen datos personales deben otorgar plena protección a la información, debiendo expresarle al interesado su derecho de acceso y de rectificación oportuna. También deberá identificarse a los receptores de esos datos.

En Australia el tema está regulado por la Ley Federal de Privacidad que está dirigida a los gobiernos federal y estadual y al sector privado, entre ellos al seguro. Algunas normas estatales prohíben la conexión electrónica de bases de datos que contengan información sobre la salud e identifiquen personas entre los aseguradores sin su expreso consentimiento. Todo el esquema normativo australiano está dirigido a las Empresas del Sector Privado, los Proveedores de Servicios de Salud y las Agencias Gubernamentales del Commonwealth y del ACT (Australian Capital Territory). Se ha aprobado un Código de Conducta sobre Información del Crédito. Los datos de archivos impositivos y previsionales en Australia están bajo la supervisión del Comisionado federal.

Sud Africa también tiene normas de protección de datos personales objeto de procesamiento electrónico en la ETCA (Electronics Communications and Transactions Act), en la FAISA (the Financial Advisory and Intermediary Service Act) y en la FICA (Financial Intelligence Centre Act), sancionada para combatir el lavado de dinero. Estas normas fueron dictadas en 2002 e incluyen disposiciones sobre los proveedores de servicios de criptografía, así como servicios y productos para protección de datos, regulación de servicios de autenticación; normas sobre protección de información personal y de las bases de datos sensibles. En lo que interesa al tema en tratamiento, el controlador (o recopilador) de datos solo puede reunir, procesar, comparar o divulgar aquella información que le fuera autorizada, salvo los casos que le fuera exigido por disposición legal. Como excepción, se permite la extracción de datos con fines exclusivamente estadísticos siempre que no se pueda relacionar con una persona determinada.

América Latina. Comenzamos por Brasil que ha establecido en la Constitución Federal la protección de la privacidad de las personas, prohibiendo el acceso a bases de datos personales a quienes no estén debidamente autorizados. La Constitución de Colombia consagra el derecho de habeas data, estableciendo que todas las personas tienen derecho a conocer y rectificar las informaciones que se hallen recogidas en bases de datos de entidades públicas y privadas. Si bien todavía no hay una ley específica sobre el tema, no obstante la Corte Suprema Constitucional ha reconocido ese derecho, agregando que

"...mientras la información sobre un deudor sea veraz -es decir, verdadera y completa- no se puede afirmar que el suministrarla a quienes tienen interés legítimo en conocerla, vulnera el buen nombre del deudor".

Chile también tiene su Ley de Protección de la Vida Privada imponiendo un especial tratamiento para proteger las bases de datos y poniendo énfasis en el cuidado de los llamados "datos sensibles", es decir, aquellos referidos a características físicas o morales de las personas y las circunstancias de su vida privada o intimidad, regulándose expresamente para reparar la difusión, la llamada acción de "habeas data".

En Ecuador la ley específica dispone que la utilización de los datos personales requiere siempre la autorización del titular, y que las bases de datos deben resguardar la confidencialidad e intimidad.

Para El Salvador la protección de las comunicaciones privadas, incluso las hechas por soporte informático, está contemplada en su Constitución y en la ley penal.

En Argentina, el art. 43 de la Constitución Nacional, según su reforma de 1994, estableció que toda persona podrá interponer la acción de "habeas data" o amparo *"para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos"*. En su consecuencia, la Ley 25326, llamada de "Protección de Datos Personales", regula la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre.. Las disposiciones son también aplicables a los datos relativos a las personas jurídicas. No se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas. La ley define como "archivo, registro, base o banco de datos el conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso". Los "datos informatizados" son definidos como "aquellos datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado". Los datos incluidos en las bases de datos, que deben ser exactos y actualizados, no pueden ser utilizados para

finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención. Los datos total o parcialmente inexactos, o que sean incompletos, deben ser suprimidos o en su caso completados, por el responsable del archivo o base de datos. Se garantiza el ejercicio del derecho de acceso del titular de los datos. El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que se le equipare. No será necesario el consentimiento cuando los datos se obtengan de fuente de acceso público irrestricto; se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal; se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio; deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento; se trate de operaciones que realicen las entidades financieras. Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar "datos sensibles". Sin embargo, los mismos pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o cuando respondan a finalidades estadísticas o científicas, siempre que no puedan ser identificados sus titulares. En lo que se refiere a los datos relativos a la salud, la ley argentina dispone que *"los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquellos, respetando los principios del secreto profesional"*. En cualquier caso, los responsables del archivo de datos deben garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales. La transferencia internacional de datos a países u organismos internacionales está restringida a los casos de colaboración judicial o cuando la transferencia de datos tenga por objeto el intercambio de información entre organismos de inteligencia de los distintos países para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico. Toda persona puede solicitar información de sus datos personales incluidos en bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes y el responsable del banco de datos debe proporcionar la información dentro de un plazo perentorio; si no hay respuesta o si el informe evacuado se considera insuficiente, queda expedita la acción de protección o "habeas data". Todo archivo, registro, base o banco de datos público o privado destinado a proporcionar informes, debe inscribirse en el Registro

que habilite el organismo de control (Dirección Nacional de Protección de Datos Personales), el que podrá aplicar sanciones en caso de violación de los principios legales previstos en esta normativa. Asimismo, se ha modificado el Código Penal incorporando como delito contra el honor el insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales. La figura se agrava cuando el dato falso se proporcione a terceros, cuando se derive perjuicio a alguna persona o cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público.

a6. Le legislación de su país prevé normas que regulen la privacidad del correo electrónico?; en caso afirmativo, qué sanciones se establecen para el caso de la violación del derecho a la intimidad?

Como norma general podemos decir que la mayoría de las legislaciones contemplan el derecho a la intimidad y la privacidad de las comunicaciones, concepto que comprende a las efectuadas por vía electrónica.

La violación de esta norma es castigada en Alemania con pena de prisión, estando solo aceptada cuando el objetivo es proteger la Constitución o el Estado alemán. El Código Penal húngaro castiga el mal uso de los datos personales y la divulgación no autorizada de los secretos privados o comerciales; las penas son más severas cuando se trata de secretos relacionados con seguros y datos sensibles (v.g. datos sobre el estado de salud del cliente). Los mensajes electrónicos, en Hungría, se consideran secreto privado o comercial.

Portugal ha incorporado a su legislación interna las normas de la Directiva n° 95/46/EC del Parlamento Europeo referidas a la protección de las personas en el procesamiento electrónico de datos. En su consecuencia, se ha previsto pena de prisión cuando medie violación de la correspondencia o de las telecomunicaciones efectuada por cualquier medio técnico. La ley francesa por su lado, prevé especialmente disposiciones para la protección de las informaciones electrónicas privadas, estableciéndose penalidades para el caso de violación de las mismas.

Grecia nos ha referido disposiciones de su Constitución en cuanto a la privacidad de la correspondencia, agregando que una reciente ley protege el secreto de cualquier forma de comunicación (que incluye la electrónica) y la seguridad de las redes; la sanción por su violación puede acarrear pena de prisión, fuertes multas, y sanciones administrativas.

La respuesta afirmativa de Bélgica está fundada en su Ley de Privacidad y de Comercio Electrónico, las que imponen sanciones penales cuando haya uso fraudulento, o manipulación de comunicaciones y signos electrónicos. El Código Penal belga, en consonancia con Directivas de la Comunidad Europea, sanciona con penas de prisión la alteración de la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas privadas.

Nos ha parecido interesante por lo original la Ley de Spam aprobada en Australia que tiende a castigar los " mensajes electrónicos comerciales no solicitados" .

Rigurosa parece ser la ley de Sud Africa (ECTA) que regula los delitos cibernéticos, y que castiga a quien accede o intercepta intencionalmente cualquier tipo de datos sin permiso. Vender, distribuir, poseer o utilizar dispositivos o programas para derribar medidas de seguridad diseñadas para proteger datos es pasible de sanción.

En Japón, a través de lo expuesto en la contestación del cuestionario hemos interpretado que no se entiende necesario proteger la privacidad del correo electrónico.

América Latina: Brasil expone que su ordenamiento jurídico protege la privacidad de las comunicaciones incluido el correo electrónico, y su violación hace incurrir en sanciones penales.

Colombia ha reafirmado en este punto que el derecho a la intimidad tiene raigambre constitucional, y su conculcación es pasible de sanción penal. Chile contempla en su legislación un catálogo de sanciones para el caso de configuración de delitos informáticos.

El Salvador ha previsto normas que hacen a la privacidad del correo electrónico estableciendo sanciones para el supuesto de desconocimiento de tal derecho.

En Paraguay y Uruguay no hay normativa que reprima la violación del correo electrónico.

En Argentina, si bien no existe una normativa específica que regule la privacidad del correo electrónico, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que se le aplican a dicho correo los mismos principios que rigen la correspondencia epistolar. Estos principios se encuentran establecidos en la Constitución Nacional que establece la inviolabilidad de la correspondencia. La normativa penal prevé sanciones a quienes violen la correspondencia. En su consecuencia, se puede colegir que salvo pacto entre emisor y receptor, que de manera expresa surja del texto del correo electrónico, el contenido del mismo no puede ser comunicado a terceros, toda vez que el receptor tiene derecho sobre el correo como

virtualidad comunicativa, pero el emisor posee los derechos de autor sobre el texto mismo el cual no puede trascender sin su expresa autorización.

a7. En su país, existen coberturas aseguradoras que amparen contra los daños por virus o fallas informáticas, en particular, daños a las redes externas?

En los países en los que la electrónica ya ha tenido suficiente desarrollo, es habitual encontrar coberturas asegurativas que amparen contra los daños por virus o fallas informáticas. Así por ejemplo, en Alemania desde el año 2005 hay pólizas de seguros que cubren los daños causados a la red por virus o fallas en los sistemas lo que se ha estructurado en algunas aseguradoras en lo que se conoce como "Política de Seguros de Software". En España, Italia, Portugal, Suiza y Bélgica hay pólizas que otorga el mercado asegurador para afrontar estos riesgos, las que usualmente, tienen límites y franquicias. En Francia, existe una forma asegurativa que se conoce como "FIA-NET" que fundamentalmente apunta a amparar los fraudes electrónicos, incluso por las pérdidas financieras que se generen por acciones fraudulentas. Usualmente se cubren las desviaciones o robos de mercadería provocadas por el uso malicioso de los datos en una operación de "e-commerce"; por ende, el simple robo o apropiación de mercadería u otros riesgos propios del transporte no están cubiertos. Se excluyen las pérdidas resultantes del uso de Internet si se acredita que el asegurado no ha mantenido los sistemas de seguridad o hubo manipulación indebida del software.

En Italia, estas pólizas cubren los daños a los equipos electrónicos y al software producto de los virus y las fallas del sistema, así como la responsabilidad civil profesional que resulte de la prestación de los servicios informáticos, con la condición que medie un contrato de asistencia técnica y de mantenimiento para los programas con licencia.

Es interesante la respuesta de Australia, la que distingue entre los seguros de responsabilidad civil hacia terceros y los que amparan la propiedad, incluyendo las pólizas de ingeniería (seguro técnico). Con respecto a los primeros (daños causados por virus y fallas informáticas) por lo general no están cubiertos. Las cláusulas de exclusión suelen ser muy casuísticas, previendo la falta de cobertura por la responsabilidad civil derivada del error en la creación, ingreso o uso de datos electrónicos, o la imposibilidad de recepción o envío de datos, así como la causada por el uso de Intranet e Internet, incluyendo el correo

electrónico. Sin embargo, algunas aseguradoras están ofreciendo pólizas corporativas para cubrir estas contingencias, con límites y franquicias, condicionado a la auditoría del sistema de seguridad del asegurado. En lo que hace a las pólizas de Responsabilidad Civil por fallas causadas a terceros por la difusión de virus, se ha dicho que son coberturas limitadas y costosas, cuyos resultados se desconocen (las aseguradoras son renuentes a dar esa información). En lo que respecta a los daños materiales a la propiedad es posible cubrirlos en pólizas "paquete" o integrales de riesgos industriales, pero con límites y franquicias. En cuanto a las consecuencias de "fallas de sistema" se cubren dentro de una protección genérica -corporativa- de fallas de maquinarias que, por lo general, no cubren el lucro cesante del asegurado. Australia ha hecho saber que, normalmente, no se cubren los daños a las redes externas.

En Sud Africa se ofrece una cobertura específica para protección de datos. En Japón es posible amparar los daños por virus y fallas informáticas, y también a las redes externas.

América Latina: En la mayoría de las naciones latinoamericanas no existen este tipo de coberturas. En Colombia, -y también en otros países- específicamente en las pólizas globales bancarias se amparan los riesgos derivados de fraudes por sistemas computarizados.

a8. En caso de contestar afirmativamente la pregunta anterior, cómo se evalúan estos riesgos? Hay límites? Franquicias?

Los países que contestaron afirmativamente la pregunta anterior, otorgan estas coberturas previa evaluación del riesgo y el sistema de seguridad del asegurado, con límites y franquicias.(Alemania, España, Italia, Bélgica, Australia, Sud Africa, Japón, etc.). En Francia las pólizas cubren el hard y el software, el costo de reparación o reemplazo, los costos suplementarios generados por los daños directos y la pérdida de ganancia.

América Latina: la mayoría de las respuestas remiten a lo expuesto en el punto anterior. En todo caso, los límites y franquicias dependen de la cobertura de reaseguro. Colombia aclara que para evaluar correctamente estos riesgos, el asegurado debe proporcionar al asegurador informe detallado del sistema de procesamiento de datos, la organización del área de sistemas y su auditoría, el tipo de auditoría externa y el acceso a los programas de

computación (uso de claves de acceso, registros de entrada, restricción de la utilización de terminales, medidas de seguridad, etc.).

a9. Qué porcentaje aproximado del primaje de seguros de su país se comercializa a través de Internet?

En todos los países en que existe desarrollo en la contratación a través de Internet, por ahora el porcentaje de operaciones realizadas por esta vía, es muy reducido. Algunos países han destacado que no cuentan con dicha información principalmente porque las aseguradoras no informan habitualmente sobre esta forma de contratación. Sin embargo, España ha hecho saber que los productos que más se comercializan por esta vía son los de automóviles y salud los que representan el 86% y el 6% respectivamente, de las primas emitidas. En Italia, en el año 2004 el porcentaje de venta a través de la red - fundamentalmente de resp. civil automotores- ha sido de 0,9% . Suiza estima el mismo en el 5% . Bélgica ha informado que -al igual que en otros países- los sitios web de los aseguradores son de información pasiva y de consulta, pero son escasas las aseguradoras con las que se puede contratar por vía electrónica. Las operaciones que se hacen por Internet se limita a los seguros de viaje. Agrega el informe belga que las razones por las que la concreción de seguros por Internet es limitada, fincan en la falta de confianza en el sitio web del asegurador; dudas sobre la seguridad del pago electrónico y del intercambio de datos por esta vía; temor a las nuevas tecnologías, deseo de continuar relacionado a través del productor de seguros; necesidad de adaptar los sistemas propios. En Australia, a pesar de los comentarios volcados en el punto anterior, el porcentaje de operaciones vía Internet no es significativo.(un 2 % aproximadamente). En Japón se calcula en un 3 % , fundamentalmente en pólizas de automotores.

América Latina: prácticamente no hay operaciones vía Internet. No obstante, Colombia estima que el porcentaje puede tener cierta trascendencia en líneas comerciales.

a10. Existen en su país barreras legales para impedir que la contratación de seguros a través de Internet vulnere el poder impositivo de su país?

En principio, vamos a explicar un poco a qué respondía la inquietud de Argentina para formular esta pregunta. Las respuestas habidas nos dan la pauta que no se interpretó debidamente.

Cuando referimos a "barreras legales" quisimos apuntar a normas de protección de los mercados locales. Esta cuestión no tiene ya vigencia en Europa atento la integración de la Comunidad Europea. Pero creemos que todavía puede trascendencia en los demás mercados que no estuvieren integrados. Las "barreras legales" de cada país pueden superarse cuando la integración económica es plena, aún cuando el principio de protección del mercado local conservará su vigencia dentro del ámbito comunitario. El Mercosur no es, al día de hoy, un ejemplo de ello. Lo que pasa es que, como consecuencia de la Internet, esas barreras que obstarían a la celebración de contratos fuera del territorio, podrían ser superadas y dar lugar al llamado comercio transfronterizo de seguros. En cuyo caso nos preguntamos en qué queda el poder impositivo propio de cada país, cuando a lo mejor, las operaciones por vía electrónica se dan desde afuera sin posibilidad de debido conocimiento y control por las autoridades locales.

El tema fue considerado en el ámbito de FIDES (Federación Interamericana de Empresas de Seguros) habiéndose receptado un consenso generalizado de los países del área latinoamericana, de la preocupación por la eventual generalización de seguros por vía electrónica.

En varios de nuestros países, es conocido el fenómeno de los seguros "off shore" en las coberturas de vida, que se está dando en mayor medida, con el desarrollo de Internet.

Pero no es solo la afectación del poder impositivo local de nuestros países lo que preocupa, -que de por sí es un arma de competencia desleal- sino en especial la afectación de las propias empresas constituidas en este Continente, lo que incluye por cierto, a los operadores de primera línea de todo el mundo que han radicado inversiones considerables en América Latina.

El concepto de "barreras legales" abarca especialmente esas normas de protección que de antiguo, rigen en nuestro continente. Así en la Argentina lo vemos en una vieja pero vigente ley n° 12988 del año 1947 que establece la prohibición de que los intereses asegurables ubicados en el país o las personas domiciliadas en él, puedan ser asegurados afuera, salvo lo que pueda surgir de acuerdos regionales, como el Mercosur. La violación

de dicha norma es penada con una multa de 25 veces el importe de la prima. Por su lado, el Decreto-Ley n° 73/66 del Brasil conforme la redacción dada por la ley 9932 de 1999 prevé, restrictivamente, que la contratación de seguros en el exterior estará limitada a los riesgos que no encuentren cobertura en el país o que no convenga a los intereses nacionales. En Colombia, el Decreto-Ley 663/93 prevé similares restricciones al aseguramiento en el exterior. El art. 46 del Decreto-Ley 251 de Chile establece en similares términos que "las compañías aseguradoras extranjeras no podrán ofrecer ni contratar seguros en Chile, sea directamente o a través de intermediarios". En Ecuador, el art. 5° de la ley 6709 confirma el mismo criterio. En idéntico sentido mencionamos el art. 17 del Decreto-Ley 473/66 de Guatemala, el art. 2° de la Ley de Instituciones del Seguro de Honduras, el art. 2° de la ley 16426/94 de Uruguay, el art. 4° de la ley de 1994 de Venezuela, el art. 3° de la ley 1883/98 de Bolivia, el art. 125 de la ley 827/96 de la ley del Paraguay, el art. 26 de la ley 59/96 de Panamá y el art. 1° de la ley de 1996 de El Salvador. El art. 3° de la Ley General de Instituciones de Seguros (t.o. 1989) de México prohíbe contratar con empresas extranjeras los seguros de personas domiciliadas en la República así como los seguros patrimoniales de riesgos que pueden ocurrir en México. Excepcionalmente, se permite contratar afuera cuando ninguna aseguradora mexicana pueda otorgar la cobertura que se le hubiera propuesto. Incluso, a nivel del Mercosur, se ha aprobado una Directiva Comunitaria (Resolución 83/99 del Grupo Mercado Común) que en tanto define lo que se entiende por "reserva del mercado", da la pauta de respetar los principios establecidos por las leyes locales.

Lo que queremos significar es que si bien no podemos dejar de lado la adhesión de nuestros países a las normas de la OMC en cuanto a la liberación de los servicios financieros -entre los que se encuentra el seguro- ("Acuerdo General sobre Comercio de Servicios"), no deja de preocupar las eventuales consecuencias producto de operaciones de "*e-commerce*".

La gran pregunta es como controlar el comercio transfronterizo en el caso de operaciones por vía electrónica. Cómo harán, los países emergentes, para que se respeten las normas que hemos referenciado y que pasará con el poder de imposición propio de cada país para que no exista una violación a la jurisdicción local. De ahí que se haya sostenido, por el entonces Secretario General de FIDES, el colombiano William Fadul, en la reunión convocada por el Comité Europeo de Seguros en París en marzo de 1999, que la realización de seguros a través de Internet podría llegar a destruir el mercado de seguros

latinoamericano. La apertura, quizá irrefrenable que implica la globalización y la consecuente generalización del "*e-commerce*", no puede llevar a la irresponsabilidad de dejar de lado las barreras que permiten defender las economías de los países emergentes.

Por eso es que en el Encuentro de los países miembros de FIDES realizado en Miami en marzo del 2001, se dejó constancia de la "alta preocupación de los cuerpos directivos de FIDES ante el desarrollo del comercio electrónico, debido a que el Internet sobrepasa las legislaciones nacionales y existe incapacidad por parte de los superintendentes y de las autoridades locales para controlar este fenómeno". Para ello se recomendó a instancia de Argentina: "(destacar) la responsabilidad de autoridades fiscales para no transgredir, por vía Internet, el poder impositivo local (Directiva 2000/31/CB del Parlamento Europeo); la limitación del uso de contratos electrónicos; la consideración de que el derecho del consumidor no debe acarrear cercenamiento del poder impositivo de cada país".

Advertimos similar preocupación en la Relación Oficial presentada por Chile en el Congreso del CILA (Rosario, 2001). Es que en función a que no existe una "soberanía política en Internet, surge el problema de cómo cobrar los impuestos correspondientes a transacciones transnacionales, que en realidad son gravadas de acuerdo a la ley nacional de cada país, buscando conseguir que la Internet no se transforme en una especie de paraíso tributario virtual". Vale entonces la presunción de que "dada la característica de globalidad que tiene la red, es posible imaginar que la evasión de impuestos alcanza grandes magnitudes". Y ello es así por la dificultad en la fiscalización de la tributación la que se torna "mas difícil y compleja cuando las transacciones se hacen a través del "*e-commerce*".

Y por otra parte, el profesor Kees Van Raad en el tradicional Congreso Anual de la "*International Fiscal Association*" celebrado en Londres en 1998 se hacía estas preguntas: "¿Cuál es el criterio de Fuente en el contexto del comercio electrónico? ¿Puede un determinado software constituirse en agente y por tanto establecimiento permanente? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los pagos efectuados en concepto de servicios realizados a través de Internet? ¿Constituyen pagos por concepto de ventas, servicios o por el alquiler de un bien? ¿Solo se trata de una tecnificación de la transacción?." Ello ya indica que el tema de la tributación en operaciones electrónicas no es una cuestión fácil. Es que "... En las operaciones on line se pone en crisis conceptos fundamentales de la tributación, cuales son la "soberanía fiscal", el "establecimiento permanente", la "localización del hecho

imponible", etc. y denota la imperiosa necesidad de una regulación que sin perjudicar su crecimiento (el del comercio electrónico) asegure la recaudación fiscal" (Godoy Cotonat C., en "Problemas de tributación en las operaciones de e-commerce", eDial-com, del 7/9/06).

En lo que respecta a las contestaciones de las secciones nacionales que sobre el punto se formularan, corresponde destacar la de Suiza, que ha expresado similar principio al que encontramos en los países de América Latina: las aseguradoras extranjeras que no se encuentran autorizadas en Suiza no pueden brindar cobertura por daños a un titular con domicilio en dicho país ni en forma ordinaria ni a través de Internet.

En Japón rige un principio similar al que en Latinoamérica conocemos como de "reserva del mercado local" para las aseguradoras japonesas: solo pueden asegurarse bienes existentes en Japón por aseguradores radicados en ese país, aunque se trate de operaciones electrónicas.

Las respuestas dadas, de cualquier modo, nos han servido para apreciar la forma como están gravados los contratos de seguros en otras latitudes y poder así compararlo con la excesiva presión fiscal que se soporta en algunos de nuestros países, como por ejemplo en Argentina.

b) Los principios generales de la contratación electrónica.-

Se servirá indicar si las disposiciones vigentes en su país en materia de contratación electrónica reconocen los siguientes principios generales: 1. de equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos respecto de los actos jurídicos escritos; 2. la inalteración del vigente derecho de las obligaciones y contratos privados; 3. la neutralidad tecnológica; 4. la buena fe; 5. la libertad contractual en el contexto electrónico. 6. valor probatorio del documento electrónico.

Todas las naciones que han dictado normas sobre la firma electrónica, rodeándolas de suficientes garantías de seguridad y autenticación, han respetado los principios generales indicados en la pregunta, los que analizaremos por separado.

b1. Equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos respecto de los actos jurídicos escritos.

En principio, reiteramos lo expuesto en la introducción: se puede apreciar como norma incorporada a las legislaciones el principio de la absoluta equivalencia funcional de un documento electrónico dotado de seguridad con un documento escrito. Sin embargo, se ha señalado que la mentada equivalencia no afecta a la facultad de las legislaciones nacionales para exigir en casos concretos que la voluntad se exprese en la forma del documento escrito tradicional (como exige la ley chilena para considerar perfeccionado el contrato de seguro - téngase en cuenta que el contrato es solemne en Chile-). (ver Relato Oficial de la Sección Chilena de AIDA en el VII Congreso del CILA-AIDA - Rosario 2001-).

El Código Civil alemán (en reciente modificación) ha consagrado dicha equivalencia funcional estableciendo que la forma escrita de un documento puede ser reemplazada por la forma electrónica, salvo disposición en contrario de la ley. Para ello la firma electrónica debe contener los requisitos previstos en las leyes específicas.

España ha informado que su nueva legislación contempla dicha equivalencia al disponer que cuando la ley exija que el contrato "conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico" que permita guardar, recuperar fácilmente y reproducir sin cambios el contrato o la información.

Italia también prevé legislativamente la equivalencia, siempre que se adopten determinados recursos técnicos que permitan atribuir el documento con certeza al autor. Portugal nos ha transcrito una norma de derecho interno que reproduce la Directiva Comunitaria sobre Comercio Electrónico, que dispone: "Un documento electrónico es equivalente a un documento firmado si cumple los requisitos legales establecidos para el caso de firma y certificación electrónica".

Del mismo modo, Francia ha dado cuenta de una norma de su Código Civil por la cual se prevé la equivalencia jurídica entre el soporte electrónico y el soporte escrito si el procedimiento electrónico es seguro (en cuanto a durabilidad e integridad) y el emisor es identificado. Es más: en Francia se puede utilizar la carta documento electrónica para rescindir un contrato, con un aviso de recepción electrónica dirigido al remitente.

b2. la inalteración del vigente derecho de las obligaciones y contratos privados.

Todas las naciones que legislaron sobre la firma electrónica han incorporado como principio rector el respeto de las normas vigentes sobre obligaciones contractuales de las partes. Así, por ejemplo, la nueva ley de Alemania lo recepta expresamente: los mismos

derechos y obligaciones contractuales privados se aplican en un contrato celebrado via Internet.

España nos ha hecho conocer una norma de su L.S.S.I. y C.E. que dispone textualmente: *"Los contratos celebrados por via electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demas requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial"*. Nos ha parecido muy ilustrativo transcribir dicha disposición porque denota cual es la amplitud del concepto que tiene la legislación española y la reafirmación de la vigencia irrestricta de las disposiciones de fondo por encima de las formas electrónicas, que, como señalara Chile solo son un soporte y medio de transmisión de la voluntad de contratar.

Italia, Francia, Bélgica, Australia, Sud Africa, Japón, etc. han señalado que este principio general de inalteración de las normas vigentes en materia de obligaciones y contratos privados no es menoscabado por la contratación electrónica, salvo acuerdo de partes. Los países de América Latina que han sancionado leyes sobre firma electrónica respetan el mismo principio.

b3. La neutralidad tecnológica. También este principio se aplica en todas las naciones que regularon la firma electrónica: es indiferente el instrumento tecnológico utilizado, y ello debe ser así para no quedar al poco tiempo desactualizado por el avance tecnológico.

b4. Buena fe. en la contratación electrónica tiene singular trascendencia el principio de la buena fe, que debe ser considerada en su máxima expresión, por su novedad y complejidad técnica, como lo ha puesto de relieve Chile en el Congreso del CILA de Rosario.

b5. La libertad contractual en el contexto electrónico. El contexto electrónico no perjudica ni condiciona la libertad contractual.

b6. Valor probatorio de los documentos electrónicos. El soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por esa via es admisible en juicio, con el mismo valor probatorio que los documentos escritos. La ley española lo asimila a la prueba documental. La legislación de Sud Africa establece que la información brindada en forma de mensaje de

datos electrónicos tiene valor probatorio suficiente, sobre todo si se puede garantizar la identidad del emisor y la forma como fue generado.

c) La contratación, gestión, ejecución, consumación y rescisión de los contratos de seguros y reaseguros

c1. Se servirá indicar cómo ha influido la electronificación en los distintos momentos indicados; particularmente indicará si es imperativa o no la entrega del texto escrito de la póliza, y si se ha reglamentado su eventual sustitución por el mensaje electrónico.

En los países europeos, el análisis de este tópico, de fundamental trascendencia en la formulación y operatoria del contrato de seguro, está contemplado a través de las directivas comunitarias.

Sin perjuicio del avance tecnológico y el dictado de leyes que regulan la firma electrónica y las autoridades de certificación, todo lo cual tiende a proteger de la máxima seguridad a la comunicación y contratación electrónica, no obstante se puede apreciar que en distintas legislaciones todavía se debe entregar una póliza escrita por el asegurador. Así lo vemos en Alemania, Hungría, Suiza, Bélgica, Portugal, Grecia, etc.

Italia ha reglamentado cuidadosamente el proceso de contratación electrónica de seguros de conformidad con la Directiva 2000/65/CE que regula la comercialización de servicios financieros a distancia. Antes de la conclusión del contrato, se debe proporcionar por escrito al consumidor la información sobre las condiciones contractuales que lo habrán de regular; la financiación de la prima; el derecho de rescisión del contrato, su duración; la legislación aplicable y el fuero competente para el contrato electrónico. No se han previsto en Italia normas específicas para otras etapas contractuales, por lo que se aplican las normas generales del contrato de seguro.

Hungría, si bien ha señalado que la póliza escrita es obligatoria, no obstante permite la concertación electrónica mediante el uso de la firma electrónica avanzada. Francia ha expuesto que el envío de la póliza en papel no es obligatoria sino en el supuesto que el consumidor lo pida expresamente.

Belgica, en su acabado informe, nos ha ilustrado que en tanto se respeten las normas de la Directiva Comunitaria y haya equivalencia funcional con la documentación en papel, con suficiente grado de seguridad jurídica, es posible celebrar contratos por via electrónica. Pero advierte: "La cuestión es ahora establecer si la instauración de este marco regulatorio que tiene como fin promover la formalización o celebración de contratos por via electrónica, promoverá el éxito de la contratación de seguros online. La ley cumple de hecho una condición necesaria aunque no suficiente. Las demas condiciones dependen mas de la mentalidad de la estrategia comercial y de la visión de las compañías de seguro frente a las nuevas tecnologías". Agrega Bélgica que los documentos escritos como la propuesta de cobertura o las condiciones generales de póliza, deben ser entregadas en soporte duradero. El concepto "escrito" se interpreta en sentido amplio como cualquier clase de signos inteligibles (y legibles) que son accesibles y permiten su consulta en el futuro. En la formulación electrónica es trascendente que el documento pueda imputarse a una persona determinada dando fe de la integridad del documento. Si los mensajes electrónicos no cumplen con el requisito de firma electrónica avanzada, es decir si no pueden ser considerados "actes sous seing privé" (prueba escrita privada de un acto jurídico) electrónicos, podrán ser considerados como principio de prueba por escrito, lo que implicará la complementación con otros medios probatorios en caso de discrepancia.

El principio de que a pesar de emitirse un documento electrónico con firma certificada por un certificador habilitado con el respaldo legal pertinente, es necesario todavía la emisión de una póliza escrita, también se aprecia fuera de Europa, en Australia, Indonesia, Sud Africa, etc.

América Latina. La entrega de la póliza escrita es obligatoria en todas las naciones que han evacuado el cuestionario.

c2. Hay autoridad certificante de documentos electrónicos; caso afirmativo, cuáles son las condiciones exigidas para su actuación?

Hemos expuesto precedentemente que lo que obsta al mayor desarrollo de la firma electrónica es el grado de desconfianza en el sistema y particularmente, en la seguridad de los datos que se entregan. Para ello se han encontrado fórmulas que garantizan tanto la transmisión de los datos como el uso de firmas digitales por medio de claves (encriptación).

De tal modo se puede certificar la identidad de los contratantes, lo que, como ha puesto de relieve la Sección Chilena de AIDA en su enjundioso Relato Oficial en el Congreso del CILA de Rosario (Argentina, 2001), hace a la seguridad de que quienes celebran el contrato electrónico son efectivamente los que dicen ser, evitando el repudio o rechazo de los mensajes y asegurando la integridad de la documentación. De ahí la necesidad de la existencia de entidades de predicamento que acrediten y respalden la autenticidad de la transmisión electrónica. Esas entidades otorgan los certificados de claves con que se firma el documento; es decir, en definitiva se da fe de la identidad de los emisores y receptores de los mensajes firmados electrónicamente. Con razón se ha dicho que la labor de los certificadores implica dar "fe pública" a los actos y contratos que ellos certifican, en una suerte de asimilación con la tarea tradicional de los escribanos o notarios.

En los países en que se ha legislado sobre firma electrónica, por lo general, se han regulado aspectos que hacen a las autoridades certificadoras (proveedores del servicio de certificación) de documentos electrónicos, así como de los recaudos que deben cumplir los certificados que ellas emiten. El certificado es un documento electrónico que relaciona los datos que verifican la firma con su dueño, confirmando de tal modo la identidad de este último. Los prestadores o proveedores certificadoras deben cumplir con una serie de obligaciones, las que en Europa provienen en gran medida, de las directivas comunitarias que han regulado el "*e-commerce*".

Así por ejemplo, La LFE (Ley de Firma Electrónica) de España establece que dichos prestadores no pueden almacenar ni copiar los datos de creación de la firma de la persona a la que hayan prestado servicio; además, están obligados a proporcionar al solicitante -antes de expedir el certificado- información sobre la forma en que habrán de custodiar los datos de creación de la firma, el procedimiento a seguir en el supuesto de pérdida o utilización indebida de dichos datos; comunicación de determinados dispositivos de creación y verificación de firma electrónica; la descripción de los mecanismos de conservación intangible de la firma electrónica al cabo del tiempo; el método utilizado por el prestador para comprobar la identidad del firmante; condiciones de utilización del certificado y la forma como el prestador garantiza su responsabilidad patrimonial. Es obligación también del prestador mantener un registro o directorio actualizado de los certificados que haya emitido con indicación de su vigencia el que deberá estar dotado de condiciones suficientes

de seguridad y reserva. Por último, el prestador deberá garantizar la disponibilidad inmediata de un servicio de consulta de los certificados.

Hungría ha corroborado que en su país, para crear la firma electrónica indubitada, se debe obtener un certificado válido proveniente de un servicio de certificación calificado. En Francia y Portugal se han creado organismos públicos que certifican a los prestadores de certificación. En Sud Africa y Japón existen autoridades certificadoras.

América Latina: Brasil ha informado que existe una organización a la que se le atribuyó competencia para la certificación digital, aún cuando todavía no ha tenido concreción.

Por su grado de precisión y detalle corresponde detenerse en la ley de Comercio Electrónico n° 527 del año 1999 de Colombia. Ella dispone que podrán ser entidades de certificación las personas jurídicas tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero, y las cámaras de comercio que sean autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio que cuenten con capacidad económica y financiera y con infraestructura técnica para generación de firmas digitales, emisión de certificados de autenticidad y conservación de mensajes de datos. La ley colombiana establece requisitos muy rigurosos para la integración de dichas entidades; entre otros dispone que sus representantes y administradores no podrán haber sido condenadas a pena privativa de libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o que hayan sido suspendidas en el ejercicio de su profesión por falta grave contra la ética o hayan sido excluidas de aquellas. Las entidades emitirán los certificados de firma digital y constancias de alteración entre el envío y recepción del mensaje de datos y podrán ofrecer servicios de creación de firmas digitales certificadas y archivo y conservación de mensajes.

En todo momento, dichas entidades de certificación deberán garantizar la protección, confidencialidad y debido uso de la información suministrada por el suscriptor llevando registro de los certificados emitidos.

La ley 588/00 complementa las normas estableciendo que las notarias y consulados podrán ser entidades de certificación, previa autorización de la Super. de Industria y Comercio.

Debemos también hacer referencia a la legislación de la República de Chile, la que dispone que el Certificado de Firma Electrónica -que da fe del vínculo existente entre el firmante o el titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica-, debe contener

ciertos requisitos básicos: a) Código de identificación único; b) identificación del prestador; c) identificación del titular; d) plazo de vigencia.

Para otorgar el certificado el prestador deberá comprobar la identidad del solicitante o su representante legal (si es persona jurídica); entregar personalmente los datos de creación de la firma al titular e incorporar en su Registro Público el certificado emitido. La vigencia del certificado cesará por extinción del plazo o revocación del prestador.

La acreditación para actuar como prestador de servicios de certificación la otorga la Subsecretaría del Ministerio de Economía. La reglamentación obliga a esos prestadores a mantener un registro de certificados de acceso público, en que se garantice la disponibilidad de la información contenida en él de manera regular y continua, al cual se pueda acceder incluso por vía electrónica.

En Ecuador la ley establece que las entidades certificadoras requieren autorización previa del Estado a través del Consejo Nacional de Telecomunicaciones.

También en la Ley Argentina de Firma Digital n° 25.506 del año 2001 se prevén normas sobre la materia. Se entiende por *certificador licenciado* toda persona de existencia ideal, registro público de contratos u organismo público que contando con licencia para ello, expide certificados y presta otros servicios en relación con la firma digital. Conforme a esta ley no existen autoridades certificadoras, sino una autoridad licenciante de certificadoras. A mayor abundamiento, podemos agregar que en algunos ámbitos de comercio internacional de la Argentina, se está utilizando documentos digitales mediante el uso de certificadoras extranjeras y de renombre internacional, pero ello no ocurre en el mercado interno de seguros.

c3. Existe en su país un servicio de notificaciones telemáticas seguras con plena eficacia jurídica y valor probatorio similar al del correo certificado?

En casi todos los países en que está ya reglamentado y en plena aplicación el uso de la firma digital, se reconoce que las notificaciones telemáticas tienen plena validez jurídica y similar valor probatorio al del correo certificado. Así por ejemplo, Alemania, España, Italia, Portugal. En este último, un decreto del año 1999 dispone que la transmisión a través de las telecomunicaciones de documentos electrónicos en los que figurase una firma electrónica para garantizar su recepción es equivalente a la recepción de un correo certificado. Francia

nos ha dicho que la Agencia para la Seguridad Internet certifica la validez de los correos electrónicos.

En cambio, en Australia, Sud Africa, Japón e Indonesia, no existe servicio de notificación electrónica que tenga el mismo valor probatorio que el del correo certificado.

América Latina. Todos los países que contestaron el cuestionario expresaron que por ahora, no existe servicio de notificación electrónica que tenga plena eficacia y valor probatorio idéntico al del correo certificado.

d) La firma electrónica

d1. Existen en su país disposiciones que regulen el uso de la firma electrónica?

La respuesta generalizada, en especial de los países europeos, ha sido afirmativa. Así, por ejemplo, Alemania, España, Italia, Hungría, Portugal, Francia, Grecia, Dinamarca y Bélgica. Es que la sanción de una ley de Firma Electrónica fue primeramente dispuesta a nivel de la Comunidad Europea, a través de la Directiva 1999/93/EC, a la cual se han debido adaptar las naciones que la integran volcándolo en su legislación interna. En Bélgica, por ley del año 2000 se ha modificado el Código Civil reconociendo la validez y fuerza probatoria de la firma electrónica en tanto medien condiciones de imputabilidad e integridad, y ser producida por un mecanismo de firmas seguro acompañado de un certificado calificado. La firma electrónica avanzada tiene el mismo valor que la firma manuscrita. El documento escrito que lleva firma electrónica que cumpla dichas condiciones tiene "ex lege" el mismo valor que "un acte sous seign prive". La ponencia de Bélgica sienta como conclusión que "para aprobar un contrato de seguro se requiere un documento escrito y firmado. No es necesario que la firma escrita aparezca en el documento; una firma electrónica avanzada o una firma electrónica que garantice la integridad del mensaje y su autenticidad (de conformidad con el art. 1322 del Código Civil) son aceptables y tienen idéntico valor probatorio".

En Australia la ley de transacciones electrónicas permite a una persona cumplir con el requisito de firmar en forma manual utilizando un medio electrónico que incluya un método que permita identificar a la persona y que indique la aprobación de la información comunicada. La "firma electrónica" es el método por el cual una persona es identificada electrónicamente. Cualquiera sea el método que se elija, debe ser confiable y adecuado a las

circunstancias. El método no necesita ser un identificador único. Basta con que identifique a la persona a los fines de la comunicación. La ley es flexible y neutra tecnológicamente. Corresponde al mercado evaluar los sistemas de firmas que resulten mas adecuados para sus fines particulares. El propósito de la legislación es derribar los obstáculos que impedían a los australianos efectuar transacciones electrónicas con confianza en su situación legal.

Los estándares electrónicos, no obstante no se aplican todavía específicamente a la industria del seguro y/o reaseguro en Australia, aún cuando la tecnología digital es utilizada por las empresas en distintos procesos de su operatoria.

En Sud Africa la respuesta también es afirmativa. Se distingue entre la firma electrónica simple y la avanzada, considerando esta última como la que resulta de un proceso realizado por un proveedor acreditado del servicio de autenticación o certificador.

Japón ha informado que en su país existe tanto una ley de firma electrónica como una normativa respecto a la certificación por esa vía.

América Latina: hay disposiciones sobre firma electrónica tanto en Brasil, como en Colombia, Mexico, Chile, Argentina, Ecuador, Uruguay (en este último caso, solo rige en la administración pública y limitado al ámbito bancario).

En Colombia, la ley respectiva sienta como principio que cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje y de ser vinculado con el contenido del mismo. El uso de la firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, siempre que incorpore los siguientes atributos: 1. es única a la persona que la usa; 2. es susceptible de ser verificada; 3. está bajo el control exclusivo de la persona que la usa; 4. está ligada a la información o mensaje de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada; 5. está conforme a las reglamentaciones dadas por el Gobierno Nacional.

En Uruguay, -donde como hemos adelantado solo rige en la administración pública y limitado al ámbito bancario- se ha dispuesto por una ley especial que el uso de la firma electrónica y la firma digital tendrán idéntica validez y eficacia que la firma autógrafa siempre que estén autenticadas por claves u otros procedimientos seguros.

En Argentina legalmente se considera firma electrónica a aquella a la cual le falta alguno de los requisitos formales de la firma digital (en especial la certificación de un certificador licenciado). Por lo tanto, conforme nuestra legislación y ante la falta de un organismo

licenciante, en la actualidad solamente existe la posibilidad de uso de firma electrónica (no así de la digital).

d2. Según las normas vigentes en su país, la firma digital tiene el mismo valor jurídico que la firma manuscrita?

Hemos recogido como criterio general, para los países en los que el *e-commerce* está suficientemente difundido y reglamentado, que la firma digital tiene el mismo valor jurídico que la firma manuscrita; lo esencial es que aquella cumpla con los requisitos de autenticidad, confidencialidad y resguardo. Hungría ha formulado una diferenciación: según el tipo de forma electrónica de que se trate así serán las consecuencias. A las llamadas firmas electrónicas simples no se les puede negar valor, pero en definitiva quedarán sujetas a ratificación; los documentos electrónicos que cuentan con firma electrónica avanzada se asimilan a los documentos suscriptos con firma manuscrita, con fuerza probatoria autónoma. La legislación portuguesa establece que una firma electrónica acreditada o certificada estampada en un documento electrónico es equivalente a la firma manuscrita en soporte papel. La ley Belga, por su lado, también refirma que la firma electrónica avanzada tiene el mismo valor que la manuscrita: un documento que lleve firma electrónica que cumpla los requisitos de autenticidad, imputabilidad e integralidad acompañada por un certificado calificado, tiene "ex lege" idéntico valor que la rúbrica escrita.

Indonesia no ha reglamentado todavía la firma digital, por lo que rige el principio de que la firma manuscrita es la única válida como prueba de la asunción de obligaciones y derechos.

América Latina. En la mayor parte de los países que han legislado sobre el tema se establece como principio general que los actos y contratos suscriptos por firma electrónica serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y con soporte papel. La ley chilena agrega que los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumentos públicos solo podrán suscribirse mediante firma electrónica avanzada.

d3. El soporte en que figuran los datos firmados electrónicamente está reconocido como prueba documental en juicio?

Por lo que venimos viendo en los puntos anteriores, en todos los países en que se halla reglamentada la firma electrónica con los requisitos de autenticidad, integralidad y certificación, el soporte puede ser reconocido como prueba documental en juicio. Así lo encontramos, por ejemplo, en la Ley de Procedimiento Civil de Alemania, en la Ley de Firma Electrónica de España y en la ley italiana. En Portugal se ha dispuesto que cuando la firma electrónica está avalada por un organismo de certificación acreditado por la autoridad, los documentos respectivos tienen la misma condición de prueba que se reconoce a un documento privado suscripto con firma ológrafa. En Bélgica, con remisión a la Directiva de la Comunidad Europea 1999/93/EC, la ley respectiva ha incluido una cláusula de no invalidación de la firma electrónica: "*no dejará de surtir efecto legal o de ser admisible como prueba en un procedimiento legal*" por presentarse en formato electrónico; o no estar basada en un certificado calificado o que el proveedor de certificación no esté habilitado. En estos casos (es decir, cuando no estamos en presencia de una firma electrónica avanzada) es el juez quien tiene que determinar si se verifican condiciones de autenticidad e integridad.

Japón nos ha hecho saber que las normas de procedimiento civil en su país están basadas en "el principio de libre convicción" por lo que son los jueces los que deberán decidir si reconocen o no valor probatorio a las pruebas recibidas, concepto genérico que incluye la ponderación de los datos digitales.

América Latina. Brasil, Paraguay y Uruguay no reconoce valor probatorio a los datos firmados electrónicamente. (en este último caso, puede reconocerse pero solo en el ámbito de la Administración Pública). En Argentina no necesariamente se le puede otorgar el carácter de prueba documental, quedando librado al criterio judicial.

d4. Cómo están reflejados en la legislación de su país las características de la firma digital en cuanto a autenticidad, integridad, confidencialidad y no repudio?.

Todos aquellos países que han regulado especialmente sobre la firma electrónica y su certificación, han previsto condiciones de autenticidad, integridad, confidencialidad y no repudio. Según informa Alemania, el procedimiento regulado hace que el receptor del documento pueda estar seguro de que el autor es la misma persona que el remitente del documento y que éste no ha sido falsificado. En España, la LCE (Ley de Comercio

Electrónico) prevé que la firma electrónica avanzada está vinculada al firmante de manera exclusiva y que éste la mantiene bajo su control. Italia asevera que los procedimientos técnicos garantizan que el documento electrónico proviene del firmante con lo que se verifica la autenticidad, integridad y no posibilidad de repudio.

Sud Africa nos ha contestado refiriendo que su legislación refleja los requisitos del epígrafe; agrega que la firma electrónica avanzada resulta necesariamente de un proveedor acreditado del servicio de autenticación. Japón informa que en su país se utiliza la tecnología de infraestructura de claves públicas (PKI), pero también se puede usar la biométrica.

Chile nos ha ratificado que la firma electrónica contempla la característica de integridad (garantía de no alteración del mensaje enviado); autenticidad (en cuanto a que la información fue enviada por el emisor) y confidencialidad (el mensaje enviado no puede ser leído sino por aquel a quien va dirigido) en tanto se esten aplicando claves públicas y privadas.

d5. Sistemas de cifrado de datos: clave simétrica y no simétrica.

El desarrollo de la informática y su recepción en gran parte de los países con la regulación de la firma electrónica, lleva al establecimiento de sistemas de cifrado de datos que tiendan a dar mayor garantía de seguridad al sistema.

España nos ha hecho saber que en su LCE se diferencia la firma electrónica sencilla de la avanzada, definiéndose la primera como aquel conjunto de datos, otorgados electrónicamente, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante. En cambio, la firma electrónica avanzada no solo lleva a identificar en forma incontestable al firmante, sino que permite detectar cualquier cambio en los datos transmitidos, y ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.

Para entrar a considerar esta cuestión debe previamente precisarse conceptualmente qué se entiende por procedimiento criptográfico. La *criptografía* ha sido definida como la ciencia que se ocupa de transformar textos o mensajes claramente expresados y escritos en un idioma determinado, en formas aparentemente ininteligibles para terceros a quienes se quiere mantener ajenos a su conocimiento y que se encarga de devolverlos después a su

idioma original (Martínez Nadal, " Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación", Madrid, 2000).

La técnica electrónica nos ha indicado que actualmente existen dos tipos de algoritmos criptográficos. El sistema o clave *simétrica* o convencional utiliza una única clave para encriptar o desencriptar; en el sistema *asimétrico* se utilizan dos claves diferentes (*pública* y *privada*). Algo que ha sido encriptado por una única clave, solo puede ser descrito por la otra. Por ende, toda información codificada por una clave privada solo puede ser desencriptado por la clave pública correspondiente (del par); y toda información codificada por una clave pública solo puede ser decodificada por la clave privada pertinente. Obvio resulta destacar que la clave privada es personal e intransferible. No vamos a entrar a describir el proceso de creación de firma digital, el procedimiento de codificación y de validación, tan bien graficados en el informe de Portugal, al que remitimos.

Y para garantizar que el par de claves pertenece a un emisor determinado, se recurre a los *certificados digitales* emitidos por un tercero de confianza (organismo de certificación). Corresponde describir como funciona en la práctica el sistema. Para crear un certificado digital indubitado el certificador genera un código que incluye información sobre la identidad del emisor y su clave pública; el certificador firma esta certificación con su clave privada, con lo que crea un código encriptado; el receptor a su vez, regenera el código del certificado y lo decodifica usando la clave pública. De tal forma, el certificado será plenamente válido.

Se ha dicho en el Informe de Chile al Congreso del CILA en Rosario que la *encriptación* (definida como proceso de ocultación de datos bajo una clave) o *criptografía* (arte de escribir enigmáticamente) es una técnica que transforma un mensaje legible en un formato ilegible para cualquiera que no cuente con la clave secreta para describirlo.

En definitiva, podemos apreciar que existen dos tipos de técnicas criptográficas: a) la de *clave privada*, que implica que emisor y receptor usen la misma clave privada. En este sistema la clave secreta tiene que ser transmitida por una parte a la otra, y acotan bien los chilenos, que cuando dos personas utilizan la misma clave es imposible garantizar la autenticidad e inviolabilidad de la firma electrónica; b) la de *clave pública*, que en cambio implica como hemos visto, el uso de dos claves, una privada y otra pública. El usuario encripta un mensaje usando su clave privada y transmite su clave pública a todos los que

quiere comunicarse, la que solo puede utilizarse para descifrar mensajes codificados con la clave privada del usuario, con lo que se autentica la firma digital.

Australia ha sintetizado en pocas palabras tan compleja cuestión técnica: "*encriptación simétrica*" es un tipo de encriptación en la cual el código (o clave) es utilizado para encriptar y descifrar el mensaje. La "*encriptación asimétrica*" (o de claves públicas) utiliza una clave o código para encriptar y otro para descifrar el mensaje (privada y pública).

Esperamos haber traducido e interpretado, con cierto grado de certeza, cuestiones que por cierto, escapan a la capacidad receptiva y comprensión de los hombres de derecho.

e) Acceso a bases de datos

e1. Existe en su país alguna regulación que imponga a los aseguradores el suministro de sus bases de datos a organismos oficiales?

La respuesta generalizada ha sido afirmativa. En todos los países existen normativas que obligan a los aseguradores a proporcionar bases de datos a organismos oficiales, (en especial superintendencias de seguros u organismos de supervisión) para contar con información sobre el funcionamiento de los órganos de administración y control interno y externo y la solvencia de los operadores y detectar los casos de probable insolvencia. (sistemas de alertas tempranas). Algunos de los países han informado detalladamente sobre los archivos informáticos contra el lavado de dinero y la consecuente obligación que pesa sobre las aseguradoras de proporcionar información en tiempo útil del requerimiento de coberturas asegurativas de origen dudoso. Italia ha expuesto que las atribuciones de las Oficinas Italianas de Cambios en materia de lavado de dinero también son aplicables en el plano financiero del terrorismo internacional. En Australia, la APRA (Australian Prudential Regulation Authority) ha instrumentado una base de datos cuyo exhaustivo contenido respecto a toda la operatoria de la empresa aseguradora, incluyendo especialmente -vale resaltarlo- la obligación de proporcionar información sobre coberturas que refieran a la limpieza ambiental provocada por derrame de sustancias contaminantes. En Japón las bases de datos han sido creadas por las propias aseguradoras, y pueden acceder a ellas solo las empresas que han adherido y facilitado información.

En América Latina cabe puntualizar el caso de Ecuador, quien ha hecho saber que la remisión de información para fines de control, incluye ciertos datos sobre asegurados (al estilo de una central de riesgos del mercado financiero).

e2. Esa obligación responde a fines meramente estadísticos o a la detección de activos de origen delictivo (lavado de dinero)?

Casi todas las secciones nacionales de AIDA que dieron respuesta al cuestionario han hecho saber que la obligación que tienen los aseguradores de proporcionar información a las autoridades responde a los fines del debido control y verificación de cumplimiento de las normas de superintendencia, como también a fines estadísticos, y por otro lado para la detección de activos de origen delictivo.

Por virtud de normas que se han dictado en gran parte de los países para reprimir el lavado de dinero de origen ilícito y que se han consensuado en el Banco Mundial, en la I.A.I.S. y en el F.M.I., las aseguradoras, los bancos, los intermediarios de seguros y otros operadores, están obligados a informar a sus respectivas Unidades de Información Financiera las operaciones que se consideren sospechosas.

e3. Se puede acceder a bases de datos que contengan información económico-financiera o médica del asegurable?

Por regla no es posible acceder a bases de datos que contengan información económico-financiera o médica del asegurable.

A mayor abundamiento, Italia ha dado cuenta que se ha establecido una base de datos de siniestros de responsabilidad civil por el uso de automotores, alimentada por las aseguradoras que están obligadas a comunicar datos de los asegurados, damnificados, testigos, profesionales, etc., así como, en su caso, descripción de lesiones corporales con estimación de incapacidad, debiendo garantizarse la confidencialidad de datos sensibles. La información recopilada en las bases de datos debe usarse exclusivamente para elaboraciones estadísticas e investigaciones dispuestas por órganos judiciales. La difusión de los datos solo se permite en forma anónima y agregada, de modo que los sujetos no se

puedan identificar. Este tipo de bases de datos también se han establecido en otros países para tratar de buscar formas de reducir el negativo impacto de la accidentología vial.

En algunos países latinoamericanos (Paraguay, El Salvador) es factible acceder a informes económico-financieros del asegurable, pero no médicos (salvo autorización expresa del interesado).

En Argentina es habitual que existan registro de acceso público de deudores morosos, incobrables e irrecuperables, como también intercambio de informes entre aseguradores para evitar y prevenir el fraude de seguros.

f) Exclusiones de cobertura en riesgos de personas.-

f1. Existen en su país tendencia a establecer nuevas exclusiones de cobertura vinculadas al uso de nueva tecnología, como ser, la telefonía celular, los rayos catódicos, el poliuretano expandido, etc.?

La respuesta unánime ha coincidido en que en los seguros de vida no se incluyen exclusiones de este tipo. Australia, sin embargo, ha hecho la salvedad que son los reaseguradores los que han incorporado exclusiones "tecnológicas" en los contratos de reaseguro, por lo que las aseguradoras han debido volcarlas en sus pólizas de seguros originales.

f2. Existen en la legislación de su país exclusiones de cobertura en seguros de personas y/o salud u hospitalización, respecto a lesiones o muerte causadas por el efecto invernadero y la concentración de gases en la atmósfera?

La contestación de todas las secciones nacionales de AIDA es coincidente en que no existen normas que prevean exclusiones de este tipo en los seguros de personas.

f3. Existen en las pólizas usuales de seguros de personas, salud u hospitalización, en su país, otras exclusiones de cobertura, además de los acontecimientos catastróficos originados por la energía atómica, terremotos o inundaciones (cláusulas referidas al lado oscuro de los avances de la ciencia y tecnología).

Por norma general, en casi todos los países se excluyen los riesgos de acontecimientos catastróficos de la naturaleza, así como los producidos por la energía atómica, salvo pacto en contrario. También en este punto hay coincidencia en cuanto a que no hay otras exclusiones en los seguros de personas, relacionadas con el progreso tecnológico. España ha señalado que los riesgos extraordinarios (fenómenos de la naturaleza, terrorismo, etc) están cubiertos en forma global por el Consorcio de Compensación de Seguros. Específicamente, en seguros de vida suele excluirse el fallecimiento a consecuencia de radiación nuclear, así como ciertas actividades de riesgo.

La ley italiana excluye de la cobertura asegurativa los daños derivados de movimientos telúricos, guerra, insurrección o tumultos populares, salvo pacto en contrario; asimismo no se cubren los daños a consecuencia de catástrofes atómicas.

Bélgica con todo detalle, nos ha informado que, en los contratos de seguro de salud (hospitalización) se excluyen los riesgos nucleares y radiación radioactiva; los tratamientos experimentales o sin chequeo científico; la terapia de células vivas; las técnicas anticonceptivas de fertilización in vitro o de inseminación artificial.

En Japón es usual la posibilidad de cubrir los terremotos o los daños producidos por la energía atómica, con el consiguiente devengamiento de prima adicional.

En Indonesia están excluidos los acontecimientos catastróficos originados por la energía atómica; en cambio, es posible cubrir los daños por terremotos e inundaciones.

En Colombia los eventos catastróficos de la naturaleza (terremoto, erupción volcánica, inundaciones, etc.) que afecten la salud o la vida de los asegurados, están cubiertos por las pólizas de seguros de vida.

f4. Existen en la legislación de su país exclusiones de cobertura en seguros de personas por daños en la salud causados por compuestos industriales tóxicos (bifenilos policlorados).

La respuesta ha sido uniforme: no se prevén en la legislación exclusiones en seguros de personas por daños causados por productos tóxicos industriales, a excepción de Suiza e Indonesia que hicieron saber que es posible amparar estos riesgos.

g. Derecho a la subrogación.-

g1. Las entidades aseguradoras que operan en estas coberturas pueden repetir o subrogarse en los derechos del asegurado para intentar recuperar el costo de los siniestros afrontados, cuando ellos son consecuencia del mal uso de las nuevas tecnologías (v.g. lesiones o muerte causadas por alimentos o cultivos transgénicos, experimentos genéticos, productos farmacéuticos, etc.)?

La legislación de la mayoría de los países del mundo (expuesta por primera vez en la Ley Belga de 1874) recepciona el instituto de la subrogación, por el cual el asegurador como consecuencia del pago de la indemnización, se subroga en los derechos del asegurado (ocupa su misma posición sustancial y procesal) para dirigir su acción de recupero de lo abonado contra el responsable civil del daño. Ello es así por cuanto si el asegurado conservara su acción una vez satisfecho por el asegurador, al decir de la doctrina italiana (Donati, Gasperoni), aquel obtendría "una ganancia repugnante al principio indemnizatorio de los seguros de daños". Por otra parte, como enseña Viterbo, el reembolso de las sumas erogadas por siniestros contribuye a mejorar, en alguna medida, el resultado de la siniestralidad, y de forma indirecta influye sobre la determinación de las primas futuras. Sintéticamente, este instituto responde a una idea de justicia y equidad, y como dice Donati "es consecuencia de una política legislativa que, eliminando el enriquecimiento del asegurado, salvaguarda el principio de responsabilidad" (Manual, pág. 301). En el mismo sentido se expide Halperin quien, con cita de Vivante y Besson y Piccard, señala acertadamente que la institución que estamos analizando "es mas de política legislativa que estrictamente jurídico: como consecuencia del pago de la indemnización, el asegurado no tiene ningún interés en perseguir la indemnización debida por el tercero, que si se le autorizara recoger lo enriquecería indebidamente; y como tampoco el tercero se debe beneficiar por el contrato celebrado por la víctima y quedar impune su acto ilícito, se le impone que responda hacia el asegurador" ("Seguros", actual. por Barbato, pág. 810). Esa transferencia al asegurador se produce "ope legis".

Empero, esta regla tiene su excepción: la subrogación no es posible en los seguros de personas (v.g. la ley argentina de Contrato de Seguro n° 17.418 expresa que la subrogación "es inaplicable en los seguros de personas"). Vale hacer una salvedad: el asegurador puede gestionar el recupero de los gastos de asistencia sanitaria, como lo reconoce la ley española.

Italia, apuntando concretamente al interrogante planteado, nos ha señalado que la responsabilidad de los terceros causantes del daño no se excluye si el perjuicio proviene del uso inadecuado de nuevas tecnologías. Es decir, la subrogación es independiente de si la responsabilidad deriva o no del uso de las mismas. Colombia agrega que los responsables del siniestro podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado, y se explaya sobre el carácter prestacional de los seguros de personas lo que obsta a la posibilidad de subrogación (salvo que se tratara de gastos médicos o farmacéuticos, los que pueden ser recuperados por su carácter indemnizatorio). Chile, por su lado nos ha informado que si bien por principio, la subrogación sería inaplicable en los seguros de personas, no obstante deja constancia que su legislación no distingue entre seguros de daños o de personas, por lo que no habría obstáculo en el ejercicio de la subrogación en estos últimos. A esta altura, bien vale volver a plantearse el interrogatorio que formulara el Dr Quintana en su alocución: es posible seguir manteniendo el principio de que la subrogación es inaplicable en los seguros de personas?

h. Selección de riesgos.-

h1. En su país, se verifica el uso de nuevas tecnologías de diagnóstico médico para los seguros de vida individuales?

La contestación casi unánime ha sido que las nuevas tecnologías de diagnóstico médico se utilizan para la contratación de seguros de vida, sobre todo si se intenta obtener una suma asegurada importante. Alemania y otros países han resaltado, no obstante, que el examen genético (por el momento) no se requiere para la concreción de seguros de vida individual. Japón señala que al introducir nuevas tecnologías se deben tener en cuenta determinadas circunstancias, como la seguridad de la tecnología utilizada, el grado de invasión, el costo, etc. Colombia agrega una circunstancia importante: si bien responde afirmativamente la pregunta, no obstante destaca que esas nuevas tecnologías tienen que ser aceptadas por instituciones científicas reconocidas.

h2. Existe regulación que limite los estudios de diagnóstico para los casos de HIV o de Genoma humano?

Pareciera ser que por lo general, no existe restricción del derecho del asegurador de solicitar al interesado un examen de HIV. En cambio, no es así en cuanto se refiere al genoma humano. En España no existe ninguna regulación que limite las pruebas diagnósticas para la delimitación del riesgo en el seguro de vida. Es habitual que para la contratación de seguros por sumas elevadas, las aseguradoras requieran pruebas diagnósticas de HIV. La única limitación para la valoración del riesgo es la protección de los llamados "datos sensibles", en que se requiere el consentimiento expreso del asegurable para resguardar el derecho a la intimidad.

En Suiza y Francia, entre otros países, los aseguradores no tienen derecho a solicitar exámenes genéticos para concluir un seguro. Igualmente, en este último país, los tests genéticos están prohibidos. Incluso, el Código Penal prohíbe toda discriminación basada en los caracteres genéticos. En Portugal rige la ley de datos genéticos e información de la salud del año 2005 que establece que la investigación del genoma debe respetar la confidencialidad sobre la identidad y garantizar que la comunidad científica tenga acceso libre a los datos resultantes.

Sud Africa nos ha ilustrado sobre sus disposiciones constitucionales, que garantizan que toda persona tiene derecho a su integridad sico-física y a no ser objeto de pruebas médicas o científicas sin previo consentimiento informado. Uruguay ha hecho saber que los estudios de diagnóstico para los casos de HIV están regulados por la autoridad ministerial los que en cualquier caso, deben contar con la previa conformidad del paciente.

h3. Existe regulación que limite las discriminaciones tarifarias en virtud al fenotipo del asegurable (vinculadas al medio ambiente, a los antecedentes étnicos, a la demografía, etc.)?

No es fácil encontrar regulación legal específica sobre el punto. En Alemania existen normas que restringen la discriminación tarifaria en lo que hace a la composición etarea y étnica. En España, Italia, Francia e Hungría esas discriminaciones están prohibidas. En

Portugal el principio de no discriminación está detalladamente regulado: ninguna persona sufrirá perjuicio a causa de enfermedad o herencia genética; nadie puede ser discriminado por resultados de evaluaciones de heterocigocidad, pruebas genéticas de diagnóstico, o evaluaciones para obtención de seguros de vida o de salud. La norma agrega que ninguna persona será discriminada por negarse a un examen genético, especialmente para recibir tratamiento médico o psicológico.

En Australia hay una legislación específica que prohíbe la discriminación en base a la edad, raza o sexo, o padecer SIDA. Sin embargo, las aseguradoras pueden imponer sobrepimas para amparar determinados riesgos. De cualquier forma, solicitar un examen genético puede violar la ley si lo que se quiere es que el seguro no se otorgue a determinada clase de personas sin una base actuarial sólida.

h4. existen en la legislación de su país algunas previsiones respecto a la incorporación de imágenes digitales en documentos electrónicos (vgr. radiografías, tomografías computadas, ecografías, etc.)?

Por regla hemos apreciado a través de las respuestas de las distintas seccionales nacionales, que no hay previsiones legales referidas a la incorporación de imágenes digitales en documentos electrónicos, lo que no obsta a que efectivamente existan en la práctica. El avance de la medicina y su concepción interdisciplinaria, lleva a que se trasunten en las historias clínicas el resultado de imágenes digitales de prácticas auxiliares, como ser radiografías, ecografías, etc. En Japón, los diagnósticos electrónicos que abarcan imágenes digitales, tienen que garantizar autenticidad, legibilidad -poder volcarlos a escrito en caso necesario- y debido resguardo.

h5. existen en la legislación de su país algunas previsiones que deben cumplir las recetas médicas y/o de tratamientos prescriptos, emitidos en documentos digitales?

De los informes nacionales, podemos apreciar que en casi todos los países, por el momento, no existe sistema de recetas electrónicas.

Sin perjuicio de ello, vemos que en Alemania está casi reconocida la posibilidad que el médico pueda realizar recetas en forma electrónica. La llamada "tarjeta sanitaria", -recién

implementada-, debe estar rodeada de varios requisitos de seguridad (autenticación, encriptación, firma electrónica)

Portugal nos ha detallado las previsiones de una ley reciente sobre el procesamiento de la información de la salud, el que en todo momento debe resguardar la confidencialidad y el secreto profesional. La norma instruye a los entes prestadores de salud a evitar el acceso no autorizado de terceros a las historias clínicas y bases de datos, que contengan información sobre la salud de las personas, garantizando niveles adecuados de seguridad y cumpliendo con las disposiciones sobre protección de datos personales para evitar la destrucción ilícita, la alteración o la diseminación (difusión) de los mismos, con el consiguiente perjuicio para el interesado. En su caso, deberá mediar una autorización expresa de éste.

Australia nos ha destacado que si bien es posible la generación de recetas por computadora, deberá contar con la firma del médico. También nos informa de las limitaciones del ejercicio profesional en los distintos estados: un médico habilitado en uno no puede dar una receta en otro por e-mail. El sistema de "Medicare" generalizado en Australia, impide el pago de un servicio si no ha habido una atención personal del paciente. Por ende, el médico puede cobrarle la consulta efectuada por correo electrónico, pero el paciente no podrá recuperar el costo del sistema.

h6. existen en su país restricciones al cúmulo que se da cuando por un lado, el asegurado recibe prestaciones por vía de un seguro de personas, salud u hospitalización, y por otro lado reclama por responsabilidad civil cuando el daño en su cuerpo -salud o muerte- se produjo por el mal uso de nuevas tecnologías?

El fenómeno del "cúmulo" de prestaciones ha preocupado de antiguo a la AIDA al extremo de haber constituido en 1980 un grupo de trabajo específico que desde entonces se ha venido reuniendo regularmente. Remitimos, por razones de brevedad, al Informe del Grupo de Trabajo presentado en el Congreso de Sidney en 1994 y cuyo desarrollo estuviera a cargo del entonces Presidente de la AIDA Argentina, profesor Juan Carlos Morandi.

La contestación de la mayoría de los países demuestra que, por regla general, no hay restricciones al cúmulo sobre todo porque la causa fuente de la obligación de una u otra prestación o indemnización, es distinta, como en el caso planteado. La doctrina consecuentemente, ha dicho que "en el seguro sobre la vida nada impide que el

beneficiario acumule ambas acciones (la prestación propia del seguro y la debida por el tercero), dado el distinto origen o causa de ellas y la característica fundamental de los seguros de personas, que no tienen límite para el valor asegurable" . (Halperín, ob. cit.). Portugal no obstante, nos ha ilustrado con el concepto de " enriquecimiento injusto" contemplado en su Código Civil que obliga a reintegrar la suma obtenida de manera irregular. Pero este concepto que también lo podemos encontrar en muchas legislaciones de raíz románica, no es el sustrato de la hipótesis planteada en el cuestionario, que responde a la realidad que se advierte en la práctica cuando se recibe una prestación de un seguro de salud por un lado (cuyo costo no se puede reclamar al tercero responsable, sin perjuicio de la acción de regreso que tenga el prestador del servicio) y a la vez se obtiene el resarcimiento derivado de una acción de responsabilidad civil contra el responsable causante de los daños corporales por mal uso de nuevas tecnologías, por el otro.

La electrónica en el reaseguro

No queremos cerrar este capítulo de la relación sin hacer una breve consideración al impacto del avance tecnológico en el reaseguro. Para ello vamos a recurrir al auxilio de un destacable trabajo de los juristas Nancy Anamaría Vilá de Argentina y Arturo Diaz Bravo de México, presentado en el último Congreso del CILA (Comité Iberoamericano de Derecho de Seguros) de la AIDA celebrado en Guadalajara, México en marzo del presente año, bajo el título de "*El contrato electrónico de reaseguro en Argentina y en Mexico*".

En una consideración de orden general, se señala en él que el desarrollo electrónico ya ha tenido recepción legislativa en distintos países para regular el derecho privado, pero también a fin de adecuar la Administración Pública en lo que se ha dado en llamar la "progresiva despapelización del Estado" contribuyendo a mejorar su gestión para facilitar el acceso de la comunidad a la información y posibilitar la realización de trámites por Internet en forma segura. Los autores citan en su apoyo recientes normas dictadas tanto en Argentina como en México (Decreto n° 2628/02 de Argentina, reglamentario de la Ley de Firma Digital n° 25.506, y distintos artículos del Código Civil mexicano, recientemente modificados) para receptar la operatoria de Internet. Pero esa "despapelización" ya no es propia de la operatoria del sector público, sino que lo vemos también en toda la actividad privada.

Por el momento, el e-reaseguro (reaseguro electrónico) " solo se aprecia en el reaseguro facultativo, por cuanto los contratos automáticos por regla, todavía son objeto de expresión documental en papel y su renegociación año a año requiere de muchas consultas a nivel empresarial, estudio de la siniestralidad y las carteras, cálculos actuariales y muchos otros detalles mas...ahora nos enfrentamos a un mecanismo informático que emplea un medio de transmisión de las palabras hasta hace poco desconocido, al que los técnicos han bautizado como " ciberespacio", que aparentemente es una tercera dimensión, de no fácil comprensión por los legos y de consecuencias jurídicas mas graves aún."

Los Dres. Vilá y Diaz Bravo se detienen en analizar el momento de perfeccionamiento del contrato y la importancia de la buena fe, que sigue siendo una nota de singular trascendencia en el reaseguro, advirtiendo que de cualquier forma, con arreglo a la nueva regulación electrónica en sus países -México y Argentina- (aun cuando en este último todavía no se han modificado los códigos civil y comercial que recepten el contrato electrónico) " el requisito de formalidad debe entenderse satisfecho en la medida en que la información contenida en un mensaje de datos se mantenga íntegra y accesible para su ulterior consulta, cualquiera sea el formato adoptado". Nos permitimos agregar que, como hemos visto, también deben contemplarse aspectos tales como la ley aplicable a los contratos celebrados por Internet; la autenticación de dichas contrataciones; el valor probatorio de los registros digitales; la protección de la privacidad; la responsabilidad civil derivada del uso de la electrónica, etc. aspectos todos estos que de algún modo quisimos incluir en el cuestionario sometido a las secciones nacionales, y que merecieron las fundamentadas y exhaustivas respuestas de los países que conforman AIDA las que hemos considerado en el decurso de la presente.

Por último, los mencionados juristas señalan, -en conceptos que pueden ser perfectamente aplicables tanto al seguro como al reaseguro-, que " es fácil advertir los peligros y complicaciones que en la práctica puede ofrecer este mecanismo (electrónico), que aparecen ya en los vocablos carentes de contenido jurídico y además, de difícil inteligencia para los legos en la jerga computacional. De inmediato se aprecian los efectos jurídicos de todo lo expuesto: terminología extraña, colmada -tal vez fatalmente- de expresiones técnicas, y por tanto asaz confusas, que el legislador supone al alcance de los justiciables y del juzgador", lo que por cierto, todavía suena como expresión de deseos. Hemos pasado revista a innúmeros problemas que presenta el *e-commerce*, por ejemplo, las consecuencias

que acarrea la carencia, mas o menos prolongada de corriente eléctrica, las fallas o descomposturas en las líneas telefónicas o en los " servidores" , la actuación de los " piratas informáticos" (hackers), el devastador efecto de los virus, la descompostura de los equipos, etc.

" Y sin embargo, la contratación electrónica ya está ahí; se irá extendiendo de modo incontenible, luego tal vez la postura aconsejable es la de estar prevenidos, con nuestra herramienta jurídica, para hacer frente a estas nuevas formas de comunicación o, como se ha dicho, a este *joven derecho de la internet*, que no ha llegado todavía a la edad de la razón, pero que comienza a mostrar signos de madurez, que nos permiten adoptar una postura de razonable optimismo" .(Memorias del IX Congreso del CILA, págs. 399 y sigts.).

De cualquier modo, los mencionados juristas destacan que " directivos de reaseguradoras europeas discuten todavia sobre la conveniencia o no del reaseguro on line, y consideran que aún no están dadas las condiciones para un portal madre pues " están muy lejos de poder disponer de estándares de información y falta de productos estandarizados" (" GR Global Reinsurance", London, set. 2004, " Going Digital").

II PARTE

EL PROYECTO GENOMA HUMANO Y EL SEGUROS DE PERSONAS.

EL PROYECTO GENOMA HUMANO: El Proyecto Genoma Humano es, según los científicos de AMGEN INTERNACIONAL, un programa de investigación a nivel mundial para determinar la localización precisa de los 50.000 a 100.000 genes que se estima forman el genoma humano, así como para descifrar completamente las instrucciones genéticas contenidas en el DNA humano y determinar para qué sirven cada uno de nuestros genes.

Para poder manejar la enorme cantidad de información contenida en el genoma humano, el proyecto estableció tres objetivos de complejidad creciente. El primero de estos objetivos, conseguido ya en 1994, fue crear un mapa genético que permitiera a los investigadores situar cada gen, no sólo en uno de los 46 cromosomas, sino dentro de una zona restringida del cromosoma en cuestión. Estos mapas genéticos

permiten a los científicos interesados en estudiar una alteración o enfermedad genética centrarse en una zona concreta del genoma.

El siguiente nivel de detalle en la investigación del genoma es lo que se llama el mapeado físico. Esto es esencialmente un mapa genético en que se determina la ubicación precisa de un gen. Es decir, si utilizamos como símil el mapa de una ciudad, el mapa genético indica en qué “barrio” nos estamos moviendo, mientras que el mapa físico ya es capaz de localizar la “calle” en la que se encuentra el gen en cuestión.

Finalmente, el tercer nivel de complejidad del proyecto genoma implica la secuenciación del DNA. La secuencia exacta de nucleótidos dice a los investigadores no sólo donde se localiza el gen, sino también cómo el gen puede dar lugar a una enfermedad determinada. Volviendo a la analogía del mapa: si el mapa genético nos muestra un barrio, y el mapa físico nos sitúa una calle, la secuencia de DNA encuentra la casa, y nos describe no sólo la fachada, sino incluso qué hay en su interior. Esta información tan detallada permite identificar errores a nivel del código genético, y por consiguiente puede permitir que se diseñen las estrategias necesarias para subsanar el error, esto es, curar la enfermedad originada por dicho error.

En estos últimos años la tecnología de secuenciación del DNA ha progresado, se ha automatizado y se ha hecho menos costosa. Los científicos pueden ahora secuenciar más de 15 millones de pares de bases por año (el genoma humano tiene alrededor de 3.000 millones). Se ha conseguido obtener las secuencias genéticas completas de muchos organismos- entre los que se incluyen bacterias y levaduras. El día 6 de abril de 2000, la empresa de biotecnología, Celer a Genomics, anunció que alcanzó la secuenciación del genoma humano En verdad se trata de un primer borrador del mismo, que será correcto en un 85% del total. En el mes de abril de 2003 los científicos han anunciado que el mapa genético ha sido completado.

No obstante, la obtención de una información tan poderosa puede desencadenar importantes dilemas éticos. Por ejemplo, ¿las compañías aseguradoras, los empleadores, la medicina pre-paga, podrán tener acceso a la información genética de sus asegurados, trabajadores y clientes?. Si un test pudiera decirle que puede o no desarrollar una enfermedad incurable, ¿desearía someterse a dicho test?. Como consecuencia, además de su objetivo técnico de mapear completamente el genoma humano y diseñar las herramientas para analizar esta información, el proyecto genoma humano ha

creado también, foros de debate para explorar las implicaciones no médicas de este proyecto y servirá como terreno de formación básica para estudiantes y científicos.

Es por ello que en la Reunión Internacional sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano (Bilbao, España, mayo de 1993) se emitió la llamada “Declaración de Bilbao” en la que se manifestó expresamente, el *‘Rechazo a la utilización de los datos genéticos que originen cualquier discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, del seguro o en cualquier otro’*.

Esta declaración había sido precedida ya por la de Valencia de 1990 en la que se dijo que: *“Como principio general, la información genética sobre un individuo debería ser obtenida o revelada sólo con autorización de dicho individuo o de su representante legal. Cualquier excepción a este principio requiere una fuerte justificación legal y ética”*.

En junio de 1991, el Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia se pronunció en favor de una reglamentación de la técnica de estudios genéticos. *“Para evitar cualquier abuso el Comité entendió que debe prohibirse a los terceros (especialmente empleadores y aseguradores), no solo tener acceso a los datos contenidos en el registro de información genética, sino también reclamar a los interesados que se los provean.”*

Ya en 1989, el Parlamento Europeo había adoptado una resolución sobre los problemas éticos y legales que presentaba la ingeniería genética^a, que favorecía la total prohibición del uso de pruebas genéticas y de la información genética en el seguro: *“ las compañías de seguro no tienen derecho a exigir la realización de pruebas genéticas antes o después de formalizar un contrato de seguro ni de exigir que se informen los resultados de pruebas de este tipo que ya hubieren sido conducidas; y el análisis genético no debería ser requisito para la formalización de un acuerdo de seguro, estableciendo que el asegurador no tiene derecho a ser notificado por el titular de la póliza sobre todo dato genético del cual este último tuviera conocimiento”*.

Como podemos ver, los principales riesgos de discriminación genética surgen, en principio, del trabajo y del seguro. Y no es raro que así

^aConf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “Aspectos Jurídicos del Proyecto Genoma Humano”, ED. E.D. T. 153, pag. 929/945).

^aO.J. C96, 17 de abril de 1989.

sea, ya que si pensamos que la información genética fuera utilizada por aseguradores y empleadores, estaríamos ante una nueva categoría de personas discriminadas, que en algún momento fueron catalogados como los “parias del año 2000” y que yo me atrevería a llamarla la de los “muertos en vida”. Imaginemos, simplemente, una persona que no pueda trabajar, que no tenga acceso a los seguros de vida y de salud, y el resultado será uno solo, esto es gente discriminada y desesperada. Se dará entonces *“una situación que denominamos la exclusión en derecho, encarnada en sujetos que a partir de ciertos hechos quedan marginados excluidos, de la utilización de la herramienta “ordenamiento jurídico” en diversos aspectos”*

LA DISCRIMINACIÓN:

Discriminar significa “separar, distinguir”, conforme lo define el Diccionario Enciclopédico “Codex”, pag. 481, editorial Codex, año 1961. En un sentido más amplio significa “el trato diferencial de los individuos a quienes se considera como pertenecientes a un grupo social determinado”

En la República Argentina la cuestión de la discriminación está tratada en la ley 23.592 (AdLA XLVIII-D-1988), sancionada el 3 de agosto de 1988, promulgada el 23 de agosto de 1988 y publicada en el B.O. el 05 de septiembre del mismo año, la que en su artículo 1ro. establece que *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.*

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

La pregunta a formularse, seguidamente, es si la discriminación genética esta incluida en la discriminación por “caracteres físicos”, que

² GHERSI, Carlos A. “La Posmodernidad Jurídica”, diario La Ley, 8 de mayo de 1997, año LXI nro. 88).

³ KIPER, Claudio Marcelo “La Discriminación”, La Ley, T. 1995-B, paga. 1025/1034).

menciona el segundo párrafo del art. 1ro. de la ley. En principio parecería que el término se refiere a quienes, en su apariencia, posean defectos, En un segundo análisis debería verse si el concepto de “caracteres físicos” comprendería la mera probabilidad de enfermarse por ser portador de un gen que, eventualmente, podría originar una determinada patología. En nuestro criterio la expresión mencionada no abarcaría cuestiones genéticas, por lo que consideramos que debería modificarse la ley agregándose al segundo párrafo del artículo 1ero. “y/o genéticos”.

La Constitución de la Nación Argentina (1994) incluyó una serie de normas, además de las que ya estaban, en contra de la discriminación en sus distintas modalidades. Así el art. 75, inc. 17 protege los derechos de lo indígenas. En el inc. 22, se otorga jerarquía constitucional a los distintos tratados internacionales que protegen los derechos individuales. En el inc. 19, que se refiere al desarrollo humano, se deja de lado cualquier tipo de discriminación. La acción de amparo que regula el art. 43 habla de que la misma puede interponerse contra cualquier forma de discriminación. El art. 86 le encarga al defensor del pueblo “....la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos y garantías tutelados en esta Constitución.....”

LA DISCRIMINACIÓN GENÉTICA Y EL SEGURO:

El Seguro ha sido y es un gran adelanto para la humanidad, ya que a través de él se logra trasladar los riesgos que se corren en forma individual, hacia una comunidad de asegurados que los soportará en forma conjunta, con la contraprestación de un pago en dinero, llamado prima. Los aseguradores, que son los que organizan y administran esa comunidad de asegurados, intentan que exista una equivalencia entre prima y riesgo y cuanto más se disminuyan estos últimos, más se beneficiarán ya que la prima podrá disminuir en la misma proporción que disminuya el riesgo, o de mantenerse el valor de la misma, aumentarán las ganancias del asegurador.

Es por ello que la discriminación genética en el Derecho de Seguro se dará, con seguridad, en los seguros de personas (vida, muerte, accidentes) y en el seguro de salud y en la medicina pre-paga. En todos los casos los aseguradores tratarán de disminuir el riesgo al máximo posible, intentando conocer con antelación, a

”(Conf. KIPER, Marcelo C., obra citada).

través del mapa genético del eventual asegurado, no sólo si está enfermo, sino la posibilidad de que esto suceda.

Cabe preguntarse, entonces, si sería justo que esto pase, es decir que el asegurador exija el examen genético previo a la concertación de un seguro de vida o de muerte, sobretodo teniendo en cuenta que hasta el momento el asegurador considera necesario conocer el estado de salud de su eventual asegurado y se cerciora del mismo a través de cuestionarios y de exámenes médicos con las consiguientes pruebas clínicas que estime oportunas.

Es por ello que el examen genético alcanza una enorme significación positiva para el asegurador, por la disminución del riesgo, y negativa para el individuo que intenta tomar un seguro, por la discriminación que sufrirá a través del pago de una prima más alta o por la negativa del asegurador a realizar un contrato con él.

Entendemos, que el asegurador no solicitará exámenes genéticos en todos los casos ya que, prima facie, en algunos tipos de seguros no sería necesario, porque la disminución del riesgo sería ínfima. Este es el caso de los seguros de accidentes en donde el mapa genético solo podría dar la posibilidad de que la persona contraiga una enfermedad, que aumente el riesgo de que sufra un accidente. Un ejemplo claro, sería la tendencia genética a contraer epilepsia que, en el caso de un ataque mientras se esta conduciendo, seguramente provocará un accidente.

En el seguro de muerte, se sabe que fatalmente ésta se producirá. El riesgo es, entonces, la desaparición física del asegurado. Es decir que la incertidumbre del riesgo es relativa, ya que lo único que no se conoce es el momento en el cual el hecho ocurrirá.

En el seguro de vida (supervivencia) el riesgo lo constituye la sobrevivencia a una edad o fecha determinada.

En ambos casos, el examen genético sería importante para el asegurador ya que, en principio, podría realizar una selección del riesgo teniendo en cuenta los tiempos estimados de vida de cada futuro asegurado y, seguramente, rechazará a aquellas personas cuya muerte se estime que ocurrirá a corto plazo. A los de mediano plazo les aumentará significativamente la prima. Para los que se estime que tengan larga vida no habrá demasiado problemas, ya que la situación se mantendría como lo es hasta la fecha, aún en los casos del de supervivencia. Lo expuesto se ve corroborado por la

actitud que asumieron algunos aseguradores ingleses, en el año 1999, que sometieron, en secreto, a sus potenciales clientes a exámenes que les permiten determinar los riesgos genéticos a los que están expuestos para limitar los alcances de las pólizas

Debemos, ahora, dar respuesta al interrogante que planteara más arriba en el sentido de si sería justo o no, que el asegurador solicite un examen genético a las personas que quieren contratar con él un seguro de personas.

La ley Argentina emplea la palabra “arbitrariamente”, para definir a los sujetos que discriminan a otros; es decir que el acto discriminatorio se relaciona con lo injusto, ya que es allí donde se lesiona el derecho a la igualdad.

Entramos así en el campo de los derechos de la personalidad del asegurado, entendiendo que estos deben prevalecer por sobre los intereses del asegurador e, inclusive, sobre el de la comunidad de asegurados, ya que si bien sería legítimo el interés de todos y cada uno de ellos en que las primas sean los más reducidas posibles, *“a ese interés material se contraponen el personal de esos mismos asegurados en no tener que revelar su condición genética”*

Se intenta así, proteger los derechos personalísimos de los asegurados dentro de los que se encuentran el de igualdad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad. Se trata, entonces, de reconocer *“la existencia de un derecho de autodeterminación informativa que garantiza al potencial asegurado la decisión sobre la realización de un examen genético y, en consecuencia, sobre la posible utilización de los datos genéticos”*

Y esto es así ya que como lo sostiene el autor citado, siguiendo a Pérez Luño, existe un “derecho a no saber” o un “derecho al desconocimiento”. Imaginemos, por un momento que para contratar un seguro se nos exija hacernos un examen genético del cual surjan una serie de probables enfermedades genéticas, que pudieran llegar a ocasionarnos la muerte en un plazo determinado. Más allá de si ello ciertamente se producirá, podremos vivir como lo hicimos hasta el momento del examen o

Diario Ambito Financiero (Buenos Aires) , 28 de julio de 1999, pag. 18, citando al “The Independent” .

7.-Conf. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio “El Código Genético y el Contrato de Seguros”, “El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano”, Volumen III, pag. 41, Fundación BBV, Madrid 1994).

8.- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, ob. cit.).

nuestra vida cambiará sustancialmente al comenzar a sufrir probables angustias, depresiones, etc. que pueden ser mucho más graves que la muerte misma.

Es por ello que, sin lugar a dudas debe protegerse el derecho que tiene cada persona a “no tener que saber sobre sí mismo, más de lo que él mismo quiera”

Para Andrea Signorino Barbat (Uruguay) la exigencia de exámenes genéticos por parte de la empresa aseguradora es legítimo en la medida que se recabe el consentimiento del eventual asegurado, y en tanto y en cuanto “el rechazo de la aceptación del riesgo resulte plena y profesionalmente fundado”

Una posición novedosa asume Joaquín Alarcón Fidalgo cuando, hacia el futuro, habla de “la necesidad de un cambio de mentalidad”. Dice el prestigioso autor español: *“El cambio podría basarse en la cuestión de que no es que la información genética pueda ser utilizada (únicamente) para excluir de la cobertura enfermedades preexistentes o el tratamiento futuro de las mismas o para elevar las primas, sino que dichos tests pueden ser utilizados para prevenir o tratar a tiempo las enfermedades e incluso para retrasar la aparición de la contingencia asegurada.*

Esta situación se puede producir cuando cambie el escenario emocional, la sensibilidad respecto a la materia, en la que nos movemos; en aquel momento en que los tests se masifiquen, entre otras por alguna de las razones arriba reseñadas y económicamente sean atractivos, es evidente que la percepción negativa del individuo cambiará, siendo sustituido el factor emocional por el factor racional, pudiendo hacer la economía del seguro privado una enorme contribución a la humanidad a través de la prevención derivada de dichos tests.

La medicina genética jugará, a este respecto, un papel decisivo, aun cuando en estos momentos se encuentre en sus inicios; una parte de su financiación puede y debe ser a cargo de las aseguradoras; la terapia somática genética es un nuevo proceso de tratamiento en la medicina; mediante dicho procedimiento, por ejemplo, se pueden corregir e incluso sustituir funciones distorsionadas en las células humanas.

· MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, Ob. Cit.

·SIGNORINO BARBAT, Andrea, “El genoma humano y el seguros de personas”, ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Guadalajara, México, marzo de 2006.

Todas estas reflexiones nos pueden llevar a plantearnos un nuevo escenario, que no esté tan matizado por el aspecto subjetivo (el sentimiento íntimo de que se lesionan los derechos de la personalidad) como por el aspecto objetivo, es decir la convicción de la función social del seguro privado mediante la prevención de las predisposiciones del ser humano.

El test genético, no constreñido por disposiciones legales o mentalidades, puede ayudar a identificar y evaluar los riesgos que, genéticamente, rodean al individuo, haciendo un esquema de su peligrosidad; ello conllevaría investigar el impacto de esa peligrosidad en la investigación biomédica y biológica, pero también en la medicina clínica; el resultado de ello puede ser un diagnóstico mejorado o bien una detección precoz de las predisposiciones genéticas a las enfermedades. Todo ello, desde el punto de vista de la técnica aseguradora, debería entrar dentro del amplio complejo de las precauciones razonables a tomar por el asegurado para evitar la producción del daño o siniestro o bien para aminorar las consecuencias del mismo.

A efectos de fijar la reserva, es evidente que los tests genéticos, en tanto descubren el presente-futuro significan así mismo un paso de gigante, dando consistencia a la fijación de los siniestros tardíos y evitando modelos abstractos no siempre acertados

Si bien las opiniones citadas difieren sustancialmente de las nuestras, no las criticamos, ya que entendemos que la cuestión es nueva, y por lo tanto transitoria, en virtud de que los avances tecnológicos en materia genética no han todavía concluido por lo que, en el futuro, se podrá llegar a otras conclusiones diferentes.

Distinto sería el caso del eventual asegurado que ya se ha hecho un examen genético y conoce sus resultados. Aquí, entendemos que el mismo deberá informar esta circunstancia a su asegurador ya que, “*además de la buena fe, que es un elemento esencial del contrato de seguros*”, existe un deber de informar por parte del asegurado de todas las circunstancias por él conocidas, bajo apercibimientos de incurrir en **reticencia** (art. 5to. ley 17.418).

·ALARCÓN FIDALGO, Joaquín, “El Seguro de Personas y el Genoma Humano”, ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Guadalajara, México, marzo de 2006.

”HALPERIN - MORANDI, “Seguros”, pag. 50/51, editorial Depalma, 2da. edición, año 1991)

LA RETICENCIA: En la República Argentina la reticencia se encuentra legislada en los arts. 5to. a 9no. y 130 de la ley 17.418. El art. 5to. define a la reticencia como: *“Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aún hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato.....”*. El artículo 130, en relación al seguro de vida, establece que la reticencia no podrá ser alegada, por el asegurador, transcurrido tres años, desde la celebración del contrato, excepto cuando fuere dolosa. A su vez, el art. 7mo. dispone que en los seguros de vida, cuando el asegurado fuese de buena fe y la reticencia se alegase en el plazo del art. 5to. (3 meses de haber conocido la reticencia o falsedad), después de ocurrido el siniestro, la prestación se reducirá si el contrato fuese reajutable conforme el art. 6to. (el reajuste puede imponerse al asegurador cuando la nulidad fuere perjudicial para el asegurado, en la medida que el contrato fuere reajutable a juicio de peritos y se hubiera celebrado de acuerdo a la práctica comercial del asegurador).

Volviendo al tema del art. 130, debemos preguntarnos si el plazo de tres años regiría aún cuando el asegurador haya interrogado al asegurado, en el cuestionario previo, sobre si se ha realizado un examen genético y éste, ocultando la verdad, contesta que no. Entiendo que no, ya que el asegurado al contestar negativamente, ha incurrido en reticencia dolosa, y por lo tanto el plazo máximo de tres años para invocar la reticencia queda sin efecto. Como consecuencia de ello tampoco regiría la excepción dispuesta por el art. 7mo., y el asegurador podrá solicitar la nulidad del contrato.

Esta postura ha sido reafirmada por la Sala I de la Corte de Casación Francesa al decir que: *“Considerando, que para garantizar el pago de un préstamo otorgado por un banco, Gaëtan P., adhirió en 1990 a un seguro colectivo suscripto por el banco con la compañía Generali destinado a cubrir los riesgos de muerte e invalidez; que, en el formulario de adhesión él respondió negativamente a las preguntas: “¿Está afectado de una enfermedad? ¿Ha seguido o debe seguir un tratamiento regular cualquiera que sea? ¿Tiene otra cosa que agregar concerniente a su estado actual o anterior de salud?”; que para justificar el cese de su actividad laboral, a partir del 1º de marzo de 1991, y de su invalidez remitió al asegurador cuya garantía solicitó, un certificado médico que contiene la mención “seropositivo HIV después de 1989”; que*

luego demandó a la compañía Generali para que fuera condenada a tomar a su cargo la restitución del préstamo; que esta compañía, haciendo valer que el cese del trabajo fue consecuencia de la seropositividad de Gaëtan P., conocida por este último al hacerse el examen prenupcial, en agosto de 1989, reconvino por nulidad de la adhesión por reticencia o falsa declaración intencional por aplicación del artículo 113-8 del Código de Seguro; que luego de la muerte de Gaëtan P en 1993, el proceso fue retomado por su esposa.

Considerando que Mme. P se queja contra la sentencia que ataca (C. A. Rennes, 9-11-95) por haber hecho lugar a la reconvenición siendo que la seropositividad no es una enfermedad; que la Corte de Apelaciones ha violado los artículos L 113-2 y L 113-8 del Código de Seguros al considerar que su esposo, que no seguía por entonces ningún tratamiento fue culpable de reticencia o falsa declaración intencional por haber omitido, al momento de su adhesión, indicar espontáneamente su seropositividad a la compañía Generali siendo que en el cuestionario de salud sólo se le había preguntado si se sabía afectado de una enfermedad o si seguía un tratamiento particular.

Pero, considerando que la Corte de Apelaciones ha entendido que la seropositividad es una afección de naturaleza que produce consecuencias graves para la salud de quién está afectado, incluso mortales; que ha constatado que al momento de la adhesión Gaëtan P tenía conocimiento de su seropositividad por habérsela comunicado con anterioridad; que en el estado de esas enunciaciones y constataciones, ha entendido, en el ejercicio de sus poderes soberanos de apreciación, que respondiendo por la negativa al conjunto de preguntas formuladas, Gaëtan P., por reticencia o falsa declaración intencional, dejó creer al asegurador que estaba en buen estado de salud modificando la opinión del riesgo que él debía garantizar; que la Corte de Apelaciones, entonces, ha justificado su decisión.

Que, en consecuencia, el recurso no puede ser acogido.

Por estas motivaciones:

Se rechaza el recurso.

Se condena a Mme. P a las costas.

Pres. M. Lemontey; relator Mme. Marc; abogado general, Mme. Pétit; abogados M. Balat, SCP Peignot et Garreau.”.

El ejemplo es válido por cuanto la seropositividad significa sólo la posibilidad de contraer la enfermedad, más no la certeza de que ello pase.

El problema que aparece a continuación, es de qué manera deberá comportarse el asegurador frente al examen genético que le presente su asegurado. Podrá rechazarlo?; podrá cobrarle extra-prima?.

LA CUESTION EN LA LEGISLACION EXTRANJERA:

En 1989 el Estado de Arizona se convirtió en el primero en establecer cierta protección poniendo a las enfermedades genéticas bajo la prohibición de discriminaciones injustas, pero permitiendo a las aseguradoras que consideraran los riesgos genéticos que afectarían sustancialmente las predicciones actuariales.

En 1992, el estado de Florida dictó una norma a través de la cual es necesario el consentimiento informado cuando se exigen análisis de ADN. Los resultados no pueden ser revelados sin el consentimiento de la persona analizada, pero las aseguradoras tienen libertad para utilizarlos con el fin de determinar la elegibilidad y las tarifas, siempre que el analista lo revele a la persona analizada.

Unos meses después en Wisconsin se dictó lo que parece ser hasta el momento la norma más estricta. En este estado a los aseguradores y a los empleadores tienen prohibido exigir exámenes genéticos y solicitar información sobre pruebas previas. Los aseguradores no pueden condicionar la cobertura a la realización o no de una prueba genética y tampoco pueden determinar las tarifas por los resultados de las pruebas. Sin embargo, ninguna de estas restricciones es válida para las compañías de seguros de vida, las que sólo deberán comportarse razonablemente a la hora de establecer las tarifas basadas en los datos genéticos.

Aparece un contrasentido en las normas citadas, ya que se libera a los aseguradores de la prohibición de exigir pruebas genéticas o de

solicitar sus resultados, justamente en el seguro de vida que es donde la información genética adquiere mayor relevancia.

En nuestra opinión, la cuestión está relacionada con la filosofía imperante en el mundo, esto es el Posmodernismo. El filósofo español Manuel Fernández del Riesgo dice que: *“En términos generales la posmodernidad se ha ido configurando en nuestro discurso por los siguientes rasgos: mentalidad pragmático-operacional, visión fragmentada de la realidad, antropocentrismo relativizador, atomismo social, hedonismo, renuncia al compromiso y desenganche institucional a todos los niveles, político, ideológico, religioso, familiar, etc. Todo ello es, en alguna medida, consecuencia de la derrota del ideal del racionalismo iluminista y científico positivista unificadores del proyecto moderno”*.

Las normas en cuestión, comienzan realizando un declamación de los derechos de la personalidad, por sobre los intereses económicos de los aseguradores y empleadores, pero termina haciendo prevalecer los de estos últimos, sobre los de los primeros, al permitir que los exámenes genéticos puedan utilizarse para el seguro de vida. Claramente pueden observarse algunos de los caracteres de la filosofía posmoderna. El “Antropocentrismo” (doctrina que considera al hombre como centro y objeto más importante del universo) se relativiza por el interés económico de los aseguradores de la rama vida. La mentalidad “pragmático operacional” surge como consecuencia no solo de lo descripto, sino también en el “comportamiento razonable a la hora de establecer las tarifas”, que se exige a las aseguradoras, las que, seguramente, tendrán razones más que suficientes para aumentarlas. La “visión fragmentada de la realidad” aparece cuando se hace prevalecer los intereses económicos de un sector, por sobre los derechos personalísimos. Se atomiza así a la sociedad, dividiéndola en pequeños sectores, no importando las consecuencias que ello traiga aparejado.

El posmodernismo es una filosofía que impera a nivel mundial. A diario es dable observar ejemplos en donde los valores objetivos se han perdido y todos los individuos o grupos tienen “razones” que son superiores a las de los otros. Cualquiera puede decir cualquier cosa, sin tener el más mínimo conocimiento de lo que dice. Ello nos confunde y nos hace perder de vista las cuestiones que tienen que tener

(FERNÁNDEZ DEL RIESGO, Manuel “La Posmodernidad y la Crisis de los Valores Religiosos” , pag. 89, “En torno a la Posmodernidad” , Vattimo G. y otros, editorial Anthropos, año 1994)

primacía. Pendulamos de un extremo al otro y así en aras a la libertad económica, que no criticamos, se cercenan derechos de las personas hasta dejarlos prácticamente indefensos.

Como bien dice Carlos A. Gherzi “*Las relaciones jurídicas de apariencia que se generan en los años noventa -verbigracia igualdad de oportunidades- contrastan con las prácticas reales de la exclusión estructural y sistemática*”

En este contexto debemos, entonces, pensar que los derechos de la personalidad constituyen una categoría especialísima y esencial a la naturaleza del hombre, que debe estar por encima de cualquier otra.

Dentro de este último principio se inscribe el proyecto del Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Bill Clinton, que tiende a impedir a las empresas aseguradoras discriminar a personas saludables que -en base a su información genética- podrían sufrir problemas de salud a futuro. Este proyecto es del mes de julio de 1997.

Por su parte, el Código de Seguros del Estado de California prohíbe solicitar a sus clientes exámenes genéticos, sin el consentimiento escrito del afectado, sobre bases de estricta confidencialidad.

Más recientemente, en febrero de 2005, el Senado estadounidense aprobó la Genetic Information no-Discrimination Act (S-306), que prohibiría a los aseguradores, tanto individualmente como en grupo, requerir o utilizar información genética en la contratación o establecimiento de primas en seguro de salud. Este proyecto está pendiente de aprobación por el Congreso (House of Representatives, H.R. 1227¹).

En alguno países de Europa la cuestión ha dado lugar a soluciones diversas.

En primer lugar, el grupo de países en los que, a la luz del progreso que se espera en la ciencia y la tecnología y ante la ausencia, por el momento, de suficientes pruebas relevantes y precisa, se adoptó una fórmula de moratoria voluntaria sobre pruebas genéticas. La moratoria, -un período de espera antes de tomar una posición legal precisa sobre este asunto-, puede ser por un plazo fijo o por un plazo indefinido. En algunos casos, la moratoria se aplica solamente en el caso de pólizas por una suma de dinero asegurada que

¹GHERSI, Carlos A. “La Posmodernidad Jurídica”, diario La Ley, 8 de mayo de 1997, año LXI nro. 88.

²Conf.: ALARCÓN FIDALGO, Joaquín “El Seguro de Personas y el Genoma Humano”, ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Guadalajara, México, marzo de 2006.

no supere un monto máximo. Francia, Finlandia, Alemania y el Reino Unido recurrieron a este método para posponer una decisión definitiva sobre la aceptabilidad de las nuevas tecnologías. Gran Bretaña sostiene una posición especial, que más adelante se detallará .

Un segundo grupo está integrado por aquellos países que aplican el denominado “sistema de tope”; es decir, un sistema, establecido por ley o sobre la base de códigos voluntariamente adoptados, según el cual las pruebas genéticas solo se autorizarán en el caso de contratos en los que la suma asegurada supera un monto establecido. Este sistema permite al asegurador prevenir la antiselección y deja el eventual asegurado la posibilidad de hacerlo, dentro de ciertos límites, sin necesidad de revelar su condición genética. Los Países Bajos y Suecia son ejemplos del modelo según el cual las pruebas genéticas pueden utilizarse cuando se superan ciertos montos asegurados y solamente con el consentimiento de la persona interesada.

Gran Bretaña mantiene una posición especial ya que recurrió a un sistema de auto-reglamentación. En octubre de 2001, el gobierno y la ABI (Asociación de Aseguradores Británicos, por su sigla en inglés) celebraron un acuerdo que establece una moratoria de cinco años para el uso de los resultados de las pruebas genéticas en seguros de vida y en seguros por enfermedades críticas por debajo de (altos) niveles de sumas aseguradas. En el caso de los contratos que superan estas sumas, el uso continuo de los resultados de pruebas genéticas sólo podría ser aceptado con la autorización del Comité de Genética y Seguros.

Finalmente, un grupo de países prohibieron el uso de pruebas genéticas en el ámbito del seguro. Este es el caso, por ejemplo, de Austria (desde 1994), Bélgica (desde 1992,), Dinamarca (desde 1996), Francia (el Artículo 16-10 del Código Civil introduce una norma sobre estudios de características genéticas), Portugal (ley 12/2005) y Suiz^a.

En América Latina no se ha dictado prácticamente ninguna legislación, con excepción de Colombia que, a nivel penal, tipifica como delitos la clonación, la manipulación genética y la inseminación no consentida y de la República Argentina, que dictó la ley 25.326, de Protección de Datos Personales, del 30.10.2000 establece un régimen de especial protección para los datos sensibles, entre los que se hayan los datos médicos, que impiden su utilización que solo pueden ser recogidos y objeto de tratamiento cuando medien razones

^aConf.: Respuesta al cuestionario “La Influencia de los Avances Científicos y Tecnológicos en el Seguro de Personas”, realizada por la Sección Belga de A.I.D.A.

de interés general, o con fines estadísticos o científicos, en este caso debidamente disociados. Por su parte, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires cuenta con la Ley 421 de “Protección contra la discriminación por razones genéticas”, del 28 de junio de 2000, que establece la prohibición, en el ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, de la realización de estudios genéticos en exámenes pre-ocupacionales, en exámenes para obras sociales, empresas de medicina prepaga o Aseguradoras de Riesgos de Trabajo. Esta prohibición comprende a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, las comunas, los organismos descentralizados, entidades autárquicas, las empresas y sociedades del Estado o con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todos aquellos otros organismos o entidades donde la Ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

RESPUESTAS AL CUESTIONARIO DADAS POR LOS DISTINTOS PAÍSES CONSULTADOS

La Asociación Argentina de Derecho de Seguros, rama nacional de A.I.D.A., organizadora del XII Congreso Mundial de Derecho de Seguros de A.I.D.A., y relatora del tema 2, “La Influencia de los Adelantos Científicos y Tecnológicos en el Seguro de Personas”, preparó un cuestionario, como es costumbre en este tipo de Congresos, que debía ser respondido por las Secciones nacionales que integran la A.I.D.A. En materia del Genoma Humano y el Seguro de Personas, se formularon catorce (14) preguntas que fueron contestadas por los siguientes 20 países: Alemania, Australia, Bélgica, Brasil, Colombia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Francia, Grecia, Hungría, Indonesia, Italia, Japón, Paraguay, Portugal, Sudáfrica, Suiza y Uruguay. Lo que sigue, son las catorce (14) preguntas con las respuestas dadas, por cada uno de los países mencionados. La mayoría de las respuestas transcritas son textuales, según la traducción que se nos entregó, con excepción de las correspondientes a Bélgica y Grecia, que no respondieron pregunta por pregunta, sino que lo hicieron en forma global, por lo que se extrajo de las mismas, la respuesta a cada una de ellas.

1.- En su país: ¿Se ha dictado alguna legislación en relación al Proyecto Genoma Humano?. En caso afirmativo, se servirá hacernos llegar una síntesis de sus aspectos mas importantes.

1) Alemania

El 26 de noviembre de 2004, el Parlamento alemán sancionó la Ley de Ingeniería Genética (Gentechnik-Gesetz). En términos generales, persigue dos fines. Por un lado, su objetivo es proteger la vida y la salud de la gente, animales y plantas ante los peligros potenciales del uso de procedimientos y productos genéticos. Por el otro lado, la Ley constituye el marco legal para desarrollar, utilizar y promover posibilidades para la ingeniería genética.

Uno de los principales objetivos de la Ley es prevenir la contaminación genética en la actividad ganadera convencional y ecológica. Así, el productor ganadero que no controla la ingeniería genética de su campo de manera adecuada, es responsable de la contaminación de los campos libres de productos genéticos a través del polen que acarrea el viento.

1) Australia

La legislación que Australia ha introducido en relación al Proyecto del Genoma Humano hasta ahora puede resumirse de la siguiente manera:

LEY PARA PROHIBIR LA CLONACIÓN HUMANA DE 2002 -

Una Ley para prohibir la clonación humana y otras prácticas inaceptables asociadas con la tecnología reproductiva y para fines vinculados

LEY PARA PROHIBIR LA CLONACIÓN HUMANA DE 2002 – ARTÍCULO 3

Objetivo de la Ley - El objetivo de esta Ley es enfrentar los problemas, incluso los problemas éticos, causados por el progreso científico en el ámbito de la reproducción humana y el uso de embriones humanos mediante la prohibición de ciertas prácticas.

LEY PARA PROHIBIR LA CLONACIÓN HUMANA DE 2002 - ARTÍCULO 7

Anexo: La Ley sobre Tecnología Genética del 2000 es modificada según lo establece el punto 1 del Anexo 1.

LEY SOBRE INVESTIGACIONES QUE INVOLUCREN EMBRIONES HUMANOS DE 2002 -

Una Ley para regular ciertas actividades que involucran el uso de embriones humanos y fines vinculados

LEY SOBRE INVESTIGACIONES QUE INVOLUCREN EMBRIONES HUMANOS DE 2002 - ARTÍCULO 3

Objetivo de la Ley El objetivo de esta Ley es atender problemas, incluyendo problemas éticos, causados por el progreso científico en el ámbito de la reproducción humana y el

uso de embriones humanos mediante la regulación de actividades que involucren el uso de ciertos embriones humanos creados mediante la tecnología de reproducción asistida.”

1) Bélgica

Si, a través de la ley del 25 de junio de 1992 (específica para el Contrato de Seguros) y, en general a través de la firma o ratificación de Declaraciones Internacionales.

1) Brasil

En Brasil la Ley 11.105-2005 establece normas de seguridad y crea instrumentos de fiscalización sobre las actividades con organismos genéticamente modificados. (http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm)

1) Colombia

Si. El código penal Ley 599 de Julio 24 de 2000 -modificada por la ley 890 de Julio 7 de 2004 y Ley 906 de agosto 31 de 2004- en sus artículos 132,133 y 134 tipificó como delito la clonación, la manipulación genética y la inseminación no consentida. Los artículos en cuestión se transcriben en seguida:

“Art. 132. Manipulación genética. El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

“Se entiende por tratamiento, diagnóstico o investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado, de la persona de la cual proceder los genes, para el descubrimiento, identificación, prevención y tratamiento de enfermedades o discapacidades genéticas o de influencia genética, así como las raras y endémicas que afecten a una parte considerable de la población.

“Art. 133 Repetibilidad del ser humano. El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

“Art. 134 Fecundación y tráfico de embriones humanos. El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación

científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.”

Estas normas han sido bastante controvertidas; en efecto, la tipificación, sin mayor análisis, de determinadas conductas como delito, frena la investigación en áreas estratégicas del conocimiento.

Mediante la ley 208 de 1995 Colombia adhirió al “estatuto del centro internacional de ingeniería genética y biotecnología, hecho en Madrid el 13 de septiembre de 1983 el cual se relaciona, de manera específica, con la necesidad de establecer mecanismos de cooperación internacional para la investigación, el desarrollo y la capacitación en el potencial de la ingeniería genética y la biotecnología para resolver los problemas que nos obliga a enfrentar el desarrollo.”

Por lo demás, la resolución No. 008430 expedida por el ministerio de salud establece las normas científicas, técnicas y administrativas que rigen la investigación en salud.

1)Dinamarca

No, pero se aplicarán una serie de disposiciones especiales para el uso de material del Genoma Humano.

1)Francia

Francia ha firmado y ratificado la declaración de la UNESCO sobre la protección de individuos y las prácticas biomédicas. Una convención europea sobre esta cuestión se encuentra igualmente en vigor.-

1)Grecia

Grecia todavía no ha sancionado una ley especial sobre la recopilación y procesamiento de la información genética ni hay una reglamentación especial sobre pólizas de seguro. Por lo tanto, cualquier interrogante sobre este asunto puede responderse únicamente a la luz de las normas generales y decisiones sobre la recolección y procesamiento de datos personales, la constitución y las disposiciones generales aplicables a las pólizas de seguro.

1)Italia

No. Por otra parte, Italia ha participado en el Proyecto Genoma desde el año 1984 al 1994.- En efecto, desde el año 1995 , han sido suspendidas las relativas financiaciones.

1)Japón

Sí. Está prohibido transplantar clones de embriones humanos en los vientres de los seres humanos o de animales (existen penas para los casos de contravención). Se han tomado medidas para asegurar el uso apropiado de clones de embriones humanos y de embriones similares a los de los seres humanos (embriones específicos). (La guía del uso de embriones, una notificación requería antes del uso de embriones, restricciones en el uso, instrucciones para cambiar proyectos, instrucciones de inspección, de medidas y demás – existen penas para el caso de contravención).

1)Portugal

La Ley sobre información genética personal e información sobre la salud (Ley 12/2005 del 26 de enero) define el concepto de información sobre la salud y la información genética, la circulación de esta información y la intervención en el genoma humano dentro del sistema de la salud, así como las normas sobre la recolección y almacenamiento de productos biológicos con fines de evaluación o investigación.

Según las disposiciones de la Ley 12/2005, la información genética se refiere a lo siguiente:

- La información genética o información sobre la salud que incluye características hereditarias de una o más personas relacionadas entre sí o que comparten características de este tipo. La información derivada de evaluaciones parentales, estudios de cigosidad de mellizos y estudios de identificación genética con fines penales así como los estudios de mutaciones genéticas somáticas en cáncer se encuentran excluidos en esta definición.

- La información genética puede ser el resultado de evaluaciones genéticas biológicas moleculares o puede obtenerse como resultado de evaluaciones por imágenes, citogénesis, bioquímica o psicología o la simple recolección de información familiar registrada en un árbol genealógico o similar , que en sí mismo exprese la condición genética de una persona o de sus relaciones.

- La información genética pasa a ser de naturaleza médica sólo cuando tiene como fin ser utilizada en la provisión del cuidado de la salud o tratamiento médico en caso de necesidad de confirmar o eliminar un diagnóstico clínico, prenatal o de pre-implantación o en fármaco génesis. Por lo tanto, se excluye la información obtenida de pruebas para predecir la

susceptibilidad ante enfermedades comunes y evaluaciones presintomáticas para enfermedades monogénicas.

- La información genética que no tiene implicancias inmediatas para la condición de la salud, como por ejemplo los resultados de exámenes de paternidad, estudios cigóticos de mellizos, los resultados de pruebas predictivas- con la excepción de pruebas genéticas para determinar la propiedad de la medicina – y de heterocigosidad, evaluaciones prenatales o de pre-implantación no pueden ser incluidas en las historias clínicas, salvo en casos de medicina genética, en cuyo caso se llevan registros por separado.

- En el caso de las historias clínicas para los casos o servicios de la medicina genética, no se permite acceso o consulta por parte de médicos, otros profesionales de la salud o personal de otros servicios dentro de la misma institución u otras instituciones del sistema de salud si contienen información genética sobre individuos sanos.

- La información genética debe quedar sujeta a medidas legislativas y administrativas de protección que refuercen los niveles de acceso, seguridad y confidencialidad.

- El uso de la información genética es un acto que involucra al propietario de esta información y a su médico, y está sujeta a normas deontológicas sobre el secreto profesional de los médicos y otros profesionales de la salud.

- La existencia de cualquier vínculo laboral entre los médicos u otros profesionales de la salud y cualquier actividad comercial, incluyendo a las compañías de seguro, organismos profesionales o proveedores de bienes y servicios no justifica ningún tipo de reducción de la obligación de mantener la confidencialidad.

- Los ciudadanos tiene derecho a saber si las historias clínicas, archivos o cualquier tipo de dato médico o de investigación incluye información genética sobre ellos y sus familias y a saber el fin y los usos a los que dicha información está destinada como así también al plazo y la forma de almacenamiento.

1) Suiza

No por el momento; pero lo trata el texto de la Ley del 8 de Octubre de 2004 que presumiblemente entrará en vigencia al 1 de enero de 2007. Se adjunta el Proyecto de Ley Federal sobre Evaluaciones Genéticas en Seres Humanos.

Los aseguradores no tienen derecho a solicitar exámenes genéticos antes de concluir un contrato de seguro. An interdiction of examination as well as an interdiction of investigation will be stated.

1) En Ecuador, El Salvador, España, Grecia, Hungría, Indonesia, Paraguay, Sudáfrica y Uruguay no se ha dictado legislación al respecto.

2.- En su país: ¿Se ha dictado alguna legislación en relación al Proyecto Genoma Humano y el Seguro de Personas (Vida)? En su caso, se servirá hacernos llegar una síntesis de los aspectos mas importantes.

2)Alemania

En 2000, el Ministerio de Defensa Alemán conformó una comisión de trabajo con la participación de profesores de derecho y profesionales del seguro para redactor una nueva ley de Contratos de Seguro (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) que se adecue a los estándares modernos.

Después de dos años, la comisión presentó un primer proyecto (Zwischenbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts). En este proyecto, se sugiere que es demasiado temprano para pensar en normas explícitas sobre el uso de los datos genéticos en la ley de seguros. En primer lugar, se debería observar el progreso y el valor práctico de estas pruebas. Por lo tanto, en cuanto al uso de datos genéticos en seguros, aun no se ha sancionado ninguna ley.

Sin embargo, en 2004, la Asociación Alemana de Seguros (Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft, GDV) dio a conocer un trabajo en el que voluntariamente declaraba que no se debía realizar un examen genético como requisito para que un interesado celebre un contrato con una compañía de seguros (Selbstverpflichtungserklärung des GDV). Este documento del GDV es válido hasta el 31.12.2006.

2)Australia

Como parte de un análisis conducido por la Comisión para la Reforma de la Ley de Australia, se publicó el informe número 96 durante el año 2003 sobre el estado de la Información Genética en Australia bajo el título: ALRC 96 Esencialmente Suyo: La Protección de la Información Genética Humana en Australia

Este Informe refleja la ley a partir del 14 de marzo de 2003

La Parte G del informe citado anteriormente describe el uso de la información genética IOF (Information Observation Finding - Hallazgo de Información por Observación) de la siguiente forma, que ofrece un buen resumen de la posición actual de Australia.

Parte G. Seguros

25. El Uso de la Información Genética en los Seguros

Introducción

Los seguros personales en Australia

Seguros establecidos por mutuo acuerdo o a nivel comunitario

Obligación del solicitante de revelar información

Decisión de la aseguradora

Obligación de la aseguradora de brindar razones

Agentes y corredores

Actuarios y corredores de reaseguros

La información genética en los seguros

Recopilación de información general sobre la salud

Recopilación de información genética

Política de la industria sobre el uso de información genética

25. El Uso de la Información Genética en los Seguros

Introducción

25.1 La industria del seguro de Australia reviste una sustancial importancia económica. Considerando toda la gama de productos, las aseguradoras generales cobraron \$16,5 miles de millones en primas y pagaron \$11,4 miles de millones por reclamos hasta septiembre de 2002. ^[1] Durante el mismo período, las aseguradoras de vida que operan en Australia recibieron \$41 mil millones en primas y pagaron \$38,5 miles de millones en reclamos. ^[2] Durante el período fiscal 2001-2002 las aseguradoras privadas de salud cobraron \$7,2 miles de millones en ingresos por contribuciones y pagaron más de \$6,5 miles de millones en beneficios. ^[3]

25.2 El objetivo del seguro es distribuir riesgos; es decir, repartir el riesgo entre un amplio grupo de personas. El seguro proporciona un mecanismo mediante el cual las personas que pagan una determinada suma o “prima” pueden ser indemnizadas contra hechos futuros que pueden causarle una pérdida. La naturaleza predictiva de la información genética potencialmente tiene un valor muy significativo en este contexto. Las compañías de seguros, especialmente las aseguradoras de vida, recogen y utilizan los antecedentes médicos familiares desde hace más de un siglo. ^[4] Recientemente, el acceso a la

información derivada de pruebas genéticas ha atraído la atención sobre el posible uso de la información genética en la industria del seguro en Australia y en el exterior ^[5].

25.3 El temor que produce el uso de la información genética por parte de la industria del seguro fue uno de los factores que llevó a redactar esta Encuesta. Los Términos de Referencia requieren expresamente la evaluación del uso de la información genética por parte del sector de los seguros y cuestionan si es necesaria una mayor reglamentación para proteger la privacidad de dicha información y para impedir el uso discriminatorio e inadecuado de estos datos.

25.4. En respuesta a IP26^[6] (Internet Protocol - Protocolo de Internet) y al DP 66^[7], (Data Processing - Procesamiento de Datos) la Encuesta recibió una gran cantidad de presentaciones sobre seguros. Las presentaciones indicaron un alto nivel de interés en este área e identificaron algunos temas que merecen atención especial.

25.5 Este capítulo brinda información sobre los antecedentes de la industria del seguro en Australia y sobre el uso de la información genética en este ámbito. En los Capítulos 26, 27 y 28, la Encuesta examina los problemas que plantearon las respuestas y presenta varias recomendaciones para encarar esos problemas. Según surge de la Encuesta que el alejamiento de los principios fundamentales del seguro voluntario con evaluación de riesgo en base a la paridad de la información entre el solicitante y la aseguradora, no ofrece garantías en la actualidad. La Encuesta reconoce, no obstante, que existe una legítima preocupación en la comunidad sobre la manera en la que las aseguradoras utilizan o parecen utilizar la información genética. Las recomendaciones de la Encuesta apuntan a enfrentar esas preocupaciones para asegurar que el uso de la información genética por las aseguradoras sea justo, transparente, esté sujeto a una supervisión independiente, y sea consistente con la legislación sobre privacidad y evite discriminaciones.

El seguro personal en Australia

25.6 El seguro en Australia se divide generalmente en tres categorías: vida, salud y seguros generales. El seguro de vida abarca una variedad de productos, incluyendo pólizas que ofrecen un determinado pago por fallecimiento, invalidez permanente o trauma. Los seguros de salud brindan cubren gastos de internación y servicios auxiliares médicos y sanitarios. El seguro general cubre los temas no incluidos en el seguro de vida o de salud, tales como la responsabilidad del productor, viaje, práctica profesional, enfermedad y accidente.

25.7 Es posible que la información genética sea de mayor relevancia en relación a las pólizas de seguros que dependen de la recopilación y uso de información sobre el estado de salud, que requieren una evaluación del riesgo de morbo-mortalidad y que son mutuamente evaluados. [8] Este Informe se concentra en esta clase de seguros, que incluye lo siguiente: Seguro de vida por plazo determinado: Dispone el pago de una suma global convenida en caso de muerte del asegurado. De acuerdo con la Asociación de Inversiones y Servicios Financieros (IFSA - Investment and Financial Services Association), el nivel promedio aproximado de cobertura por seguros de vida por plazo determinado en Australia es de \$235.000. ^[9]

Seguro de protección de ingresos (o seguro de invalidez): dispone el pago de sumas periódicas mientras el asegurado no se encuentra en condiciones para trabajar debido a enfermedades o lesiones. De acuerdo con IFSA, el nivel promedio aproximado de cobertura por seguros de invalidez en Australia es \$3.700 por mes. ^[10]

Seguro de trauma (o crisis): dispone el pago de una suma global convenida en caso de que se diagnostique al asegurado alguna de las condiciones incluidas en una lista específica tales como ataque cardíaco, cáncer o accidente cerebro vascular dentro de un período especificado. El nivel promedio de cobertura por seguro por trauma en Australia es \$165.000. ^[11]

Seguro de enfermedad y accidente: un producto del seguro general que dispone el pago de una suma global o de pagos periódicos para cubrir las pérdidas o gastos incurridos como resultado de una lesión accidental o de enfermedad.

Seguro de viaje: un producto del seguro general que dispone el pago de sumas convenidas para cubrir pérdidas o gastos incurridos en el curso de un viaje, incluyendo gastos médicos.

25.8 La mayor parte del negocio del seguro personal de Australia se concentra en la industria del seguro de vida, ya sea como componente de la jubilación o como seguro de vida voluntario. Existen actualmente 42 aseguradoras de vida registradas en Australia, seis de las cuales son reaseguradoras. ^[12] No todas las aseguradoras de vida registradas están actualmente activas y varias no operan en el mercado evaluado en forma recíproca.

25.9 Los fondos de retiro casi siempre proveen cobertura de seguros para sus miembros por muerte o invalidez. Las primas correspondientes a los seguros incluidos en la jubilación comprenden el 87% del total de las primas de seguros cobradas por las aseguradoras de vida. Generalmente, en relación a los principales fondos de retiro, esta cobertura se dispone

en términos de aceptación automática y no es evaluado en forma recíproca. El único requisito para el ingreso es que el asegurado se encuentre en forma y en condiciones de trabajar en la fecha de comienzo. En su respuesta a la Encuesta, la Asociación Australiana de Aseguradoras de Vida y Reclamos explicó lo siguiente:

En el seguro de vida grupal, la necesidad de un reaseguro es menor debido a la legislación sobre sumas importantes y la reducida posibilidad de una elección adversa. En el caso del seguro de vida grupal, una aseguradora puede asumir los riesgos negativos, sabiendo que el conjunto de vidas aseguradas ofrece posibilidades de equilibrar la cartera y permitir rentabilidad.^[13]

25.10 No obstante, cuando una persona trabaja por su cuenta, está empleada por una empresa pequeña o desea lograr un mayor nivel de cobertura que el ofrecido por los términos de aceptación automática, el componente del seguro de retiro debe evaluarse en forma individual. El argumento de la Parte G de este Informe cubre los productos de seguros personales, evaluados en forma individual que incluyen, por ejemplo, los incluidos en el retiro. Cuando estos productos son ofrecidos por organizaciones que no están mencionadas específicamente en este Informe (por ejemplo, asociaciones de ayuda y socorros mutuos o fondos de retiro) y que no son miembros de IFSA (Investment and Financial Services Association - Asociación de Inversiones y Servicios Financieros) o de ICA (Insurance Council of Australia - Consejo de Seguros de Australia), las recomendaciones tienen como fin establecer principios fundamentales que puedan aplicarse a la aceptación de la responsabilidad del pago de las pólizas de seguros por parte de esas organizaciones, según corresponda.

Seguros evaluados individualmente y colectivamente

25.11 Es importante marcar una distinción entre los seguros evaluados individualmente y los evaluados en forma colectiva. La evaluación colectiva es la base de los sistemas de seguros de salud públicos y privados de Australia. La Ley Nacional de Salud de 1953 (Cth) establece que los contratos de seguros de salud privados deben ser evaluados colectivamente: para establecer las primas, o pagar beneficios, los fondos no pueden discriminar en base al estado de salud, raza, sexo, preferencias sexuales, o por el uso de servicios de internación o médicos, o antecedentes de reclamos generales. Si bien este riesgo es compartido por todo el consorcio de asegurados, los actuarios y los corredores de

reaseguros todavía solicitan datos sobre el estado de salud para determinar la prima total que las aseguradoras deben cobrar para cubrir el grupo.^[14]

25.12 Debido a que en este contexto se impide a las aseguradoras utilizar la información sobre la salud para evaluar el riesgo individual, el uso de la información genética en relación a los seguros de salud no plantea los mismos problemas que el uso de la información genética en relación a otros productos de los seguros personales. Por ello, el análisis y las recomendaciones de la Parte G de este Informe se centran en esos sectores de la industria del seguro que ofrecen productos evaluados en forma individual.

25.13 En los seguros evaluados individualmente, las características particulares de los solicitantes se tienen en cuenta al evaluar el riesgo que el solicitante representará en consorcio del seguro. En su presentación, IFSA consignó cuatro principios fundamentales que sirven de base para la estipulación de seguros voluntarios de evaluación individual en Australia. Estos son:

- dispersar los riesgos en grupos numerosos;
- cobrar una prima que refleje el riesgo;
- formación de consorcios con riesgos similares; e
- igual acceso a la información.^[15]

25.14 Características como la edad y el sexo de los postulantes casi siempre serán consideradas al evaluar el riesgo. Según el tipo de seguro, otros factores tales como la ocupación, estilo de vida, antecedentes médicos familiares, estado actual de salud y los resultados de pruebas genéticas pueden también ser relevantes. A fin de evaluar equitativamente el riesgo que cada postulante representa en el consorcio, las aseguradoras necesitan acceder a toda la información conocida por el solicitante que pueda ser relevante. La obligación del solicitante de revelar la información se analiza más adelante. En seguros de evaluación individual, los asegurados con riesgos similares reciben el mismo trato. El precio que los asegurados pagan por el seguro es entonces proporcional al riesgo que representan en el consorcio asegurado.

Obligación del solicitante de suministrar información

25.15 El contrato entre la aseguradora y el solicitante del seguro se incluye en la póliza. Los contratos de seguros corresponden a una categoría especial de contratos que se basa en el principio de “máxima buena fe”. Conforme a uno de los elementos de este principio, el solicitante tiene la obligación especial de brindar información conforme el “common law”

^[16] y las disposiciones de la ley ^[17] La Ley de Contratos de Seguros de 1984 (Cth) reemplaza en gran parte el “common law” sobre la obligación de suministrar información sobre el tipo de seguros de interés para la Encuesta.

25.16 El artículo 21 de la Ley de Contratos de Seguros requiere que el solicitante revele a la aseguradora toda la información que razonablemente sea de su conocimiento y que sea relevante para la aseguradora. En la práctica, el suministro de la información ocurre inicialmente cuando los interesados responden las preguntas formuladas por las aseguradoras en las solicitudes o propuestas. Esta disposición puede obligar a un solicitante a ampliar ciertos datos si las respuestas iniciales no logran satisfacer este requisito. La información revelada es utilizada en el proceso de suscripción del seguro (o evaluación del riesgo), en cuyo caso la aseguradora evalúa si aceptará la solicitud y, en tal caso, cuáles serán las condiciones.

25.17 El artículo 22 de la Ley de Contratos de Seguros requiere que la aseguradora informe al solicitante claramente y por escrito (generalmente en el folleto de la aseguradora y en la solicitud) la naturaleza y los efectos generales de la obligación de suministrar información.

25.18 La obligación general de suministrar información requiere que el solicitante provea información relevante sólo hasta el momento de la celebración del contrato. Esto suele suceder en algún momento posterior a completar la solicitud. El asegurado está obligado a revelar la información durante el proceso de suscripción del contrato sólo si una cláusula específica así lo dispone. ^[18] Debido a que se garantiza que un contrato de seguro de vida es renovable, en la práctica la evaluación del riesgo de solicitud de un seguro de vida se hace una sola vez - antes de celebrar el contrato. Los factores de riesgo, incluyendo la información genética, que el asegurado sólo conoce una vez que el contrato ha sido celebrado, no precisan ser revelados. Por otra parte, ciertas pólizas de seguros emitidas por aseguradoras generales, tales como las pólizas de enfermedad y de accidente, deben ser renovadas periódicamente (en general, anualmente) y es obligatorio presentar información relevante en cada renovación.

25.19 De acuerdo con lo establecido por la Ley de Contratos de Seguros, no se requiere que un solicitante revele información sobre ciertos asuntos, tales como aquellos que disminuyen el riesgo, son de dominio público, ya son conocidos o que deberían ser conocidos por la aseguradora en el curso ordinario de sus actividades. ^[19]

25.20 La Ley de Contratos de Seguros también dispone que en algunos casos se puede considerar que la aseguradora ha renunciado a su derecho de solicitar al interesado cierta información, por ejemplo, cuando la aseguradora no ha tomado medidas para investigar las respuestas obviamente incompletas o imprecisas presentadas por el solicitante.^[20]

25.21 La aseguradora puede alegar la falta de revelación como defensa cuando un asegurado en caso de que surja un reclamo por una póliza de seguro. En un contrato de seguro de vida, si la aseguradora puede demostrar que el asegurado dejó de informar datos relevantes, la aseguradora puede:

rechazar el contrato desde su comienzo si la falta de datos o la declaración falsa se realizó de manera fraudulenta;

rechazar el contrato dentro de los tres años, si la aseguradora no hubiera celebrado el contrato de no haber mediado la falta de datos; o

modificar el contrato dentro de los tres años sustituyendo la suma asegurada (incluyendo cualquier bonificación) de acuerdo con una fórmula establecida por ley^[21].

25.22 Para todos los demás contratos de seguros personales, si una aseguradora puede establecer que el asegurado ha dejado de presentar datos relevante, la aseguradora puede:

rechazar el contrato desde su comienzo si la falta de datos o la declaración falsa fueron efectuadas de manera fraudulenta, o

reducir el monto pagado al asegurado a la suma que colocaría a la aseguradora en la posición que hubiese tenido de no haberse producido la falta de datos o declaración falsa.

^[22] Así, en estos casos la aseguradora reduce totalmente su responsabilidad.

Decisión de la aseguradora

25.23 Las aseguradoras clasifican a los solicitantes en cuatro categorías generales de riesgo: "estándar", "no estándar", "diferido" o "denegado". Estas categorías se describen a continuación:

Aceptado en términos estándares

25.24 "Estándar" es el punto de referencia del riesgo cubierto en una póliza. Los solicitantes incluidos en el grupo estándar de riesgo no presentan factores adversos particulares que ameriten un aumento de las primas.

Aceptado en términos no estándares

25.25 Se refiere a la situación en la que se acepta la solicitud aunque sujeta a una o más de las siguientes condiciones:

Ajuste de la prima en función del riesgo: se acepta la solicitud con una prima superior al estándar. El ajuste de la prima se realiza en base a un porcentaje de la prima estándar o del aumento del dólar, en forma temporaria o permanente.

Exclusión: la póliza incluye una cláusula que enumera circunstancias en las cuales la aseguradora no prestará cobertura. Estas exclusiones pueden ser temporarias o permanentes.

Período de cobertura restringida: la póliza limita la duración de la cobertura del seguro, por ejemplo, cuando una persona puede estar en situación de riesgo al detectarse la aparición tardía de alguna enfermedad.

Suma reducida: la póliza reduce el monto que será pagado en caso de reclamo.

Diferida

25.26 Una decisión diferida significa que la aseguradora ha rechazado la propuesta del seguro en el momento de presentarla, pero ofrece al solicitante la oportunidad de reevaluar la solicitud en el futuro. Una decisión diferida se da cuando se espera que ciertos factores de riesgo disminuyan con el tiempo, por ejemplo, cuando el solicitante está sometido a un tratamiento médico por una condición que se estabilizará en el debido curso.

Rechazada

25.27 El seguro es rechazado cuando la aseguradora determina que el riesgo que el solicitante representa es demasiado alto para una prima razonablemente accesible. El seguro de vida se rechaza con poca frecuencia pero, en caso de ser rechazado, generalmente se debe al serio deterioro en la salud del solicitante o cuando su ocupación es extremadamente peligrosa.

Obligación de la aseguradora de justificar sus decisiones

25.28 La Ley de Contratos de Seguros también regula la información, notificaciones y razones que las aseguradoras deben brindar al solicitante en ciertas circunstancias. En caso de ser solicitadas, las aseguradoras deben explicar lo siguiente:

no aceptación de la solicitud de un contrato de seguros;

cancelación de un contrato de seguros;

decisión de no renovar un contrato de seguro; o

ofrecimiento de una cobertura en términos menos ventajosos para el solicitante que los términos que la aseguradora hubiese ofrecido en otro caso, en razón de algún riesgo especial o el objeto del contrato. ^[23]

25.29 Las recursos que los solicitantes tienen a disposición en caso de desacuerdo en la decisión de otorgar un seguro son limitados. El solicitante puede, en primera instancia, presentar una queja interna a la compañía de seguros. Si no se resuelve el asunto, el solicitante puede elevar una queja ante la agencia relevante; por ejemplo, ante la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades. Actualmente no existe en Australia un mecanismo de atención de quejas independiente en el ámbito de los seguros. El Servicio de Atención de Reclamos de la Industria Financiera (Financial Industry Complaints Service), que se ocupa de los reclamos vinculados a los seguros de vida, y la Insurance Enquiries and Complaints Ltd. que atiende reclamos sobre asuntos generales de seguros, no tienen competencia para tratar reclamos relacionados con las primas o con la contratación de un seguro. ^[24] Esta cuestión se analiza con mayor profundidad en el Capítulo 27.

Agentes y corredores

25.30 La Ley Modificatoria los Servicios Financieros de 2001 (Cth) (FSRA - Financial Services Reform Act 2001):

reúne a la industria del seguro de vida, retiro y seguro general bajo un régimen de licencias; establece un nuevo régimen de provisión de información para productos financieros (excluyendo las ofertas de acciones y debentures);

introduce una nueva reglamentación para el mercado; e

impone estándares de conducta para los proveedores de servicios financieros que atienden clientes minoristas.

25.31 La Ley Modificatoria los Servicios Financieros (FSRA) entró en vigencia el 11 de marzo de 2002, y otorgó un período de dos años para que los actores de la industria hicieran la transición desde su actual marco regulatorio hacia el régimen único de otorgamiento de licencias y revelación del producto exigido por la Ley. La Comisión Australiana de Valores e Inversiones (Australian Securities and Investment Commission - ASIC) es responsable de la implementación y supervisión de la FSRA. ^[25]

25.32 Los agentes y corredores de seguros actúan como intermediarios entre la aseguradora y el solicitante, asesorando y vendiendo productos de seguros por cuenta de la aseguradora, o en forma independiente. Los agentes y corredores de seguros se rigen por la

estructura de la concesión de licencias para todos los proveedores de servicios y asesoría financiera establecida por la FSRA. Generalmente, conforme a la FSRA, cada persona que asesora o vende servicios financieros, incluyendo seguros, debe:

obtener una licencia de la Oficina de Servicios Financieros de Australia (Australian Financial Services - AFS); o

representar a una entidad que tuviera una licencia AFS.

25.33 Los agentes y corredores de seguros asesoran a los solicitantes sobre una variedad de temas, incluyendo el tipo de producto que necesitan para cubrir un riesgo determinado, la elección de la póliza de seguro y la interpretación de las preguntas incluidas en la solicitud. Pueden también asistir a las aseguradoras brindándoles un informe sobre cada solicitante. Al asesorar a los solicitantes, los agentes y corredores a menudo se basan en lineamientos proporcionados por la aseguradora sobre el efecto de los factores de riesgo en la contratación de seguros. Al actuar como intermediarios entre las aseguradoras y los solicitantes, se puede requerir a los agentes y los corredores que brinden asesoramiento a los solicitantes sobre la necesidad de brindar datos genética y sus implicancias. La reglamentación de los agentes y los corredores, incluyendo condiciones de educación y capacitación, se tratan con mayor profundidad en el Capítulo 27.

Actuarios y aseguradoras

25.34 Los actuarios y las aseguradoras actúan como asesores financieros profesionales de las compañías de seguros de vida, incluso en relación al precio y las condiciones de las pólizas. Los actuarios son también asesores claves en seguros generales, retiro e inversión.

25.35 Como parte de sus roles profesionales, los actuarios confeccionan tablas “standard” para la evaluación de las primas. Las evaluaciones se fundan en las mejores estadísticas de riesgo disponibles e incluyen ajustes por gastos e ingresos. Es necesario poseer un juicio informado para establecer tarifas ya que entran en juego factores de riesgo así como factores estratégicos / competitivos. Las tarifas que determinan los actuarios para los seguros de vida por un plazo determinado dependen generalmente de factores como la edad, género y condición de fumador. Además, los índices de invalidez son una función de la clase correspondiente a la ocupación, por ejemplo, “empleados calificados o técnicos”, o “empleados no calificados”, etc. Las características del riesgo según las cuales varían las tablas para establecer las primas se denominan clasificaciones del riesgo. Los actuarios se basan en varias fuentes de datos para determinar el sistema de primas adecuado según cada

riesgos, incluyendo las estadísticas de la industria del seguro de vida de Australia, la experiencia propia de una compañía, estadísticas médicas y estadísticas internacionales.

25.36 Los productores evalúan las solicitudes de seguros y aconsejan si debe aceptarse o no y, en caso de aceptación, las condiciones que debe incluir. El productor confirma primero la clasificación estándar del índice de riesgo de la prima del solicitante, por ejemplo, “edad 25, mujer, no fumadora, empleada de oficina”. El agente de seguros puede haber cotizado una tarifa estándar en base a la clasificación inicial. El productor entonces “suscribe” el caso teniendo en cuenta otros factores de riesgo. El área “médica” cumple un rol fundamental en la etapa de evaluación del proceso de la contratación de seguros: evalúa el estado de salud actual y su proyección en el futuro. Puede incluir una evaluación de la información genética del solicitante. Otro área es la “el área no médica”, que evalúa los riesgos asociados con las ocupaciones, deportes y otros pasatiempos peligrosos.

25.37 Los corredores de reaseguros basan sus decisiones en manuales sobre contratación de seguros, que generalmente proveen las compañías de seguros. Los corredores de reaseguros también se fundan en el juicio profesional informado y, en algunos casos, en el asesoramiento especializado de médicos y de las compañías de reaseguros.

25.28 La mayoría de las compañías de seguros de Australia no reaseguran las pólizas inferiores a cierto límite monetario.^[26] No obstante, por encima de esos límites, el riesgo es compartido por las aseguradoras y las reaseguradoras para protegerse de cualquier tipo de fluctuación cuando las aseguradoras se enfrentan con múltiples reclamos en un área, por ejemplo, como consecuencia de una catástrofe de la naturaleza.

25.39 Los manuales utilizados por los actuarios, los productores y las aseguradoras están desarrollados principalmente a partir de lo recopilado por una de las seis compañías de reaseguros internacionales más grandes que operan en Australia - las “aseguradoras para aseguradoras”. La producción y actualización de los manuales de seguros es una tarea de especialistas, comercialmente delicada y costosa, que involucra la participación de especialistas médicos, actuarios, aseguradoras, genetistas y otros especialistas. Las reaseguradoras juegan un papel crítico en la formulación de los manuales básicos de seguros debido a la gran cantidad de datos que obtienen debido a que atienden diversas compañías de seguros de todo el mundo.^[27]

25.40 Si bien las compañías de seguros de Australia no producen sus propios manuales de seguros, muchos pueden adaptarlos en base a sus lineamientos internos, y todos aplican

códigos de la industria, tales como la Política de IFSA sobre Pruebas Genéticas que se analiza más adelante.

La información genética en los seguros

Esta sección evalúa el uso de la información genética en los seguros, particularmente en relación a la obligación legal de brindar información y al desarrollo de políticas de la industria con respecto al uso de datos genética en la obtención de seguros.

Recopilación de información sobre el estado general de la salud

25.42 La obligación legal de un solicitante de revelar información tiene importantes consecuencias prácticas en la contratación de los seguros personales: las aseguradoras pueden recoger y de hecho recogen gran cantidad de información de los solicitantes para determinar si aceptarán el riesgo y en qué condiciones lo harán. La información sobre el estado de salud es obtenida debido a que la investigación demuestra que las características de las personas tienen un fuerte impacto en la posibilidad de efectuar un reclamo en el futuro. ^[28]

25.43 Las aseguradoras obtienen información sobre el estado de salud del solicitante en base a las preguntas planteadas en la solicitud. Las preguntas vinculadas al estado de salud formuladas por las aseguradoras varían de acuerdo al tipo de póliza, pero típicamente incluyen preguntas sobre el estado de salud, las características físicas, el estilo de vida, los resultados de análisis médicos y antecedentes médicos personales. ^[29]

25.44 En dos casos se puede precisar mayor información: Cuando el monto de la cobertura solicitada excede el límite establecido. Las aseguradoras generalmente operan dentro de ciertos límites, tales como los publicados por la RGA (Reinsurance Company of Australia - Compañía de Reaseguros de Australia). ^[30] Estos límites tienen en cuenta numerosas variables, incluyendo el monto asegurado, el tipo de seguro, la edad y la información adicional que se busca sobre la salud (por ej. examen por un médico clínico o un especialista).

Segundo, cuando el solicitante revela condiciones médicas actuales o del pasado que exigen una investigación más profunda mediante un cuestionario, un informe del médico, o un examen médico. Las solicitudes generalmente incluyen una autorización médica estándar para otorgar a la aseguradora consentimiento escrito para obtener datos completos de la historia clínica del solicitante, incluyendo los detalles de cualquier informe clínica.

Obtención de datos genéticos

25.46 Las aseguradoras pueden también tener interés en utilizar la información genética para aceptar una solicitud de seguro personal. Esto se debe a que ciertos tipos de datos genéticos sobre la persona o su familia pueden revelar información sobre su estado de salud actual o futuro que puede, a su vez, afectar la posibilidad de que el solicitante efectúe un reclamo. Las aseguradoras pueden requerir a los solicitantes que provean los resultados de un examen genético o de los antecedentes médicos familiares.

Información de los antecedentes médicos familiares

25.47 La presentación de IFSA señaló que:

El uso de los antecedentes médicos familiares es parte integral del proceso de contratación del seguro. Los antecedentes médicos familiares han sido utilizados durante más de 100 años por la industria del seguro de vida en todo el mundo. Permiten identificar los riesgos médicos potenciales en base a la probabilidad de que el solicitante del seguro sea susceptible a ciertos riesgos debido a una conexión familiar / hereditaria con su familia inmediata.^[31]

25.48 Típicamente, las preguntas sobre los antecedentes médicos familiares intentan establecer si los miembros inmediatos de la familia (padres, hermanos y hermanas - vivos o muertos-) sufrieron enfermedades cardíacas, accidentes cerebro vasculares, presión sanguínea alta, diabetes, cáncer u otros desórdenes familiares. La información de los antecedentes médicos familiares se utiliza para evaluar la longevidad y la posibilidad de que una persona presente en el futuro una condición familiar o hereditaria.

25.48 En Octubre de 2002, IFSA realizó una encuesta entre sus miembros para determinar la importancia de los antecedentes médicos familiares para la obtención del seguro. Dieciséis aseguradoras y reaseguradoras participaron de la encuesta. Los resultados de la encuesta fueron los siguientes:

La encuesta abarcó 7.949 solicitudes de seguro de vida por un plazo determinado, cobertura por invalidez total y permanente (TPD - Total and Permanent Disability), seguro de invalidez, coberturas de traumas o combinaciones. Los antecedentes médicos familiares incidieron sobre 558 (7,39%) de las solicitudes. 349 solicitudes mostraron antecedentes médicos familiares que no revistieron importancia en la decisión de aceptar el seguro o contribuyeron a tomar una decisión favorable para la contratación del seguro (por ejemplo, aceptadas con tarifas estándar), al considerarse junto con otros datos médicos personales.

Las 209 solicitudes restantes (2,62%) dieron como resultado una decisión desfavorable (por ejemplo, por el incremento de la prima, o debido a la exclusión, suspensión o rechazo del seguro), lo cual demuestra, por lo tanto, que los antecedentes médicos familiares afectan un número extremadamente bajo de evaluaciones. En 106 casos, el resultado se atribuyó exclusivamente a los antecedentes médicos familiares, mientras que en las 103 solicitudes restantes, la calificación se basó en una combinación de antecedentes médicos familiares y en otros datos médicos y personales. ^[32]

Información de pruebas genéticas

25.50 Recientemente, la industria del seguro de vida también ha utilizado la información de pruebas genéticas para la contratación de seguros cuando es suministrada por el solicitante. La base para el uso de la información de las pruebas genéticas en la contratación del seguro fue explicada por IFSA en los siguientes términos:

La industria considera el uso de los resultados de pruebas genéticas como una parte integral de la información médica que se solicita en la actualidad, con la importante salvedad de que una aseguradora no le exigirá a un solicitante que se someta a una prueba genética.

La información médica, incluyendo el resultado de los análisis médicos, antecedentes médicos personales y familiares, y de exámenes médicos, es utilizada por los productores de seguros para conocer el estado de salud actual y posiblemente futura de una persona y, en base a ello, evaluar el riesgo que representan. ^[33]

25.51 En 2001, IFSA lanzó un proyecto de investigación para establecer el volumen de pruebas genéticas reveladas en las solicitudes de seguros de vida en Australia y el resultado de esas solicitudes. IFSA comisionó al Instituto de Actuarios de Australia la realización de una encuesta, por seis meses, con todas las compañías de seguros de vida que venden seguros de vida por plazo determinado, seguros de invalidez total y permanente, seguros por traumas, seguros de invalidez, y seguros de gastos empresarios en Australia. [34]

25.52 La cantidad de solicitudes recibidas por las aseguradoras de vida de Australia que involucraron pruebas genéticas es bajo. La Tabla 25-1 muestra las enfermedades genéticas por las cuales se suministraron resultados de pruebas genéticas durante los dos años de la encuesta. Durante los primeros cuatro períodos informados (finalizados el 31 de mayo de 2001, el 30 de noviembre de 2001, el 31 de mayo de 2002 y el 30 de noviembre de 2002) las aseguradoras recibieron un total de 235 solicitudes que incluyeron el resultado de una prueba genética, de las cuales se evaluaron 211. De estas 211 solicitudes, se otorgaron 98

seguros en términos estándares, 58 fueron otorgado en términos no estándares, 26 fueron diferidas y 29 fueron rechazadas. De las 113 solicitudes que fueron aceptadas en términos adversos – con condiciones no estándares, diferidas o rechazadas - la razón principal fue el resultado de la prueba genética en 27 casos (24% de los casos adversos) y, en 69 casos (61% de los casos adversos), otras razones médicas fundaron la decisión.

Tabla 25-1 Resultados de pruebas genéticas en solicitudes de seguro
(30 de noviembre de 2000 al 30 de noviembre de 2002)

Enfermedad o padecimiento evaluado	Cantidad de solicitudes
Hemocromatosis hereditaria	170
Enfermedad de Huntington	22
Cáncer de mama	10
Fibrosis quística	8
Factor V Leiden	5
Distrofia miotónica	4
Poliposis adenomatosa familiar	3
Cáncer colorrectal	2
Enfermedad poliquística del riñón	2
Síndrome de Marfans	1
Cáncer colorrectal hereditario no polipósico	1
Neoplasia endócrina múltiple	1
Enfermedad dental de Charcot-Marie	1
Mutación del gen de la protrombina	1
Epidermólisis bulosa	1
Enfermedad de Tay Sachs	1
Ataxia espinocerebelar	1
Esclerosis tuberosa compleja	1
<i>Cantidad total de solicitudes</i>	235

Fuente: Datos obtenidos por el Instituto de Actuarios de Australia y suministrados para la Encuesta de IFSA.

25 Para colocar estas cifras en perspectiva, de acuerdo con las estadísticas recogidas por ASIC y ofrecidas a la Encuesta realizada por IFSA, durante el año calendario finalizado el

31 de diciembre de 2001, aproximadamente 1,23 millones de nuevas pólizas fueron emitidas por los aseguradores de vida en Australia (excluyendo los productos de vida colectivos).

Política sobre el uso de datos genéticos

25.54 Antes de 1995, la industria del seguro de vida de Australia no contaba con una política sobre el uso de información genética para la obtención de un seguro. A mediados de la década de los años 90s, la predecesora de IFSA, la Asociación de Inversiones y Jubilaciones, desarrolló un anteproyecto sobre pruebas genéticas que fue puesto a consideración de sus miembros en junio de 1997.

25.55 En febrero de 1999, IFSA publicó un anteproyecto consensual sobre política de la industria que fue presentado ante la Comisión Australiana del Consumidor y la Competencia (ACCC). IFSA solicitó a ACCC autorización para varias cláusulas que podían interpretarse como anticompetitivas.^[35] Esto se debía a que el anteproyecto impedía que las aseguradoras competir por precio en la medida en que se prohibía el “riesgo preferido”. En apoyo a su solicitud, IFSA sugirió que el objetivo principal del anteproyecto fuera verificar que las aseguradoras no realizaran pruebas genéticas. El anteproyecto se había encuadrado de este modo para impedir cualquier coerción indirecta para la realización de una prueba genética respetando, así, el “derecho a no saber” del solicitante acerca de una enfermedad o una predisposición genética.

25.56 La Ley de Prácticas Comerciales de 1974 (Cth) dispone que la ACCC puede otorgar una autorización si se cumple que cualquier aspecto anticompetitivo de los arreglos o de la conducta es superado por los beneficios públicos surgidos de los arreglos o de la conducta.

^[36] En noviembre de 2000, la ACCC otorgó a IFSA una autorización por dos años, señalando la instauración de esta Encuesta, “los complejos asuntos involucrados”, y la necesidad de proporcionar un “espacio para respirar” durante el cual estos asuntos pudieran debatirse y desarrollarse la política de gobierno. La ACCC arribó a la conclusión que:

Asegurar que los miembros de IFSA no pidan que los solicitantes de seguros se sometan a pruebas genéticas y que los solicitantes no sean indirectamente influenciados para someterse a dichas pruebas, probablemente resulte en un beneficio para el público. En particular, la Comisión considera que existe un beneficio público al evitar la coerción iniciada por la aseguradora para someterse a pruebas genéticas.^[37]

25.57 Desde la autorización de ACCC, IFSA continuó desarrollando el anteproyecto y lo ha concretado en un estándar para la industria (Estándar 11.00 de IFSA - Política de Pruebas Genéticas). En diciembre de 2002, al expirar la autorización inicial de dos años, la ACCC otorgó una autorización interina en relación a las cláusulas relevantes que tendrá vigencia hasta que la ACCC presente su anteproyecto para su consideración. En ese momento, la ACCC reconsiderará la autorización interina.

25.58 El objetivo de la Política de IFSA sobre Pruebas Genéticas es especificar los estándares para el manejo de los resultados de estas pruebas genéticas que serán adoptados por las aseguradoras de vida en la conducción de sus empresas.^[38] No existe una política equivalente en relación al sector de los seguros generales. La política de IFSA no se extiende a la información genética obtenida de los antecedentes médicos familiares. Los elementos claves de la Política de IFSA sobre Pruebas Genéticas son los siguientes:

Las aseguradoras no iniciarán ninguna prueba genética sobre los solicitantes de seguros.

Las aseguradoras pueden solicitar que todos los resultados de pruebas genéticas existentes se pongan a disponibilidad de la aseguradora con el objeto de clasificar el riesgo.

Las aseguradoras no utilizarán las pruebas genéticas como base para “obtener el seguro del riesgo preferido” (ofreciendo una póliza a una prima inferior a la prima estándar).

Los miembros deben proporcionar a sus empleados y representantes autorizados suficiente información y capacitación de modo que comprendan el contenido y significado del Estándar por cuanto se relaciona con sus trabajos y responsabilidades particulares.

Las aseguradoras verificarán que los resultados de pruebas genéticas existentes se obtengan únicamente con el consentimiento escrito de la persona examinada.

Los resultados de una prueba genética sólo serán utilizados en la evaluación de una solicitud de seguros con respecto a la persona a quien se le practicó el examen.

Las aseguradoras verificarán la aplicación de estrictos estándares de confidencialidad en el manejo y el archivo de los resultados de pruebas genéticas.

Las aseguradoras presentarán sus razones para modificar o rechazar a los solicitantes con relación a nuevas solicitudes o pedidos de aumento en pólizas existentes.

Las aseguradoras implementarán un sistema competente y eficiente de resolución de disputas para atender las quejas que surjan en relación a la decisión de otorgar una póliza que involucren resultados de una prueba genética. [39]

25.59 La Política de Pruebas Genéticas es un estándar interno de la industria controlada por IFSA. El cumplimiento de esta política es responsabilidad de cada compañía aseguradora miembro de IFSA. Las compañías asociadas deben certificar anualmente el cumplimiento con la política de acuerdo con los términos del Código de Conducta y el Código de Ética de IFSA. ^[40] El Código de Conducta expresa que en caso de incumplimiento, el Directorio de IFSA puede imponer diversas medidas disciplinarias incluyendo la censura pública o privada y la suspensión o terminación de la membresía de IFSA. No obstante, como IFSA no es un regulador, el control se realizará con “formalidades mínimas”. La Política de Pruebas Genéticas desarrollada por IFSA se analiza con mayor profundidad en los Capítulos 26, 27 y 28.

2) Bélgica

En los registros, Bélgica sería el primer país europeo que sanciona una ley sobre la genética y el seguro. En no menos de dos lugares diferentes, la Ley Belga del 25 de junio de 1992 sobre contratos de seguros no marítimos (en adelante, “Ley de Contrato de Seguro”) prohíbe totalmente la comunicación de datos genéticos. El Artículo 5 de esta Ley, que presenta sobre diferentes normas sobre la obligación del interesado de describir en forma precisa y correcta el riesgo al momento de formalizar el contrato, establece claramente que “no se pueden transmitir datos genéticos”. Y el artículo 95 de esta Ley, que trata sobre el seguro de personas en mayor detalle, dispone que las exámenes médicos, necesarias para la formalización y ejecución del contrato “*pueden depender solamente de la anamnesis del estado de salud del candidato en ese momento y no sobre técnicas de investigación genética que sirvan para predecir el futuro estado de salud*”.

La formulación de esta prohibición legal es tal que cubriría la información genética de otras personas como, por ejemplo, la ascendencia. La Ley de Contrato de Seguro de Bélgica no hace mención de pruebas genéticas sino que se limita a prohibir toda comunicación de los resultados genéticos. Esta norma debe ser interpretada como disposición de que el asegurador no puede imponer la realización de ningún tipo de examen genético.

La posición de la legislación de seguros belga es comparable con la de, por ejemplo, Austria, en cuanto no sólo los aseguradores deben abstenerse de solicitar información genética al interesado sino que los interesados en contratar un seguro no pueden presentar resultados favorables de exámenes con el fin de obtener primas más bajas o condiciones

más favorables. El interesado en un seguro no puede presentar información genética espontáneamente. El uso de la información genética está prohibido aun en circunstancias en las que favorezcan al asegurado.

Como la prohibición fue introducida en la Ley de Contrato de Seguro sobre la base de una iniciativa parlamentaria que logró rápido acuerdo del Gobierno, los trabajos parlamentarios preparatorios no ofrecen mayor justificación para la nueva norma. La doctrina legal ofrece una serie de consideraciones.

La oposición contra la posibilidad de ofrecer a los aseguradores el derecho de requerir u obtener información genética llega, en primer lugar, del sector médico. En su opinión, sería injusto imponer al interesado la obligación de informar a su asegurador su perfil genético ya que esta obligación desalentaría la presentación de exámenes por razones médicas o científicas. Aunque este razonamiento podría no ser argumento suficiente contra el derecho del asegurador de imponer una evaluación genética, otro argumento médico rechaza el sometimiento de una persona a un examen de este tipo. Los datos genéticos, se dice, son diferentes de otros datos médicos en cuanto la información genética puede presentar altos riesgos para la salud física y mental del paciente. Si la evaluación genética no representa un riesgo en sí misma, confrontar a un paciente con esta información podría serlo. En este contexto, se destaca que “*primum non nocere*” es la primera función de quien presenta el diagnóstico. Además, hay diferencias objetivas entre los datos médicos y los genéticos. Los primeros no pueden (al menos por el momento) modificarse y no pueden ser tratados, influenciados o evitados mientras es posible hacerlo en el caso de (la mayoría de) los datos médicos, que es la función principal de quien los diagnostica. Además, los datos genéticos nunca son estrictamente personales.

Siguiendo los argumentos médicos, se invoca una serie de sólidos fundamentos jurídicos. Según el pensamiento jurídico de Bélgica, el principal argumento se desprende de la protección de la privacidad. El perfil genético, sostienen, es parte del “santuario” interior de cada persona, que no debe ser compartido con terceros. Además, “el derecho a no saber” puede ser considerado un derecho de la personalidad, especialmente cuando se trata de cuestiones de salud que no tienen cura, al menos no *hic et nunc*.

El argumento fácilmente adquiere otra forma jurídica, en términos de discriminación (aunque este enfoque no estaba tan presente en la línea de pensamiento jurídico de Bélgica). Las características genéticas, sostiene el argumento, son, como en el caso de la

raza o el sexo, criterios que no pueden conducir a un tratamiento diferente, salvo en circunstancias excepcionales y bien definidas. En este sentido, se resalta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Un problema interesante es establecer hasta dónde el criterio que sostiene el perfil genético es comparable o difiere de otros como la raza y el sexo.

Sin embargo, el principal argumento a favor de reducir el acceso de los aseguradores a las evaluaciones genéticas y, en general, a la información genética, se basa en lo que me gustaría denominar consideraciones de política social. Tanto las normas sobre la protección de la privacidad como la no discriminación conducen a la decisión política de instalar una forma de solidaridad entre aquellos que se consideran genéticamente favorecidos y aquellos que no lo son. Al negar a los aseguradores el acceso a información predictiva sobre los datos genéticos, esta forma de solidaridad se instala silenciosamente y hasta inconscientemente en los miembros de la población asegurada. Los mecanismos de esta “solidaridad redistributiva” se explican brevemente más adelante.

Volviendo a la situación actual de la legislación belga y como conclusión, la prohibición radical de la comunicación de datos genéticos representa un método de “solidarización” del riesgo genético; es decir, obliga a los asegurados de compartir el riesgo. Este enfoque es fantástico en un sistema jurídico en el cual el deber principal del interesado es informar al asegurador, de manera correcta y completa, el alcance del riesgo y su naturaleza. Sin embargo, por motivos médicos o sociales así como jurídicos, la posición es perfectamente válida y justificable.

2)Dinamarca

No, la prohibición se aplica en el caso de solicitudes presentadas por compañías de seguros en las que requieren, reciben o utilizan información genética de una persona para establecer la posibilidad de que desarrollen o contraigan ciertas enfermedades. Además, se prohíbe exigir exámenes para obtener este tipo de información.

2)Francia

Los tests genéticos están prohibidos (artículo 1141-1 del Código de la salud pública. Artículo L.133-1 del Código de seguros).-

Toda cuestión de los aseguradores sobre los genomas está prohibida, incluso con el acuerdo del asegurado; los aseguradores no tienen el derecho de tarifar el riesgo sobre la base de los resultados de un test genético.-

2)Grecia

El asegurado debe declarar cualquier cuestión que pueda ser decisiva en la evaluación del riesgo y responder al asegurador todo interrogante relevante. Sin embargo, cabe mencionar que “los datos genéticos”, que según la Autoridad Helénica de Protección de los Datos (“HDPA” por su sigla en inglés) se refiere a los datos correspondientes a los portadores de la información genética dentro de una línea individual o genética, que se relacionan con cualquier aspecto de salud o enfermedad, sean estas características posibles de definir / identificar o no, se consideran “datos sensibles”; su recopilación y procesamiento dependen de circunstancias especiales y condiciones de seguridad (L. 2471/97). Según la ley mencionada, la recolección y procesamiento de datos sensibles está básicamente prohibida. Como excepción, se podría permitir cuando el sujeto ha prestado su consentimiento por escrito, salvo que dicho consentimiento haya sido obtenido de una manera contraria a la ley o las buenas costumbres o cuando la ley establece que el consentimiento otorgado no puede suspender la prohibición relevante. "El consentimiento del sujeto de los datos" se refiere a cualquier indicación de voluntad otorgada, explícita y específica, por el cual el sujeto acepta, de manera expresa e informada el procesamiento de sus datos personales. No se puede establecer que la mera aceptación de un acuerdo de concesión preelaborado cubra los requisitos impuestos por ley. En una decisión sobre el derecho de las autoridades investigativas de realizar una prueba de ADN al sospechoso de haber cometido un delito con pena de muerte, la HDPA estableció que la definición del perfil de una personalidad a través del análisis genético viola el valor del ser humano, valor protegido como derecho constitucional, y el libre desarrollo de la personalidad, cuya manifestación especial es el derecho a la autodeterminación informativa.

La naturaleza drástica de la intervención, en el caso del análisis genético, debido al rico contenido del material genético, debe ser tenida en cuenta a fin de definir las circunstancias específicas de su obtención y procesamiento. La metodología y el marco práctico del proceso deben cumplir los principios de protección de la personalidad y valor de los seres humanos así como el principio de la proporcionalidad, crucial para el mantenimiento del equilibrio entre los derechos afectados y el interés público que se persigue. Cualquiera sea el caso, el análisis del material genético con fines preventivos debería quedar excluido. Además, la HDPA estableció que el procesamiento innecesario de los datos personales para alcanzar el fin perseguido no es legítimo aun cuando el sujeto de los datos haya prestado su

consentimiento según el inciso 1 del artículo 5 o el punto (a) del inciso 2 del artículo 7 de la Ley 2472/97 porque el consentimiento en sí mismo no autoriza actos de procesamiento contrarios al principio del fin y la necesidad (decisión N° 510/17/15.05.2000 de la Autoridad). En caso de que una persona legítimamente reúna y procese material genético, debería tener la obligación de destruirlo una vez cumplido el fin buscado. Por lo tanto, consideramos que la recolección y procesamiento de la información genética en el caso de los contratos de seguro se encuentran prohibidos en este momento.

2)Portugal

El artículo 12 de la Ley 12/2005 establece las normas sobre la evaluación genética y el seguro:

- Las compañías de seguro no pueden solicitar ni utilizar ningún tipo de información genética con el fin de rechazar un seguro de vida o establecer primas más elevadas.
- Las compañías de seguro no pueden solicitar a sus clientes potenciales la realización de pruebas genéticas con el fin de otorgar un seguro de vida o salud u otros.
- Las compañías de seguro no pueden utilizar información genética obtenida de pruebas genéticas realizadas por clientes actuales o potenciales con el fin de otorgar un seguro de vida o salud u otros fines.
- Los aseguradores no pueden exigir o utilizar datos genéticos obtenidos o registrados en generaciones anteriores de los miembros de una familia con el fin de rechazar una póliza o establecer primas más elevadas o con otros fines.

2)Suiza: la legislación entrará en vigencia en enero de 2007.

2) En Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Hungría, Indonesia, Italia, Japón, Paraguay, Sudáfrica y Uruguay, no se ha dictado legislación al respecto.

3.- En su país: ¿Existe legislación específica respecto de la discriminación?. En caso afirmativo: ¿la discriminación por caracteres genéticos se encuentra incluida en la misma?

3)Alemania

En Alemania, varias normas prohíben la discriminación sexual y discapacidad en la ley civil y laboral. Sin embargo, no hay ley alguna sobre la discriminación por características genéticas.

3)Australia

Existe legislación sobre discriminación en Australia. (Ver “Respuesta: H3 La legislación de Australia sobre Derechos Humanos y la Igualdad de Oportunidades”). No obstante, esto no se aplica a la discriminación por características genéticas. El Informe ALRC del 96 encaraba el tema en los párrafos 25.58 y 25.59 consignados anteriormente.

3)Bélgica

Sí.

3)Brasil

No existe legislación que prohíba discriminación por caracteres genéticos.

3)Colombia

Sí. La constitución política proscribela discriminación en sus artículos 5º, 13, 16, 43 y 44 entre otros. A continuación se transcriben los artículos pertinentes.

“Artículo 5 – “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”

Artículo. 13 - “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que ellas se cometan.”

Art. 43 La mujer y el hombre tiene iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

Art. 44 Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no

ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Ahora bien, los desarrollos jurisprudenciales que reiteran la prohibición de la discriminación han sido diversos y han tenido relación con el alcance del principio de la igualdad, con la identificación de los criterios de diferenciación, con los derechos de la mujer y los derechos de los niños, entre otros. La prohibición de una discriminación derivada de caracteres genéticos no se encuentra consagrada de manera expresa, pero, sin lugar a dudas, existen elementos interesantes que permitirían extenderla a éstos aspectos.

En efecto, Colombia reformó su constitución en el año de 1991 y el derecho privado viene sufriendo un proceso de constitucionalización, entre otras razones, porque se consagró la acción de tutela como una institución que permite hacer efectivos los mencionados derechos, y de manera expresa, la supremacía de los preceptos constitucionales en relación con las normas de derecho positivo.

Así importa reseñar la sentencia de la sala segunda de revisión de la Corte Constitucional de noviembre 6 de 2001 en la cual obró como ponente el magistrado Alfredo Beltrán Sierra, pues aunque no se pronunció de manera específica sobre el uso de las pruebas genéticas, sí se obligó a una aseguradora a aceptar el riesgo de un solicitante de un seguro privado de vida portador del virus de SIDA y a tarifar como si se tratara de un riesgo estándar, al tutelar el derecho a la vivienda como un derecho fundamental. A continuación se transcriben los apartes de la mencionada sentencia que se consideran pertinentes¹:

"Problema jurídico ¿Existe vulneración del derecho a la vivienda digna en conexión con el derecho a la igualdad, cuando un compañía de seguros niega el amparo de vida solicitado por quien obtuvo un subsidio de vivienda por parte del Estado, fue favorecido por el otorgamiento de un crédito, suscribió escritura de compraventa de un inmueble y la

hipoteca respectiva, y, al solicitar el seguro informó ser poseedor asintomático del virus de inmunodeficiencia humana VIH? Si.

Tesis

“(..) La efectividad de la tutela respecto a la petición de una persona para que su vivienda sea digna dependerá de las condiciones jurídico-materiales del caso concreto. ... Dentro de este contexto, para saber si existe vulneración del derecho a la vivienda digna en conexión con el derecho a la igualdad, es necesario analizar si la razón por la cual se niega la expedición de la póliza de vida tiene un fundamento, o si por el contrario carece de respaldo constitucional, pues lo único que se pretende es desconocer los derechos de los demandantes. ... Esta conducta asumida por la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, pues no se puede concebir bajo ningún argumento que el ser portador asintomático de VIH, sea una exclusión para adquirir un seguro de vida. No hay ninguna disposición legal, que así lo contemple y de existir dicha disposición desconocería los postulados constitucionales. Las normas contenidas en el Código del Comercio, señalan que toda persona tiene interés asegurable en su propia vida, en la de las personas a quienes puedan legalmente reclamar alimentos y en la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico aunque este no sea susceptible de evaluación cierta ... Igualmente, para tomar un seguro de vida, no es necesario realizar un examen médico pues, únicamente se exige que el tomador declare sinceramente los hechos o circunstancias que determinen el estado de riesgo ... Precisamente, aquí la buena fe de los demandantes al declarar voluntariamente que son portadores asintomáticos de VIH, se constituyó en este caso en un motivo de rechazo, hecho que no puede ser avalado por esta Corporación, debido a que de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos ... todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra toda discriminación. ... En el caso de la suscripción de una póliza de vida, se parte de un supuesto y es que cualquier póliza que se suscriba, se encuentra sometida a un hecho cierto e indeterminado cual es, la muerte del tomador o asegurado, razón por la que aunque existan niveles probables de vida, no se puede tener la certeza de cuando se producirá el deceso del tomador del seguro. Por tanto, no es jurídicamente admisible que se niegue la suscripción de la póliza de vida, a una persona asintomática de virus de inmunodeficiencia humana, bajo el argumento que dicha persona va a morir mas

rápido que otra que no tenga esa condición, porque ello resulta discriminatorio y en consecuencia violatorio de la Constitución Política ..². Es claro, entonces que no hay ninguna razón que justifique la decisión de la Aseguradora demandada de no expedir el seguro de vida solicitado por los demandantes, por cuanto si bien la Aseguradora Solidaria de Colombia, se encuentra amparada por la autonomía de su voluntad en las relaciones contractuales, esta autonomía, no puede constituirse en un abuso de su posición en detrimento de los derechos de quien acude a ella. De aceptar esta Sala, que la aseguradora acusada puede dejar de suscribir un seguro de vida, bajo el argumento de que la persona que lo solicita padece del virus de inmunodeficiencia humana, sería como aceptar toda forma de discriminación, desconociendo los preceptos constitucionales y las normas contenidas en el derecho internacional, como quiera que si se admite este tipo de exclusiones, muy seguramente, en el futuro tendría que admitirse que quien es portador de VIH, va a ser excluido de todo tipo de negocio, inclusive se puede llegar a decir que quien es portador del virus no puede trabajar, asistir a un centro educativo, tener un contrato de salud, o emplear un medio de transporte, pues estas actividades se derivan al igual que la actividad aseguradora de un negocio jurídico en donde las partes contratantes tienen que expresar su consentimiento, consentimiento que no puede tener como fundamento la discriminación.”³ C.Co. art. 1137; C.Co. art. 1158; Declaración universal de los derechos humanos art. 7; C.Po. art. 13

“ De aceptar esta Sala, que la aseguradora acusada puede dejar de suscribir un seguro de vida, bajo el argumento de que la persona que lo solicita padece del virus de inmunodeficiencia humana, sería como aceptar toda forma de discriminación, desconociendo los preceptos constitucionales y las normas contenidas en el derecho internacional, como quiera que si se admite este tipo de exclusiones, muy seguramente, en el futuro tendría que admitirse que quien es portador de VIH, va a ser excluido de todo tipo de negocio, inclusive se puede llegar a decir que quien es portador del virus no puede trabajar, asistir a un centro educativo, tener un contrato de salud, o emplear un medio de transporte, pues estas actividades se derivan al igual que la actividad aseguradora de un negocio jurídico en donde las partes contratantes tienen que expresar su consentimiento, consentimiento que no puede tener como fundamento la discriminación”.

“Por consiguiente, habrá de concederse la protección solicitada, pues en el caso objeto de revisión, la única negativa de la aseguradora para no expedir la póliza de vida, además de

ser discriminatoria, impide que los actores puedan adquirir su vivienda, y aquí este derecho adquiere el carácter de fundamental al estar íntimamente relacionado con otros que son de esta naturaleza, tales como la vida, la igualdad y la dignidad de quien acude a esta instancia judicial”.

“Los actores tienen derecho a vivir, en una vivienda digna, con dignidad, mas aún, dadas las circunstancias especiales en las que se encuentran, por cuanto puede considerarse que para ellos acceder a una vivienda de interés social, vivienda que precisamente pretende proteger a la población mas pobre y vulnerable, es como obtener la protección a un mínimo vital en materia de vivienda”.

“En consecuencia, se revocará el fallo proferido el tres (3) de agosto de 2001, por el Juzgado (13) Trece Civil del Circuito de Cali -Valle y en su lugar, se concederá la protección solicitada por los demandantes, ordenando a la Aseguradora Solidaria de Colombia que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, expida en condiciones de igualdad, la póliza de vida que requieren los actores, a fin de que ellos puedan adquirir su vivienda de interés social”.

“Igualmente, se enviará copia de esta sentencia a la Superintendencia Bancaria, a fin de que vigile que la suscripción del seguro de vida reclamado por los actores se realice respetando sus derechos fundamentales.”

La sentencia en cuestión ha sido bastante controvertida. Las voces en contra advierten que las normas del derecho público de seguros obligan a tarifar en función del riesgo. La tarifación en función del riesgo permite consolidar los recursos requeridos para asumir el pago de las pérdidas. El cobro de una prima en función de la probabilidad es legítimo; se advierte que se trata de una discriminación legítima, es condición de la mutualidad, del papel mismo del seguro como mecanismo de dispersión del riesgo. Por lo demás, en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad que rige las relaciones con el derecho privado esta proporcionalidad en el cobro de la prima es compatible con la existencia de manuales de suscripción de riesgos y una clasificación acorde con el nivel de exposición a los mismos en el que el comportamiento sexual u homosexual sea un factor considerado para evaluar el riesgo aceptándolo, rechazándolo o proponiendo alternativas de aseguramiento como por ejemplo la de rechazar el riesgo en el ramo de vida o la exclusión de cualquier tratamiento relacionado con HIV positivo, en los de salud.

3)Dinamarca

En general, se prohíbe el trato diferencial entre hombres y mujeres por motivo raza, color u origen étnico, religión u orientación sexual. La prohibición incluirá, según el caso, diferencias genéticas.

3)Ecuador

No está regulado el Proyecto Genoma Humano. Existe, eso sí, adhesión al convenio mundial.

3)El Salvador

Sí existe legislación específica respecto a la discriminación, tanto en nuestra norma suprema, la Constitución como en leyes secundarias. A pesar de que ninguna legislación hace referencia específica a la discriminación por caracteres genéticos, ésta sí se puede entender incluida en dichas disposiciones

3)España

El Código Penal tipifica como delito contra los derechos de los trabajadores la discriminación grave contra una persona, en su entorno laboral, por razón de sexo, raza o etnia, enfermedad, orientación sexual, etc.

Con carácter general la Constitución Española establece el derecho a la igualdad.

3)Francia

El Código Penal (artículo 225-1) prohíbe toda discriminación basada en los caracteres genéticos.-

3)Grecia

Si existe legislación en relación a la discriminación en general. Respecto de la discriminación genética la misma estaría protegida a través de la opinión 15/2001 y a través del art. 4 de la ley 2472/97.

3)Hungria

Si existe legislación al respecto y de la misma puede deducirse que incluye la discriminación genética.

3)Indonesia

No, no existe legislación específica respecto de la discriminación genética.

3)Italia

No. A los efectos del artículo 11 de la Convención sobre los derechos del hombre y sobre la biomedicina firmada en Oviedo el 4 de abril de 1997, incluida en Italia con la ley del 28 de

marzo de 2001, N° 145, está prohibida toda forma de discriminación en lo atinente a una persona a causa del patrimonio genético.

A este último respecto, todavía se está a la espera de la emanación de los decretos legislativos necesarios para la adaptación del ordenamiento/ organización jurídica italiana.

3)Japón

No, no existe legislación específica respecto de la discriminación genética.

3)Paraguay

No, no existe.

3)Portugal

La Ley 12/2005 (Artículo 11) establece el principio de no discriminación:

- Ninguna persona sufrirá perjuicio alguno a causa de una enfermedad o herencia genética.
- Ninguna persona será discriminada a causa de los resultados de evaluaciones de heterocigosidad, pruebas presintomáticas o pruebas genéticas de diagnóstico, incluyendo las evaluaciones realizadas para la obtención o mantenimiento del empleo, evaluaciones para la obtención de un seguro de vida o médico, acceso a la educación o aquellos estudios realizados en procesos de adopción, con participación del adoptado o de los padres adoptantes.
- Ninguna persona será discriminada por negarse a someterse a un examen genético, especialmente en relación a su derecho a recibir tratamiento médico o psicológico o a realizar una consulta genética.
- Se garantiza igual acceso a las consultas genéticas y exámenes genéticos, con debida excepción de aquellas poblaciones afectadas por una enfermedad o enfermedades genéticas determinadas.

3)Sudáfrica

Si. Según el artículo 9(3) a 9(5) de la Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 108 de 1996, ninguna persona puede sufrir discriminación directa o indirecta por una o varias de las siguientes causas: raza, género, sexo, embarazo, estado civil, origen étnico o social, color, orientación sexual, edad, discapacidad, religión, conciencia, creencia, cultura, idioma o nacimiento. Cualquier forma de discriminación se considera injusta salvo que se establezca lo contrario.

En caso de que no exista discriminación según los términos de la Constitución, la determinación de tarifas depende del acuerdo entre el potencial asegurado y el asegurador

sobre la tarifa de la cobertura, en base a los potenciales riesgos del asegurado y circunstancias específicas.

Además, según lo dispuesto en el artículo 12(2), toda persona tiene derecho a su integridad física y psicológica lo que incluye tomar decisiones respecto de la reproducción, el derecho a la seguridad y control del cuerpo, y a no ser objeto de experimentos médicos o científicos sin previo consentimiento informado.

3)Suiza

Existe legislación sobre discriminación en general, pero no incluye la genética.

3)Uruguay

Existen diversas leyes que refieren a la discriminación, como ser la 17.817 que crea la Comisión de discriminación, xenofobia y racismo, declarándola de interés nacional. Esta ley define lo que se entiende por discriminación, dando un concepto amplio de la misma, aunque sin mencionar expresamente la discriminación por caracteres genéticos. Resulta pues dudoso que dicha discriminación se encuentre incluida en la ley. *

Otras leyes refieren a la discriminación en la enseñanza (ley 17.724 que aprueba la convención de la UNESCO al respecto), a la discriminación de la mujer (ley 17.629), a la discriminación de discapacitados (ley 17.330), a la discriminación de trabajadores migratorios y sus familiares (ley 17.107), a la prohibición del racismo (ley 15.892).

* Ley 17. 817:

Artículo 1º- Declarase de interés nacional la lucha contra el racismo, la xenofobia y toda otra forma de discriminación.

Artículo 2º.- A los efectos de la presente ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción, preferencia o ejercicio de violencia física y moral, basada en motivos de raza, color de piel, religión, origen nacional o étnico, discapacidad, aspecto estético, género, orientación e identidad sexual, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Artículo 3º.- Créase la Comisión Honoraria contra el Racismo, la Xenofobia y toda otra forma de Discriminación

4.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla la posibilidad de que los aseguradores soliciten, a sus eventuales asegurados, un examen genético, previo a la contratación de un seguro de vida.?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional, teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, estos exámenes solo darán probabilidades de contraer enfermedades.

4) Alemania

Las compañías de seguro consideran que, por el momento, no es necesario exigir un examen genético. Por lo tanto, las compañías de seguro no solicitan un examen genético al titular de la póliza antes de contratar un seguro de vida.

4) Australia

En la actualidad, no existe ninguna legislación específica sobre la posibilidad de que las aseguradoras de vida soliciten un examen genético a un potencial asegurado. Las aseguradoras de vida que son miembros de la Asociación de Inversiones y Servicios Financieros de Australia, operan conforme a un Código de Práctica no reglamentario sobre los pedidos de pruebas genéticas que, entre nosotros, no pueden ser solicitados por la aseguradora de vida a la que se le solicita la cobertura. (El Informe ALRC del 96 encaraba el tema en los párrafos 25.58 y 25.59 consignados anteriormente).

4) Bélgica

Sí. Ver respuesta a la pregunta nro. 2..

4) Brasil

No existe legislación, doctrina o jurisprudencia. Y la Sección no tiene opinión, por la complejidad del tema, aunque lo tiene en estudio.

4) Colombia

No. Desde el punto de vista técnico, no es factible, por ahora, que las Compañías de Seguros contemplen esta posibilidad. Por el contrario, por razones de competencia en el mercado de seguros la tendencia es eliminar los requisitos médicos de asegurabilidad en los seguros de vida grupo y disminuir los propios de los Seguros de Vida individual.

Con fundamento en el principio de la buena fe del asegurado, bastaría con la declaración de estado de salud que se diligenciara como presupuesto adjunto a la solicitud de seguro, para el estudio y aprobación del seguro desde el punto de vista médico; dejando a un lado

exámenes médicos más complejos e “impopulares” para el asegurado como un examen genético.

Desde un ángulo puramente jurídico, es importante destacar que no existe legislación que legitime a los aseguradores para solicitar a sus potenciales asegurados la práctica de pruebas genéticas; la doctrina nacional sobre el particular es escasa y la jurisprudencia aún no se ha ocupado de ello. Si bien, los particulares se encuentran habilitados para realizar todo aquello que no se encuentre prohibido de manera expresa, como la ley no se ocupa del uso de pruebas médicas - y mucho menos de las genéticas- durante el proceso de toma de decisiones sobre el riesgo en la etapa precontractual, las aseguradoras, el uso de las pruebas médicas no genéticas y el acceso a información genética por medios no genéticos ha sido tolerado. Como lo enseña la técnica aseguradora, las pruebas médicas no genéticas se exigen de acuerdo con las políticas de selección de riesgos en los seguros de personas dependiendo de diversos factores, tales como la edad, valores asegurados y las manifestaciones contenidas en la declaración de asegurabilidad que suele acompañar las tratativas durante la etapa de evaluación del riesgo.

De lo que sí se ha ocupado el derecho positivo colombiano, es de restablecer el equilibrio roto que se devela en la etapa precontractual al reconocer que ab initio el asegurador se encuentra a merced de los informes que rinda el asegurado de los cuales depende una tarifación acorde con el riesgo y la posibilidad de conjurar una posible antiselección. Por éste motivo, al tomador del seguro se le exige la mayor carga de veracidad en desarrollo del principio de la buena fe, so pena de la sanción de nulidad del contrato de seguro, como lo dispone el artículo 1058 del código de comercio que se transcribe a continuación.

Artículo 1058. “El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un

porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1.160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.”

Por lo demás, como en la tendencia internacional, los aseguradores no exigen pruebas genéticas a sus eventuales asegurados, el tema apenas se debate -a partir de enfoques Inter y transdisciplinarios- en los ámbitos académicos, universidades y entre los integrantes de la sociedad civil interesados tales como centros de investigación, autoridades agrícolas y alimentarias entre otras.

Cabe anotar que los aseguradores siempre han accedido a la información genética a través de la solicitud de práctica de pruebas no genéticas tales como exámenes de laboratorio, electrocardiogramas, o el suministro de la información relacionada con los antecedentes familiares y la costumbre enseña que si el potencial asegurado se rehúsa a practicarse las pruebas médicas el proceso de selección termina sin que exista norma que obligue al asegurador a expedir la póliza de seguro.

No obstante, como ya se advirtió, existe el peligro que en virtud de la constitucionalización del derecho privado, fenómeno al que no es ajeno el seguro, que podría arrojar como en el caso que ya se reseñó, la obligación para el asegurador de expedir la póliza de seguro.

Finalmente, se observa que la práctica de exámenes no solo arroja resultados que revelan una predisposición genética mono y plurifactorial, también es posible que confirme la inexistencia de ese tipo de predisposiciones.

4)Dinamarca

Si, ver punto 2. Las compañías de seguro no objetan esta prohibición siempre y cuando no afecte la competencia.

4)Ecuador

No existe norma expresa sobre la posibilidad de solicitar tales exámenes. Como herramienta de política de suscripción, en principio, no debería ser limitada legalmente, pues la aceptación de riesgos o la limitación por exclusiones no está sujeta, salvo contadísimos casos, a imposición legal. Sin embargo, la invocación de circunstancias

excluyentes para un asegurado, determinadas mediante exámenes genéticos, podría violentar principios consagrados constitucionalmente, que prohíben la discriminación por cualquier razón.

4)El Salvador

No hay legislación específica sobre la posibilidad de que los aseguradores soliciten a los eventuales asegurados un examen genético; las compañías tampoco lo piden. En caso llegase a existir la posibilidad de solicitar un examen genético esto vendría a ayudar a los aseguradores en la apreciación del riesgo, y en consecuencia en la selección de las personas que se considerarían asegurables

4)España

En España no existe ninguna norma que permita o prohíba a los aseguradores la realización de un examen genético previo a la contratación de un seguro de vida. Según lo dispuesto en la Ley de Contrato de Seguro, el asegurado está obligado, antes de la formalización de la póliza, a comunicar al asegurador todas las circunstancias conocidas que puedan ser relevantes para la toma de su decisión. En caso de duda se consideran relevantes todas las circunstancias sobre las que se le hubiera preguntado expresamente.

Actualmente ningún asegurador está solicitando datos derivados de test genéticos para la contratación de seguros, aunque sí se realizan exámenes médicos cuya información cuenta con la protección que la Ley de Protección de Datos Personales dispensa a los datos sensibles, entre los que se encuentran tanto los datos relativos a la salud como los datos genéticos.

SEAIDA, en el Informe presentado ante la Junta Consultiva de Seguros, en mayo de 2005, ha propuesto, como eventual modificación a la Ley de Contrato de Seguro, la inclusión de la incidencia del conocimiento del genoma humano en el deber de declaración del tomador del seguro, al modo de la Ley Federal Suiza. Igualmente ha incluido esta posible modificación en las Conclusiones al Congreso “25 años Ley de Contrato de Seguro: experiencias y posibles modificaciones”, celebrado los días 3 y 4 de octubre de 2005.

4)Francia

No es posible para un asegurador exigir un examen genético antes de contratar el contrato de seguro.-

4)Grecia

Además, la HDPA estableció que el procesamiento innecesario de los datos personales para alcanzar el fin perseguido no es legítimo aun cuando el sujeto de los datos haya prestado su consentimiento según el inciso 1 del artículo 5 o el punto (a) del inciso 2 del artículo 7 de la Ley 2472/97 porque el consentimiento en sí mismo no autoriza actos de procesamiento contrarios al principio del fin y la necesidad (decisión N° 510/17/15.05.2000 de la Autoridad). En caso de que una persona legítimamente reúna y procese material genético, debería tener la obligación de destruirlo una vez cumplido el fin buscado. Por lo tanto, consideramos que la recolección y procesamiento de la información genética en el caso de los contratos de seguro se encuentran prohibidos en este momento.

4) Hungría

No. La opinión de la Sección Nacional se encuentra bajo discusión.

4) Indonesia

La legislación no lo establece; sin embargo, se prohíbe al asegurador solicitar un examen genético si es relevante para la póliza.

4) Italia

No. La prohibición se deduce de la normativa secundaria en materia de privacy porque a los aseguradores se les prohíbe especialmente tratar (y por lo tanto solicitar test propedéuticos para adquirir) los datos genéticos de los aseguradores y de los asegurados para fines contractuales o pre-contractuales (artículo 90 del Código sobre la privacy y Autorización General N° 2/2002, punto 2, letra b).

4) Japón

No. La industria del seguro de vida no tiene un plan que introduzca las pruebas genéticas como método de selección de riesgo. Pero no puede negarse totalmente que la industria del seguro de vida no tenga pensado introducir pruebas genéticas, si aumenta la precisión de los exámenes genéticos y mejora la relación costo-efectividad, y si la prevención de selección adversa resulta ser efectiva. Sin embargo, en nuestro país, no se han encontrado varias enfermedades genéticas por defecto genético único (e.,g. mal de Huntington) y se espera una amplia discusión en relación al conflicto entre las pruebas genéticas y los derechos a la privacidad. Por lo tanto, nuestro sector considera que es demasiado pronto para introducir dichos exámenes genéticos.

4) Paraguay

En el Paraguay no existe legislación, ni doctrina, ni jurisprudencia que contemple o haya contemplado la posibilidad de que los aseguradores soliciten, a un eventual asegurado, un examen genético, previo a la contratación de un seguro de vida.

En cuanto a la opinión de la Sección Paraguaya, al respecto, es que actualmente para otorgar una cobertura mayor a los U\$S.300.000, los Reaseguradores exigen exámenes especiales, que como bien es sabido estos exámenes siempre dan y seguirán dando “probabilidades” y nada más.

4)Portugal

El Artículo 11 (2) de la Ley 12/2005 establece que ninguna persona será discriminada a causa de evaluaciones de heterocigosidad, pruebas presintomáticas o pruebas genéticas de diagnóstico, incluyendo las evaluaciones realizadas para la obtención o mantenimiento del empleo, evaluaciones para la obtención de un seguro de vida o médico, acceso a la educación o aquellos estudios realizados en procesos de adopción, con participación del adoptado o de los padres adoptantes.

4)Sudáfrica

No existe ninguna ley o doctrina de este tipo. En opinión de la Sección Nacional, esta solicitud *per sé* no sería ilegal siempre y cuando la información relevante y sustancial que surge de dicho examen sea tomada en cuenta en la evaluación del riesgo.

4)Suiza

No, sin regulación (podría ser solicitado). El asegurador tiene, generalmente, el derecho a preguntar. Pero el asegurador no puede solicitar un examen genético.

4)Uruguay

No existe legislación, doctrina ni jurisprudencia al respecto.

La posición que la Sección nacional mantiene al respecto es que si el potencial asegurado conoce los resultados de su examen genético y no los declara incurriría en reticencia y por tanto el seguro sería nulo, acorde a lo estipulado por nuestra legislación (art. 640 del Código de Comercio). Los resultados de exámenes genéticos resultan en un factor importante para la evaluación del riesgo al momento de la celebración del contrato.

Consideramos pues, que resulta legítimo la exigencia de dichos exámenes por parte de la empresa aseguradora siempre y cuando se recabe el previo consentimiento del potencial asegurado y siempre y cuando el rechazo de la aceptación del riesgo resulte plena y profesionalmente fundado.

La Sección Uruguaya opina es que la regla debería ser la posibilidad de aplicar una extraprima en base a la agravación del riesgo que surja de los resultados genéticos, en forma similar, salvando las debidas diferencias, a lo que sucede con el examen de los antecedentes familiares. En caso de dudas en dicha fundamentación consideramos debería aceptarse el riesgo.

5.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla que los eventuales asegurados tienen un "derecho a no saber" y que por lo tanto sería arbitrario hacerlos someter a un examen genético, previo a la contratación de un seguro de vida?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

5) Alemania

El artículo 1 del Capítulo 2 y el artículo 1 del Capítulo 1 de la Constitución Alemana (Grundgesetz, GG) protegen los derechos personales de cada individuo (allgemeines Persönlichkeitsrecht). Por lo tanto, toda persona está protegida en caso de intrusión en su privacidad. Se incluye también el derecho a no conocer la estructura genética propia.

5) Australia

El Informe 96 de ALRC, mencionado anteriormente, en sus párrafos 25.55 y 25.56 aborda el tema. En particular, la última oración del párrafo se refiere específicamente al derecho a no saber de los tenedores de pólizas. Para mayor información, se consigna a continuación el párrafo completo:

25.55 En febrero de 1999, IFSA publicó un anteproyecto consensual sobre política de la industria que fue presentado ante la Comisión Australiana del Consumidor y la Competencia (ACCC). IFSA solicitó a ACCC autorización para varias cláusulas que podían interpretarse como anticompetitivas.^[35] Esto se debía a que el anteproyecto impedía que las aseguradoras competir por precio en la medida en que se prohibía el “riesgo preferido”. En apoyo a su solicitud, IFSA sugirió que el objetivo principal del anteproyecto fuera verificar que las aseguradoras no realizaran pruebas genéticas. El anteproyecto se había encuadrado de este modo para impedir cualquier coerción indirecta para la

realización de una prueba genética respetando, así, el “derecho a no saber” del solicitante acerca de una enfermedad o una predisposición genética.

25.56 La Ley de Prácticas Comerciales de 1974 (Cth) dispone que la ACCC puede otorgar una autorización si se cumple que cualquier aspecto anticompetitivo de los arreglos o de la conducta es superado por los beneficios públicos surgidos de los arreglos o de la conducta.

^[36] En noviembre de 2000, la ACCC otorgó a IFSA una autorización por dos años, señalando la instauración de esta Encuesta, “los complejos asuntos involucrados”, y la necesidad de proporcionar un “espacio para respirar” durante el cual estos asuntos pudieran debatirse y desarrollarse la política de gobierno. La ACCC arribó a la conclusión que:

Asegurar que los miembros de IFSA no pidan que los solicitantes de seguros se sometan a pruebas genéticas y que los solicitantes no sean indirectamente influenciados para someterse a dichas pruebas, probablemente resulte en un beneficio para el público. En particular, la Comisión considera que existe un beneficio público al evitar la coerción iniciada por la aseguradora para someterse a pruebas genéticas. ^[37]

25.57 Desde la autorización de ACCC, IFSA continuó desarrollando el anteproyecto y lo ha concretado en un estándar para la industria (Estándar 11.00 de IFSA - Política de Pruebas Genéticas). En diciembre de 2002, al expirar la autorización inicial de dos años, la ACCC otorgó una autorización interina en relación a las cláusulas relevantes que tendrá vigencia hasta que la ACCC presente su anteproyecto para su consideración. En ese momento, la ACCC reconsiderará la autorización interina.

5) Bélgica

Siguiendo los argumentos médicos, se invoca una serie de sólidos fundamentos jurídicos. Según el pensamiento jurídico de Bélgica, el principal argumento se desprende de la protección de la privacidad. El perfil genético, sostienen, es parte del “santuario” interior de cada persona, que no debe ser compartido con terceros. Además, “el derecho a no saber” puede ser considerado un derecho de la personalidad, especialmente cuando se trata de cuestiones de salud que no tienen cura, al menos no *hic et nunc*.

5) Brasil

No existe legislación, doctrina o jurisprudencia. Y la Sección no tiene opinión, por la complejidad del tema, aunque lo tiene en estudio.

5) Colombia

En principio no. Sin embargo, vale anotar que los artículos 15, 16 y 20 de la Constitución Política de Colombia protegen el derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libre expresión informativa y de los cuales podría colegirse el desarrollo del derecho al no saber.

“Art. 15 Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en banco de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

ART.16 “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”

ART: 20. “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.”

5)Dinamarca

Como se ha mencionado, la prohibición general contra el uso de información genética es válida. Ver respuesta a pregunta nro. 2.

5)Ecuador

Nada existe en la materia, pero, por supuesto, el derecho a no saber no puede ser limitado por la ley, y ni siquiera contractualmente. No se puede obligar a una persona a someterse a algún examen médico. Sucede, por ejemplo, con los exámenes genéticos en mujeres embarazadas, que son voluntarios.

5)El Salvador

No existe legislación al respecto. La Sección no considera que existiría arbitrariedad en el caso que se pudiera someter a un asegurado a realizarse un examen genético previo a la contratación de un seguro, ya que éste es opcional

5) España

La Ley 41/2002 reguladora de la información y documentación clínica contempla el derecho del paciente a que se respete su voluntad de no ser informado. No hay ninguna previsión legislativa más general sobre el derecho de las personas a no conocer su estado de salud, presente y futura.

5) Francia

La doctrina considera que esta prohibición está basada en los derechos individuales del hombre. El asegurado tiene derecho de no saber. Tal examen genético exigido por un asegurador sería considerado como una violación a los derechos individuales del hombre.-

5) Grecia

Si existe en general a través a través de los principios de protección de la personalidad y valor del ser humano, como asimismo del principio de proporcionalidad.

5) Hungría

A pesar de que la ley actual no establece ninguna restricción, los aseguradores locales no exigen este examen en la práctica.

La opinión de la Sección Húngara es que es aceptable, como prueba del estado de salud, pero no debería ser exigido como condición previa para la contratación.

5) Indonesia

La legislación nada dice al respecto; no se ha producido ningún caso legal relacionado. En opinión de esta Sección Nacional, el asegurador no cumplirá la solicitud del eventual asegurado salvo que lo consideren necesario/ relevante para la cobertura que solicita.

5) Italia

No existe una norma explícita al respecto. El derecho “a no ser informado” resulta no obstante unánimemente deducido tanto por el artículo 10, apartado 2, de la Convención de Oviedo que lo sanciona en modo explícito, como por el principio general de respeto de la dignidad humana que constituye una de las coordenadas de nuestro ordenamiento constitucional (artículo 2 de la Constitución). Este derecho encuentra no obstante el límite del interés de otro individuo y de la colectividad en conseguir informaciones útiles para el propio bienestar, prevaleciendo en este caso el derecho a la salud sancionado por el

artículo 32 de la Constitución. En esta perspectiva, en el año 1999 el Garante de la privacy, enfrentado el caso de una mujer afectada por una enfermedad congénita que, queriendo tener un hijo, se había sometido a investigaciones genéticas, ha establecido que para manejar la incolumidad psicofísica de una persona, se pueden adquirir legítimamente en clínicas u hospitales, los datos sanitarios, en especial los datos genéticos de un pariente, incluso sin el consentimiento de éstos o en caso de que rechacen esta adquisición.

5)Japón

No. En Japón el seguro de vida está ampliamente difundido. Como resultado, no es posible afirmar que existe libertad al celebrar o no un contrato de seguro de vida. Por lo tanto, existe una posibilidad de que se infrinja el derecho a “no saber”

5)Paraguay

Si bien es cierto, que en el Paraguay no existe legislación, doctrina y mucho menos jurisprudencia que contemple que los eventuales asegurados tengan un “derecho a no saber” y que por lo tanto sería arbitrario hacerlos someter a un examen genético, previo a la contratación de un seguro de vida, **NO ES MENOS CIERTO QUE EL MAS INTERESADO EN SABER EL RESULTADO DE LOS EXAMENES QUE SE LE HACEN PARA EL SEGURO DE VIDA INDIVIDUAL ES EL ASEGURABLE.**

Con respecto a la opinión que se tiene en la Sección Paraguaya de AIDA sobre el punto es que el asegurable “siempre tiene el deseo de saber los resultados de los exámenes a los cuales fue sometido”, aunque tenga que saber que le queda un mes de vida. Y contra estos deseos es imposible levantar disposiciones legales o administrativas. De hecho que debe tratarse de personas de cierta cultura y de cierto nivel económico.

5)Portugal

Como ya se ha mencionado, la Ley Portuguesa (Artículo 12 de la Ley 12/2005) prohíbe las pruebas genéticas en el caso de los solicitantes de seguros personales (Seguros de Salud y Vida).

Aun si no fuera el caso, la persona es la dueña de la información sobre la salud (Artículo 3 de la Ley 12/2005):

- La información sobre la salud, incluyendo cualquier dato registrado que fuera resultado de pruebas u otros exámenes complementarios, intervenciones y diagnósticos, pertenece al individuo involucrado y esta información será conservada en las unidades de cuidado de la

salud. No podrá ser utilizada con ningún otro fin diferente al cuidado de la salud, estudios de la salud u otros fines establecidos por ley.

- El propietario de la información sobre la salud tiene el derecho, si así lo deseara, de ser informado sobre todos los registros médicos relacionados con su persona o de que esta información sea entregada a una persona designada por él, salvo en circunstancias excepcionales o justificadas en las que se demuestre de manera fehaciente que pudiera ser perjudicial.

- El acceso a la información de la salud será autorizado al propietario de esta información o aun tercero, con el consentimiento de la persona involucrada, a través de un médico debidamente calificado y elegido por el propietario de la información.

5)Sudáfrica

No hay legislación sobre este tema.

Los principios generales de la buena práctica médica en la conducción de los exámenes médicos y evaluaciones requieren el consentimiento informado del paciente acerca de los procedimientos y de los efectos de sus resultados.

El asesoramiento previo tanto como posterior a la realización de cualquier examen debe incluir información sobre los derechos del paciente en relación a los resultados de estos exámenes, que debe incluir información sobre el “derecho a no saber”. Durante la comunicación de los resultados así como durante el asesoramiento posterior al examen, se debe obtener el consentimiento del paciente respecto de la recepción de los resultados y de la utilización de dichos resultados.

En círculos médicos, se sostiene que no habría razón alguna por la cual el paciente no podría renunciar a su derecho a recibir los resultados. Podría darse el caso también de que el paciente solicite que los resultados sean comunicados solamente a su médico y que el profesional le brinde asesoramiento sobre los efectos de los resultados y si, en su opinión, el paciente debe o no conocer los resultados de los exámenes.

Una vez más, se aplican las disposiciones del artículo 12(2) de la Constitución: toda persona tiene derecho a la integridad física y psicológica que incluye el derecho a tomar decisiones sobre la reproducción, el derecho a la seguridad y control del cuerpo, y a no ser objeto de experimentos médicos o científicos sin su consentimiento informado. En vista de estas disposiciones, la Sección Nacional sostiene que el derecho a la privacidad,

información y el derecho a la integridad física y mental no deben evitar que el asegurado invoque su derecho a no saber.

5) Suiza

No hay legislación. Se entiende que deriva de los principios generales de la protección de derechos individuales.

5) Uruguay

Nos remitimos a la respuesta al numeral anterior, agregando que consideramos que si bien creemos existe un “derecho a no saber” este debe equilibrarse con el derecho a la información y a la libertad de comercio.

6.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla el caso de que si los aseguradores pudieran solicitar exámenes genéticos previo a la contratación de un seguro de vida, ello haría variar los cálculos actuariales? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

6) Alemania

Se teme que el mercado del seguro de vida podría modificarse sustancialmente, si los aseguradores exigen exámenes antes de contratar un seguro de vida. Aquellas personas con información genética negativa obtendrían pólizas con primas elevadas o directamente ninguna. Los riesgos “positivos” tendrían la posibilidad de celebrar contratos con primas bajas.

6) Australia

La respuesta a la Pregunta I 5 anterior explica cómo mediante el Código de Práctica de la industria se prohíbe a las aseguradoras de vida solicitar una prueba genética a los potenciales tenedores de pólizas.

De esta manera, la respuesta a esta pregunta sobre cálculos actuariales es negativa; no hay legislación alguna y el Capítulo Australiano tampoco tiene conocimiento de jurisprudencia alguna vinculada a este tema.

6) Bélgica

Aparentemente, frente a las numerosas y profundas razones que se relacionan con la protección de los derechos fundamentales, el interés (económico) del asegurador en

conocer mejor los riesgos y poder diferenciar mejor los riesgos debe ceder. Los imperativos del mercado no pueden prevalecer sobre el deseo básico de la sociedad de ser solidaria.

6)Brasil

No existe legislación, doctrina o jurisprudencia. Y la Sección no tiene opinión, por la complejidad del tema, aunque lo tiene en estudio.

6)Colombia

La legislación y la jurisprudencia no contemplan nada. Sin embargo, si el asegurado consiente, puede permitir que el asegurador tenga acceso a sus exámenes genéticos.

La Ley de Seguros obliga a tarifar la prima en función del riesgo y prohíbe al asegurador cobrar por debajo de la tasa pura de riesgo. Por ello, si el asegurador tuvo acceso autorizado por el asegurado a su información genética, ella podría variar los cálculos actuariales.

Al respecto es pertinente poner de relieve, que los cálculos actuariales sobre la mortalidad de los asegurados están basados en la experiencia pasada; luego, habrá que esperar un tiempo suficiente (mínimo 5 años) y número de expuestos al examen genético de 100.000 asegurados para poder construir una nueva tabla de mortalidad para estos y así aplicar el costo de su mortalidad a sus seguros de vida (tasa pura o de riesgo).

6)Dinamarca

No, como se ha mencionado, la prohibición general contra el uso de información genética es válida. Ver respuesta a pregunta nro. 2.

6)Ecuador

De igual manera, existen principios constitucionales que no pueden ser afectados por la exigencia de exámenes genéticos previos a la contratación de un seguro.

6)El Salvador

No hay legislación al respecto. Esta Sección Nacional considera que, en caso que se pudieran solicitar exámenes genéticos ello sí haría variar los cálculos actuariales, ya que éstos probablemente se harían tomando como base información más certera

6)España

No existe ninguna norma que contemple este supuesto. SEAIDA no tiene ningún pronunciamiento específico sobre este punto.

6)Francia

Los actuarios consideran que sus estimaciones podrían verse afectadas si los aseguradores exigieran tests genéticos antes de contratar un seguro de vida.-

6)Japón

No. Aunque nuestra sección nacional tiene en cuenta este aspecto, considera que la introducción de dicho examen genético tiene poca influencia.

6)Paraguay

La respuesta de la primera parte de la pregunta es similar a la dada a la pregunta anterior. En cuanto a la segunda parte decimos: que efectivamente los cálculos actuariales deben variar, conforme a las probabilidades obtenidas a través de estos exámenes genéticos previo a la contratación de un seguro de vida. De no contar con una variación acorde a las probabilidades obtenidas sería un engaño para el asegurable.

6)Portugal

Los aseguradores no pueden exigir exámenes genéticos en aquellas personas que soliciten seguros de vida (Artículo 11, punto 2 de la Ley 12/2005).

6)Sudáfrica

No existe legislación al respecto. En opinión de la Sección Nacional, las estimaciones actuariales se verían claramente afectadas.

6)Uruguay

La Sección Uruguaya se remite a la respuesta del numeral 4, recalcando que consideramos que podría hacer variar los cálculos actuariales y corresponder por ende la extraprima correspondiente.

6) La Secciones Nacionales de Grecia, Hungría, Indonesia, Italia y Suiza, tienen la cuestión en estudio.

7.- En caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuere afirmativa: La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla que el examen genético debe solicitarse igualmente al eventual asegurado, o entiende que los derechos individuales de este deben prevalecer sobre los intereses económicos de los aseguradores?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

7) Alemania

La declaración autorregulatoria del GDV (Selbstverpflichtungserklärung des GDV) establece que los aseguradores de vida no solicitarán al interesado un examen genético. Además, el interesado generalmente no debe presentar al asegurador exámenes genéticos a los que se hubiera sometido en el pasado. Los derechos personales del titular de la póliza prevalecen sobre los intereses financieros del asegurador.

7) Australia

No existe ninguna legislación o jurisprudencia y el Código de Práctica de IFSA prohíbe a las aseguradoras realizar pruebas genéticas.

7) Bélgica

Aparentemente, frente a las numerosas y profundas razones que se relacionan con la protección de los derechos fundamentales, el interés (económico) del asegurador en conocer mejor los riesgos y poder diferenciar mejor los riesgos debe ceder. Los imperativos del mercado no pueden prevalecer sobre el deseo básico de la sociedad de ser solidaria.

7) Brasil

La cuestión está en estudio, según informa la Sección Nacional.

7) Colombia

Los derechos individuales del asegurado deben prevalecer sobre los intereses económicos del Asegurador. La aseguradora podría solicitar el examen genético, como uno más de sus requisitos médicos de asegurabilidad (actualmente se solicita dependiendo de la edad y monto asegurado: examen médico general, análisis de orina, electrocardiograma, RX del tórax, muestra de sangre para varios exámenes de laboratorio como colesterol, triglicéridos, transaminasas, fosfatasa ácida y alcalina, ácido úrico, cuadro hemático y VIH); pero contando con la voluntad del asegurado de hacerlo o no.

En caso de no contar con la aceptación del asegurado, lo único que podría hacer la aseguradora sería no otorgarle el seguro o excluirle cualquier enfermedad que hubiera podido prevenirse si se hubiera practicado el examen genético.

Todo lo anterior con las salvedades mencionadas con respecto a la constitucionalidad del derecho privado, que se hicieron en una respuesta anterior.

7) Dinamarca

Ver respuesta a pregunta nro. 6..

7) Ecuador

Queda contestada con la respuesta anterior.

7)El Salvador

No hay legislación al respecto. Tomando en cuenta los antecedentes en nuestro medio, siempre prevalecen los derechos individuales sobre los intereses económicos de los aseguradores

7)España

No hay legislación sobre este punto.

7)Francia

La doctrina considera que los derechos individuales del hombre prevalecen sobre los intereses financieros del asegurado. El asegurado no puede renunciar por adelantado a sus derechos individuales como hombre.-

7)Grecia

El uso de los datos debe cumplir el principio de proporcionalidad. A la luz de este principio, debe haber una relación razonable entre el alcance y la duración de la restricción de un derecho reconocido y protegido por la Constitución y el objetivo legal de dicha restricción (al cual apunta esta restricción en particular). La restricción no es razonable, por ejemplo, cuando la restricción del derecho:

- a) es inadecuada para lograr el fin legal perseguido, o
- b) es más severa que el alcance necesario para lograr el fin legal perseguido, o
- c) no es proporcional en comparación con las razones que causaron la imposición de la restricción o su objetivo.

A la luz del principio de proporcionalidad, la Opinión 15/2001 de la Autoridad Griega sobre la protección de los datos personales (D.P.A.) señala lo siguiente: “La metodología y el marco práctico del proceso debe observar los principios de protección de la personalidad y valor del ser humano así como el principio de proporcionalidad, que es crucial para el mantenimiento del equilibrio entre los derechos afectados y el interés público perseguido”. Además, “conforme el artículo 4 de la Ley 2472/97 sobre la protección de datos personales, los datos personales deben ser reunidos de manera justa y legal para fines específicos, explícitos y legítimos y deben ser procesados justa y legalmente a la luz de dichos fines. Al mismo tiempo, los datos personales deben ser adecuados, relevantes y no excesivos en relación a los fines para los cuales son procesados en un momento determinado. El principio del objetivo mencionado presupone la definición precisa del objetivo que motiva

la recolección y procesamiento de los datos. Es necesario evaluar la proporcionalidad y legitimidad teniendo presente los riesgos que representa el uso de las tecnologías biométricas en relación a la protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona” (Decisión 9/2003 de D.P.A.).

7) Hungría

En discusión. La legislación actual no brinda una respuesta clara.

7) Paraguay

Esta Sección Nacional se remite a la respuesta anterior

7) Sudáfrica

Las disposiciones de la Constitución sobre los derechos de los individuos, como se ha mencionado, se aplican como ley suprema. Los intereses financieros del asegurador no están protegidos específicamente en la Constitución. Sin embargo, existe una cláusula sobre la limitación de los derechos constitucionales. El Artículo 36 establece que los derechos enumerados en la Carta de Derechos pueden limitarse por disposición de la ley de aplicación general sólo cuando dicha limitación sea razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática fundada en la dignidad, la igualdad y la libertad. Todos los factores relevantes deben ser tenidos en cuenta, incluida la naturaleza del derecho, la importancia del fin de la limitación, la naturaleza y alcance de la limitación, la relación entre la limitación y sus fines, y medidas menos restrictivas para lograr este fin.

Es opinión de la Sección Nacional que el criterio del interés público, según la Constitución, determinará si los derechos del individuo pueden ser limitados o infringidos contractualmente a expensas de los intereses financieros del asegurador. Además, las posibilidades de que los derechos del asegurador prevalezcan sobre los derechos humanos fundamentales del asegurado son reducidas.

7) Uruguay

Como dijimos no existe legislación, doctrina o jurisprudencia al respecto. La opinión de esta Sección Nacional es que el tema del genoma humano no debe plantearse en términos de enfrentamiento entre los derechos individuales y los intereses económicos de los aseguradores.

Creemos que los aseguradores podrían eventualmente solicitar un examen genético con la aceptación previa del asegurado y en base a los resultados eventualmente aplicar una extraprima por la agravación del riesgo que derive de los mismos.

Por otra parte, consideramos que se tenderá de hecho al equilibrio entre por un lado, el interés de los aseguradores de minimizar sus riesgos pero a su vez el interés de los mismos de no perder asegurados por la vía de excederse en los requisitos de asegurabilidad o extraprimas a aplicar y por otro lado, el interés de los eventuales asegurados a contar con un seguro acorde a sus necesidades y con tranquilidad respecto a su cobertura.

7) Para las Secciones nacionales de Hungría, Indonesia, Italia, Japón, Portugal y Suiza la cuestión se encuentra en estudio.

8.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿Considera factible que una aseguradora interrogue a su eventual asegurado sobre si se ha realizado un examen genético, previo a la contratación de un seguro?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

8) Alemania

Conforme la declaración autorregulatoria de la Asociación Alemana de Seguros, el asegurador solo puede preguntar al posible asegurado si ha realizado algún examen genético antes de tomar el seguro si la suma del seguro supera los 250.000 Euros. Esto se debe a que, ante una cobertura elevada, las compañías de seguro reconocen un importante riesgo de abuso.

8) Australia

Como se mencionó anteriormente, no existe legislación en Australia que rija las acciones de las aseguradoras en este contexto. No obstante, el Código de Práctica de IFSA establece que las aseguradoras pueden solicitar los resultados de todas las pruebas genéticas. Los elementos claves de la Política de IFSA sobre Pruebas Genéticas son los siguientes:

Las aseguradoras no iniciarán ninguna prueba genética sobre los solicitantes de seguros.

Las aseguradoras pueden solicitar que todos los resultados de pruebas genéticas existentes se pongan a disponibilidad de la aseguradora con el objeto de clasificar el riesgo.

Las aseguradoras no utilizarán las pruebas genéticas como base para “obtener el seguro del riesgo preferido” (ofreciendo una póliza a una prima inferior a la prima estándar).

Los miembros deben proporcionar a sus empleados y representantes autorizados suficiente información y capacitación de modo que comprendan el contenido y significado del Estándar por cuanto se relaciona con sus trabajos y responsabilidades particulares.

Las aseguradoras verificarán que los resultados de pruebas genéticas existentes se obtengan únicamente con el consentimiento escrito de la persona examinada.

Los resultados de una prueba genética sólo serán utilizados en la evaluación de una solicitud de seguros con respecto a la persona a quien se le practicó el examen.

Las aseguradoras verificarán la aplicación de estrictos estándares de confidencialidad en el manejo y el archivo de los resultados de pruebas genéticas.

Las aseguradoras presentarán sus razones para modificar o rechazar a los solicitantes con relación a nuevas solicitudes o pedidos de aumento en pólizas existentes.

Las aseguradoras implementarán un sistema competente y eficiente de resolución de disputas para atender las quejas que surjan en relación a la decisión de otorgar una póliza que involucren resultados de una prueba genética. [39]

Fuente: “Esencialmente Suyo ALRC 96: La Protección de la Información Genética Humana en Australia”

8) Bélgica

Sin embargo, surge un problema en la situación en la cual se han realizado pruebas genéticas –por ejemplo, por motivos terapéuticos o científicos- y el candidato conoce estos resultados. Como hemos visto, la prohibición de la comunicación de los datos evitará que el asegurado comunique esta información, aún cuando estuviera dispuesto a hacerlo. Los riesgos desfavorables (aquellos que no están favorecidos por su perfil genético) se verán inclinados a obtener una cobertura cuando los riesgos positivos puedan llevarlos a no obtener un seguro para ciertos riesgos específicos. Nos enfrentamos con una situación de “selección adversa”. Los peligros relacionados con este problema amenazarían el equilibrio y la supervivencia de la compañía de seguros (casu quo: la industria del seguro) y este peligro reviste tal gravedad que podría atentar contra el interés del asegurado. Desde este ángulo, surgen argumentos para obligar al asegurado que tiene información sobre su perfil genético a comunicarlo al asegurador. Para hacer frente al argumento de que esta obligación desalentaría a la gente a someterse a una evaluación genética, una solución sería limitar la obligación de comunicación a los casos en los que se intenta obtener una cobertura “normal” o “socialmente aceptable”.

8)Brasil

La legislación no prohíbe la pregunta sobre la realización de exámenes genéticos.

8)Colombia

No lo contempla. La Legislación en seguros solo indica que el solicitante debe declarar sinceramente los hechos o circunstancias que delimitan el estado del riesgo (art. 1058, Código de Comercio), bien puede ser en cuestionario diseñado por la compañía.

En este caso la aseguradora podría incluir la pregunta en el cuestionario. Así como tener en cuenta la respuesta para la evaluación del riesgo físico y su calificación como riesgo estándar o agravado.

8)Dinamarca

No, ver respuesta a pregunta nro. 2.

8)Ecuador

En principio, una aseguradora podría tomar en cuenta dicha información, pero, como hemos indicado, los efectos discriminatorios pueden impedir este tipo de políticas, y por ello no podrían ser obligatorias.

No existe doctrina o jurisprudencia sobre el tema. Sin embargo, parece claro que exigir un examen genético no es viable en un contrato de seguro, aunque solicitar información sobre antecedentes que el asegurado pueda tener, podría ser factible. El problema es que dicha información, aun si fuese voluntariamente proporcionada por el asegurado, no puede ser utilizada con efectos discriminatorios.

8)El Salvador

La legislación de El Salvador contempla la obligación del asegurado de declarar al asegurador todos los hechos que tengan importancia para la apreciación del riesgo, tal como los conozca o los deba conocer al momento de declarar los, por lo que en caso el asegurado se ha realizado un examen genético, tendría que hacerlo saber a la aseguradora

8)España

La legislación española no contempla este supuesto.

8)Francia

La ley francesa no prohíbe a los aseguradores hacer preguntas sobre el estado de salud de quien solicita un seguro. Ella prohíbe preguntar al asegurado si se ha hecho un examen genético y, en caso afirmativo, de que le comunique los resultados de ese examen.-

8)Grecia

Ver repuestas anteriores.

8) Hungría

En discusión. La legislación actual no brinda una respuesta clara.

8) Indonesia

La cuestión esta en estudio.

8) Italia

No. Véase la respuesta a la pregunta 4.

8) Japón

Desde el punto de vista de la ley regulatoria de seguros, no es considerado apropiado que una compañía aseguradora solicite al presunto asegurado que le brinde información adicional a las preguntas médicas usuales preparadas por las compañías de seguros de vida.

8) Paraguay

Ver respuesta pregunta anterior (nro. 7).

8) Portugal

Los aseguradores no pueden conducir exámenes genéticos en aquellas personas que soliciten seguros de vida (Artículo 11 (2) de la Ley 12/2005) ni utilizar la información genética obtenida en exámenes genéticos previos sobre sus clientes actuales o potenciales con el fin de otorgar seguros de vida o de salud (Artículo 12 (3) de la Ley 12/2005).

8) Sudáfrica

No existe legislación o jurisprudencia sobre la divulgación de información genética. La situación será cubierta por el “common law” sobre la provisión de información y el derecho constitucional a la privacidad que se ha tratado arriba. Se aplica el derecho de un potencial asegurado a comunicar información relevante y sustancial al asegurador. En opinión de la Sección Nacional, el interrogatorio no sería ilegal y el asegurado debería comunicar cualquier información relevante que fuera de su conocimiento y podría elegir no comunicar los resultados de evaluaciones genéticas previas que no sean relevantes para la evaluación de los riesgos a ser asegurados.

8) Suiza

La cuestión se encuentra en estudio.

8) Uruguay

Acorde con lo antes expuesto, nuestra opinión es que resulta factible el efectuar una pregunta al eventual asegurado sobre si se ha efectuado un examen genético.

9.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla el caso que si el eventual asegurado se ha realizado un examen genético, previo a la contratación del seguro, e interrogado por el asegurador responde negativamente, incurre en reticencia?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

9) Alemania

Según la declaración autorregulatoria del GDV, no se consideraría un caso de reticencia si el interesado miente sobre la existencia de un examen genético realizado en el pasado. Sin embargo, en el caso de una cobertura superior a 250.000 Euros, el GDV considera que la información genética es “información relevante” para el asegurador. Por lo tanto, si el asegurado miente sobre la existencia de un examen genético, constituiría reticencia.

9) Australia

Como se mencionó anteriormente, no existe ninguna legislación específica en Australia que rijan las acciones de las aseguradoras en este contexto. No obstante, como se hace constar en el Informe número 96 de ALRC:

La Ley de Contratos de Seguros de 1984 (Cth) establece en el Artículo 21 que la obligación de un solicitante de proveer información implica proveer toda la información que sea o pudiera ser de su conocimiento a la aseguradora siempre que dicha información sea relevante para la aseguradora. En la práctica, ocurre inicialmente cuando los solicitantes de seguros responden a preguntas formuladas por las aseguradoras en las solicitudes. La obligación puede llevar a un solicitante a brindar mayor información a la aseguradora si las preguntas iniciales no satisfacen tal obligación. La información revelada es utilizada en el proceso de otorgamiento del seguro (o evaluación del riesgo), en el cual la aseguradora evalúa si aceptará la solicitud del seguro y, en tal caso, cuáles serán sus condiciones.

El artículo 22 de la Ley de Contratos de Seguros requiere que la aseguradora informe al solicitante claramente y por escrito (generalmente en el folleto de la aseguradora y en la solicitud) la naturaleza y los efectos generales de la obligación de suministrar información.

9) Bélgica

La cuestión se encuentra en estudio.

9)Brasil

Si. Incurrir en reticencia si deja de informar la realización del examen.

9)Colombia

Una vez hecha la pregunta en el cuestionario sobre estado de salud, si el asegurado habiéndoselo practicado, omite esta información o contesta negativamente, si incurre en reticencia.

De todas formas, no existen referencias expresas a la obligación de dar a conocer el resultado de una prueba genética ni su práctica. Este tema se subsume en el marco del principio de la Ubérrima Buena fe que se consagra en el artículo 1058 del Código de Comercio texto que fue declarado exequible mediante pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia de mayo 15 de 1997, de la cual fue ponente Jorge Arango Mejía.

Por considerarlos pertinentes, se transcriben algunos apartes de esa sentencia, así:

“A severar que e contrato de seguro es ubérrima bona fidei contractus, significa, ni más ni menos sostener que en él no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, si no que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo ... Naturalmente, la necesidad de que el contrato de seguro se celebre con esta buena fe calificada, vincula por igual al tomador y al asegurador . sin embargo, la corporación centra su interés en a carga de información precontractual que corresponde al tomador, pues es en relación con ésta que pueden surgir las nulidades relativas contempladas en el artículo 1058 del Código de Comercio. Para la Corte Constitucional, es claro que el régimen rescisorio especial para las reticencias e inexactitudes relevantes, surge de base objetivas, determinadas por la naturaleza de las cosas: la ineludible necesidad de contratar en masa, que constriñe a la empresa aseguradora, y la correlativa imposibilidad física de inspeccionar todos y cada uno de los riesgos contratados, que explica por qué el asegurador queda supeditado a la honradez del tomador, y porqué éste debe asumir, en todo momento, una conducta de máxima buena fe. Finalmente, la justicia conmutativa hace fácil entender que si el asegurador, como se ha visto, está normalmente obligado a proceder con base en una extrema confianza respecto de la persona y las declaraciones del tomador, es equitativo y razonable que la tradición de esa inusual confianza se castigue con sanciones que excedan los niveles ordinarios ... En efecto, cuando, a pesar

de la infidelidad del tomador a su deber de declarar sinceramente todas las circunstancias relevantes que constituyen e estado de riesgo, de buena fe se le ha expedido un póliza de seguro, la obligación asegurativa está fundada en el error y, por tanto, es justo que, tarde o temprano, por intermedio de la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa, salga del ámbito jurídico. Esto, con prescindencia de extemporáneas consideraciones sobre la necesidad de que la reticencia o inexactitud tenga relación de causalidad con siniestro que haya podido sobrevenir, justamente porque lo que se pretende es restablecer o tutelar un equilibrio contractual roto ab initio, en el momento de celebrar el contrato de seguro, y no al acaecer el siniestro. La relación causal que importa y que, para estos efectos, debe existir, no es, como sostienen los demandantes, la que enlaza la circunstancia riesgosa omitida o alterada con la génesis del siniestro, sino la que ata el error o el dolo con el consentimiento del asegurador...”

9)Dinamarca

No, ver respuestas a preguntas nro. 2 y 4.

9)Ecuador

No está regulada este tipo de reticencia, y tampoco existe jurisprudencia sobre la materia. En todo caso, la eventual reticencia está ligada al conocimiento del antecedente genético, que no siempre se dará bajo la premisa anterior.

9)El Salvador

Toda inexactitud u omisión dolosa o culposa en las declaraciones del asegurado que sirvan a la aseguradora para la apreciación del riesgo, da derecho al asegurador a dar por terminado el contrato de seguro. Ello en base a lo que estipula nuestra legislación

9)España

El asegurado tiene un deber general de declarar las circunstancias por él conocidas que pudieran influir en la valoración del riesgo (art. 10 y 89 LCS), deber que se circunscribe, en el momento de la contratación del seguro, a la contestación del cuestionario que le somete el asegurador. En el caso de que el asegurador le interrogara sobre este punto en el cuestionario, en principio, debería contestar, so pena de incurrir en reticencia. La doctrina española, que entiende mayoritariamente que no es posible la realización de pruebas genéticas sin el consentimiento del asegurado, no se ha pronunciado sobre este punto. En

principio, no conocemos ninguna aseguradora en el mercado español que incluya este tipo de información en su cuestionario.

9) Francia

El asegurado no está obligado a declarar toda circunstancia concerniente a su estado de salud. Su obligación está limitada a responder completamente y exactamente a las preguntas del asegurador (Artículo L.113-2 del Código de seguros). Toda pregunta sobre genomas está prohibida. La doctrina considera que la falsa respuesta del asegurado a una pregunta del asegurador relativa a un examen genético no podría ser sancionada toda vez que la pregunta hecha sería ilícita.-

9) Italia

Según la constante jurisprudencia de la Suprema Corte de Casación “ con el objeto que un contrato de seguro pueda considerarse anulable según el artículo 1892 C.C, no basta que exista cualquier declaración reticente o falsa , sino que es necesario que ésta tenga efectivamente una actitud orientada a influenciar la determinación exacta del riesgo que es fundamento del contrato” - En los test genéticos, no obstante, la ciencia médica no se expresa nunca en términos de certeza, sino solo de probabilidad (screenings). Además, tal como se ha mencionado, la Constitución italiana, además de reconocer al derecho a la salud el carácter de derecho inviolable, impone al desarrollo de la actividad económica (art. 41 de la Constitución) el límite de la dignidad humana.

De acuerdo a la mejor doctrina, esto significa que en el hipotético conflicto entre el asegurador, que está en la búsqueda de la creciente reducción de los márgenes de riesgo con el fin de acrecentar su beneficio, y el asegurado, que estipula un contrato de seguro para las enfermedades con el objetivo de controlar la propia salud, la organización jurídica debe prestar mayor protección al segundo.

9) Japón

No, no lo contempla. La Sección Japonesa no tiene una opinión totalmente unánime al respecto.

9) Paraguay

Si efectivamente el asegurable se ha realizado un examen genético, previo a la contratación del seguro, e interrogado por el asegurador y aquel responde negativamente, CLARO QUE INCURRE EN RETICENCIA.

9) Portugal

Si así lo desearan, los titulares de pólizas podrán informar la realización de exámenes genéticos. Sin embargo, como este tipo de información está clasificada legalmente como información sobre la salud (Artículo 6 (1) y Artículo 4 (1) de la Ley 12/2005), se considera confidencial.

Los resultados de los exámenes genéticos son propiedad de la persona involucrada y, aun cuando autorizaran el acceso a terceros, no puede ser utilizada por los aseguradores como lo establece el Artículo 12 (3) de la Ley 12/2005.

En resumen, esta información no puede ser utilizada por los aseguradores en la práctica y, por lo tanto, no deben solicitarla.

9) Sudáfrica

No hay legislación o jurisprudencia específica sobre las pruebas genéticas. La situación, una vez más, quedará cubierta por el “common law” según el cual cuando un asegurado no comunique datos relevantes, incurre en reticencia por omisión, lo que invalidará el contrato y será penalmente responsable cuando, en forma intencional o negligente, omite presentar información relevante. Debido al conocimiento íntimo del posible asegurado sobre todos los datos relacionados con el riesgo que desea transferir al asegurador, una disposición legal le exige informar todo dato relevante que tuviera en su conocimiento al asegurador. Ello permite al asegurador decidir si está preparado para asumir el riesgo del asegurado y para llegar a un acuerdo con el asegurado [*Mutual & Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality* 1985 1 SA 419 (A); *Anderson Shipping v Guardian National Insurance* 1987 3 SA 506 (A); *Qilingile v SA Mutual Life Assurance Society* 1993 1 SA 69 (A); *De Waal NO v Metropolitan Lewens Bpk* 1994 1 SA 818 (O); *SA Eagle v Norman Welthagen Investments* 1994 2 SA 122 (A); *Commercial Union Insurance Co of SA Ltd v Lotter* 1999 2 SA 147 (SCA)]. La ley debe ser interpretada y aplicada teniendo en cuenta los derechos y valores constitucionales. En opinión de la Sección Nacional, no habría razón alguna para no aplicar estos principios en el caso de los resultados de las pruebas genéticas.

9) Uruguay

Nuestra legislación regula la reticencia en el artículo 640 del Código de Comercio. El mismo dispone que “toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hecha de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato, o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido cerciorado del

verdadero estado de las cosas, hace nulo el contrato”. Es decir regula la reticencia en forma general y no solamente para los exámenes genéticos que opinamos quedaría incluido entre las circunstancias cuya omisión en declarar podrían configurar reticencia.

9) Para la Secciones Nacionales de Grecia, Hungría, Indonesia y Suiza, la cuestión se encuentra en estudio.

10.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿Considera legal que las aseguradoras formen dos grupos de riesgo; uno con aquellos asegurados que se han realizados un examen genético y otro con los que no?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

10)Alemania

No hay ley o jurisprudencia en Alemania que considere la división de los asegurados en dos grupos según la existencia de un examen genético.

10) Australia

Como se mencionó anteriormente (ver respuesta a la Pregunta H3), no existe ninguna legislación específica en Australia que rija las acciones de las aseguradoras en este contexto.

No obstante, si las aseguradoras mantienen registros separados de los “grupos de riesgo”, sólo pueden hacerlo en cumplimiento del "Código de Práctica". Por lo tanto, la información genética que se precise para poblar dicha base de datos no puede ser solicitada específicamente por las aseguradoras. Si esta división de grupos se continúa realizando entre las aseguradoras de Australia, sólo incluye a aquellos clientes de cada aseguradora y sólo cuando los mismos clientes ya poseen dicha información.

10) Bélgica

No sería legal, conforme la legislación existente.

10) Brasil

En Brasil no existe legislación, todavía a la Sección le parece factible la formación de dos grupos de riesgo.

10) Colombia

No lo considera. Si considero legal que las Aseguradoras formen dos grupos de riesgo con y sin examen genético, solo con motivo de observación, para estudios de mortalidad y morbilidad; previa autorización del asegurado, tal como funciona actualmente para reportar información a las centrales de riesgo del sistema financiero.

La Ley en el derecho positivo obliga a la aseguradora a tarifar con respecto al riesgo. Aunque se podría presentar una discriminación legítima, dados los desarrollos jurisprudenciales ya reseñados, podría adquirir el carácter opuesto.

10) Dinamarca

No, ver respuesta a preguntas 2 y 4.

10) Ecuador

No está regulado. Para el sector de profesionales médicos no se debe aceptar esta conformación de grupos asegurados por razones de riesgo genético, precisamente porque no siempre es ciento por ciento certera. Sobre este tema, conocemos de alguna demanda por negligencia médica, planteada por el paciente, por cuanto el médico no explicó al paciente la conveniencia de un examen genético durante el embarazo.

10) El Salvador

No hay legislación específica al respecto, pero sí consideramos que estaríamos frente a un caso discriminatorio, que pudiera verse amparado por la legislación que sí tenemos al respecto sobre la discriminación

10) España

No existen pronunciamientos sobre este punto; pero en principio y en virtud del principio de no discriminación no parece posible.

10) Francia

La doctrina considera que el asegurador no tendría derecho a ubicar a los asegurados en dos grupos de riesgos (con o sin tests genéticos); ni de rechazar las propuestas de seguro de personas que no se hayan efectuado tests genéticos ni de establecer tarifas diferentes para esos dos grupos. Sería una discriminación prohibida por el Código Penal.-

10) Italia

No. Vale lo anteriormente mencionado en referencia a la imposibilidad para los aseguradores de imponer test genéticos a los propios asegurados y/o tratar los relativos éxitos (incluso a los fines de discriminación estadística).

10) Japón

Este tema es una cuestión de controversia en nuestro sector. Nuestro sector no tiene una opinión totalmente unánime al respecto.

10) Paraguay

Teniendo en cuenta que en el Paraguay no existe legislación, doctrina ni jurisprudencia con respecto al examen genético, nuestra opinión en la Sección Paraguaya es que necesariamente basado en los principios técnicos y actuariales debe existir dos grupos de riesgo conforme a lo señalado en la pregunta. Caso contrario, no tendría sentido la separación.

10) Portugal

Ver la respuesta a la pregunta anterior (9).

10) Sudáfrica

No existen leyes específicas en este sentido salvo por las disposiciones constitucionales sobre la discriminación injusta. Cuando la discriminación es justa a los fines de los intereses del público en general, esta discriminación podría considerarse constitucional y, por lo tanto, legal. En opinión de la Sección Nacional, no habría razón alguna que impida la identificación del riesgo.

10) Uruguay

No existe norma al respecto pero nuestra opinión es que dicha agrupación podría calificarse como discriminatoria.

10) Para la Secciones Nacionales de Grecia, Hungría, Indonesia y Suiza, la cuestión se encuentra en estudio.

11.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿Considera que si se dictara una legislación que prohíba obligar a un eventual asegurado a realizarse un examen genético, previo a la contratación de un seguro, los seguros de vida sufrirían una merma en su producción?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

11) Alemania

No existen estimaciones ni evaluaciones sobre la posibilidad de que la venta de seguros de vida se reduzca si la ley prohíbe a los aseguradores exigir que los asegurados se sometan a un examen genético.

11) Australia

Primero: El Código de Práctica de IFSA mencionado anteriormente, no es suscripto por todas las aseguradoras del mercado australiano. Por lo tanto, en teoría, ¿es posible que algunas aseguradoras estén solicitando la realización de pruebas genéticas antes de aceptar propuestas? ¿Es éste un escenario posible?

Segundo: La conclusión de ALRC fue la siguiente:

Asegurar que los miembros de IFSA no pidan que los solicitantes de seguros se sometan a pruebas genéticas y que los solicitantes no sean indirectamente influenciados para someterse a dichas pruebas, probablemente resulte en un beneficio para el público. En particular, la Comisión considera que existe un beneficio público al evitar la coerción iniciada por la aseguradora para someterse a pruebas genéticas.^[37]

25.57 Desde la autorización de ACCC, IFSA continuó desarrollando el anteproyecto y lo ha concretado en un estándar para la industria (Estándar 11.00 de IFSA - Política de Pruebas Genéticas). En diciembre de 2002, al expirar la autorización inicial de dos años, la ACCC otorgó una autorización interina en relación a las cláusulas relevantes que tendrá vigencia hasta que la ACCC presente su anteproyecto para su consideración. En ese momento, la ACCC reconsiderará la autorización interina.

A la luz de esta declaración, se admite que una aseguradora no arriesgaría la atención de ACCC en la búsqueda de dicha información.

Tercero: El Informe de ALRC fue concluido en el año 2002. Por lo tanto, la pregunta sería: “¿cuál es la posición actual frente al control legislativo o la actualización de los resultados del Informe”? Lamentablemente, no podemos ofrecer respuesta alguna en este momento.

11) Brasil

No existe legislación, doctrina o jurisprudencia. Y la Sección no tiene opinión, por la complejidad del tema, aunque lo tiene en estudio.

11) Colombia

La legislación no lo contempla. Sucederá como acontece actualmente para el examen del SIDA (VIH). Aunque las Compañías de seguros están en la libertad de incluirlo en sus requisitos médicos de asegurabilidad, el asegurado también está en la libertad de

practicárselo o no. La respuesta es que en solo muy pocos casos el asegurado se niega a practicárselo. Las compañías aseguradoras no han visto mermada la producción por exigirlo o no exigirlo.

11) Dinamarca

Como se menciona arriba, se prohíbe solicitar la realización de exámenes para obtener datos genéticos. No ha tenido efecto en la venta de seguros de vida.

11) Ecuador

No parece significativo el efecto.

11) El Salvador

No hay legislación al respecto. Consideramos que los seguros de vida no sufrirían una merma en su producción

11) España

Como se ha puesto de manifiesto, las entidades aseguradoras españolas no están solicitando ni utilizando información derivada de pruebas genéticas, por lo que no parece posible que una eventual prohibición legislativa pudiera incidir en la producción de seguros.

11) Francia

No ha habido caída de cifras de negocios de seguros de vida después de la entrada en vigor de la ley que prohíbe los exámenes genéticos.-

11) Hungría

En discusión. La legislación actual no brinda una respuesta clara.

Nuestra opinión: semejante prohibición podría afectar considerablemente la venta de seguros de vida.

11) Italia

No. No obstante se presume que donde eso fuera permitido, se registraría una contracción en las ventas para dos razones esenciales. En primer lugar por la comprensible contrariedad de buena parte de la población a tener “previsiones” respecto al propio estado de salud. Y en segundo lugar, porque la antiselección al ingreso que se derivaría / resultaría de esto, comportaría un inevitable alza de los premios aplicados para los sujetos mayormente necesitados de la cobertura de seguro.

11) Japón

No existe legislación al respecto. Pero en el mercado actual de las pólizas de seguro en Japón, dicha posibilidad es considerada poco probable.

11) Paraguay

Teniendo en cuenta que en el Paraguay no existe legislación, doctrina ni jurisprudencia con respecto al examen genético, nuestra opinión en la Sección Paraguaya es que al dictarse una ley que prohíba obligar a un eventual asegurado a realizar un examen genético, previo a la contratación de un seguro, los seguros de vida no debería sufrir merma alguna en su producción. Por el contrario habría más gente interesada porque con el examen genético la expectativa sería más atractiva ante la aleatoriedad de la muerte.

11) Portugal

En nuestro mercado, los aseguradores no pueden realizar pruebas genéticas en aquellas personas que solicitan un seguro de vida (Artículo 11 (2) de la Ley 12/2005). El impacto de esta medida en cuanto a la producción de primas no ha sido objeto de estudio.

11) Sudáfrica

No existe ley o jurisprudencia al respecto. La opinión de la Sección Nacional es que las ventas no caerán, aunque los límites de las sumas aseguradas podrían reducirse.

11) Uruguay

No vemos que pudiera existir tal merma pero dada la escasa, por no decir nula, experiencia que tenemos en el país consideramos no podemos emitir una opinión fundada.

11) Para las Secciones nacionales de Bélgica, Grecia, Indonesia y Suiza, la cuestión se encuentra en estudio.

12.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla el caso que de realizarse exámenes genéticos, previos a la contratación de un seguro de vida, ello disminuiría el alea del contrato, de forma tal que pudiera llegar a desaparecer?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

12) Australia

Australia no cuenta por el momento con legislación o jurisprudencia. No obstante, las aseguradoras de vida ya han encarado este problema y acordaron seguir el Código de Práctica de IFSA. Se admite que el problema fue encarado con mayor énfasis en el punto de vista de la privacidad de la persona que en el de la disminución del atractivo de los seguros

de vida como tales. Al respecto cabe señalar que hubo y hay aseguradoras de vida que reconocieron y aun reconocen estos riesgos.

12) Brasil

No existe legislación, doctrina o jurisprudencia y la Sección entiende que habrá disminución del alea, sin llegar a desaparecer, sea por los accidentes, sea por las nuevas enfermedades contagiosas.

12) Colombia

No se considera que la incertidumbre desaparezca. Vale la pena evaluar que si las pruebas genéticas pueden conllevar prevención, la incertidumbre recaerá sobre el momento en que aparezcan las enfermedades. Por ello, las compañías de seguros de vida deberán evaluar sus sistemas de tarificación de acuerdo con los hábitos de vida y las actividades del asegurado, que son los elementos que influirán aleatoriamente en la mortalidad o en el desarrollo de una determinada enfermedad.

12) Dinamarca

No, ver arriba.

12) Ecuador

La infalibilidad de estos exámenes podría tener consecuencias directas en la aleatoriedad del seguro, pero lo que existe realmente es un manejo de probabilidades, que con los exámenes genéticos es mucho más certera. Sin embargo, como hemos mencionado antes, no es muy factible que la utilización de exámenes genéticos, pueda llegar a darse en la práctica, pues afecta principios fundamentales de no discriminación. En este sentido, lo que sucede con personas con VIH positivo, demuestra que las aseguradoras han cambiado poco a poco su posición de negativa absoluta de este riesgo, a una paulatina aceptación del mismo, en la medida que puede ser desconocido por el asegurado al momento de tomar el contrato.

12) El Salvador

No hay legislación al respecto. Consideramos que la realización de exámenes genéticos previo a la contratación de un seguro sí podría llegar a disminuir la aleatoriedad del contrato de seguro, ya que se estaría dependiendo en la contratación del mismo de situaciones más certeras

12) España

No existe legislación ni jurisprudencia sobre el particular. En relación con la doctrina, muy escasa, se debe tener en cuenta que en la actualidad los resultados de los tests genéticos existentes se refieren casi exclusivamente a enfermedades monogénicas, de aparición poco frecuente. En el caso de enfermedades poligénicas (aquellas que afectan a más de un gen y están relacionadas también con la forma de vida del individuo) su predictibilidad es meramente probabilística, en el sentido de que una persona a la que el análisis pronostica una determinada enfermedad no tiene por qué contraerla en el futuro, por lo que el factor aleatorio no desaparece.

12) Francia

La doctrina considera que el carácter aleatorio del seguro (Artículo 1964 del Código civil) podría ser disminuido por los exámenes genéticos.-

12) Italia

Existiendo la prohibición de solicitar a los asegurados someterse a test genéticos, la doctrina y la jurisprudencia nunca enfrentaron el problema. En línea teórica, estando el riesgo asegurado evaluado sobre bases de probabilidades, los resultados de los -screenings genéticos- que a su vez tienen una validez de probabilidades – podrían influenciarlo. Se debe no obstante tener presente que – en esas condiciones - el riesgo en el aspecto de seguro está calculado, incluso a los efectos del premio de tarifa aplicado, basándose sobre una hipótesis estadística que no utiliza dicha discriminación.

12) Japón

No. En el mercado actual de las pólizas de seguro en Japón, esta posibilidad es también considerada baja.

12) Paraguay

Idem respuesta anterior.

12) Sudáfrica

No existe ley o jurisprudencia al respecto. En opinión de la Sección Nacional, las pólizas de seguro de vida no desaparecerán aunque podrían surgir otros planes de inversión y ahorro más atractivos para los consumidores.

12) Uruguay

Opinamos que el alea del seguro se conservaría a pesar de los exámenes genéticos.

12) Para Alemania, Bélgica, Grecia, Hungría, Indonesia, Portugal y Suiza, la cuestión se encuentra en estudio.

13.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla el caso que si a los aseguradores se les prohibiera solicitar el examen genético, previo a la contratación de un seguro, los asegurados, que conozcan su condición genética, lo podrían utilizar en perjuicio del asegurador? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

13)Alemania

Si, hay preocupación en torno a la posibilidad de que, en caso de que se prohíba a las compañías de seguro solicitar datos genéticos, algunos interesados que conocen sus datos genéticos negativos, no lo informarán al asegurador y contratarán con la compañía de seguros (en especial, desearán una cobertura elevada). La preocupación existe debido a que no sería razonable que otros asegurados paguen un precio más elevado.

13)Australia

Las aseguradoras de vida tienen derecho a solicitar los antecedentes familiares de los potenciales asegurados así como cualquier resultado de pruebas genéticas a las que el solicitante se hubiera sometido de manera voluntaria.

No obstante, si la información genética de un solicitante es conocida por él y no es revelada a la aseguradora de vida deliberadamente, son claros los derechos y los recursos de las aseguradoras en la Ley de Contratos de Seguros de 1986 en caso de falta de provisión, fraudulenta o involuntaria

13)Bélgica

Sin embargo, surge un problema en la situación en la cual se han realizado pruebas genéticas –por ejemplo, por motivos terapéuticos o científicos- y el candidato conoce estos resultados. Como hemos visto, la prohibición de la comunicación de los datos evitará que el asegurado comunique esta información, aún cuando estuviera dispuesto a hacerlo. Los riesgos desfavorables (aquellos que no están favorecidos por su perfil genético) se verán inclinados a obtener una cobertura cuando los riesgos positivos puedan llevarlos a no obtener un seguro para ciertos riesgos específicos. Nos enfrentamos con una situación de

“selección adversa”. Los peligros relacionados con este problema amenazarían el equilibrio y la supervivencia de la compañía de seguros (casu quo: la industria del seguro) y este peligro reviste tal gravedad que podría atentar contra el interés del asegurado. Desde este ángulo, surgen argumentos para obligar al asegurado que tiene información sobre su perfil genético a comunicarlo al asegurador. Para hacer frente al argumento de que esta obligación desalentaría a la gente a someterse a una evaluación genética, una solución sería limitar la obligación de comunicación a los casos en los que se intenta obtener una cobertura “normal” o “socialmente aceptable”. Esta solución sigue la línea marcada por aquella que adoptaron varios países, especialmente aquellos que optaron por un sistema de topes.

13)Brasil

No existe legislación, doctrina o jurisprudencia y la Sección entiende que se podría utilizar la información en perjuicio del asegurador.

13)Colombia

No lo contempla. Sin embargo, basta recordar que según el derecho privado, el asegurado está obligado a manifestar exactamente el estado del riesgo que conozca y el derecho constitucional podría crear excepciones a esta obligación.

Por ejemplo, los asegurados que conozcan su condición genética, lo podrían utilizar en perjuicio del asegurador, pero a la vez la compañía de seguros, precisamente pensando en lo mismo, podría incluir condiciones particulares en sus contratos tales como exclusiones de ciertas coberturas o limitaciones relacionadas con el examen genético. Tratándose que el seguro de Vida es un contrato de adhesión, el asegurado solo tendría la alternativa de adherirse a él.

13)Dinamarca

Como se menciona arriba, se prohíbe la solicitud de exámenes para obtener datos genéticos.

13)Ecuador

No existe nada al respecto en la ley, jurisprudencia o doctrina, pero, por supuesto que habría perjuicio para el asegurador, si existe conocimiento previo del asegurado sobre su condición genética, y deliberadamente no lo informa. Claro que el problema es de orden probatorio, para que el asegurador pueda demostrar el ocultamiento de la información por

13) El Salvador

No hay legislación al respecto. Nuestra opinión al respecto es que los asegurados que conozcan su condición genética sí podrían utilizarlo en perjuicio del asegurador en el sentido de que se les facilitaría a ellos ocultar información respecto a su condición

13) España

Como se ha puesto de manifiesto, la legislación española no contempla de modo especial la utilización de datos genéticos por parte de los aseguradores, siendo de aplicación la doctrina general relativa al deber precontractual de declaración del riesgo y al deber de comunicación de la posible agravación durante la vigencia del contrato.

13) Francia

La doctrina considera que los asegurados informados de su condición genética, teniendo el derecho de no saber, podrían ejercitar una acción contra el asegurador que les haya revelado su condición genética. Esta revelación podría ser considerada como una falta en el sentido de los artículos 1382 –1383 del Código Civil.-

13) Grecia

Sí, se podría utilizar en perjuicio del asegurador.

13) Hungría

La legislación actual no reglamenta esta situación. Esta Sección Nacional no tiene una opinión por el momento, aunque lo estamos estudiando.

13) Indonesia

la cuestión se encuentra en estudio.

13) Italia

El problema no ha sido planteado en doctrina y en jurisprudencia. En línea teórica, no existen obstáculos para que el asegurado utilice, incluso en el dominio judicial, los resultados de los test genéticos contra el asegurador. Se observa no obstante que, no influyendo el resultado de los test genéticos sobre la medida del premio aplicado por el asegurador no se aplica la regulación del artículo 1897 C.C. a los efectos del cual “si el contrayente comunica al asegurador cambios que producen una disminución del riesgo tal que, si hubiese estado en conocimiento de la misma en el momento de la conclusión del contrato, habría llevado a la aplicación de un premio menor, el asegurador, a partir del vencimiento del premio o de la cuota/ parte de premio sucesiva a la comunicación mencionada, no puede exigir sino el premio menor”. Del mismo modo, al no estar la evaluación del riesgo influenciada por el resultado de los test genéticos (los cuales, de

todos modos, en el estado actual de los conocimientos científicos, no ofrecen certezas sino solo posibilidades), no parece aplicable ni siquiera la disciplina sobre la inexistencia del riesgo (que comporta la nulidad del contrato) o sobre la cesación del riesgo durante el seguro.

13) Japón

No existe legislación al respecto. Nuestra Sección Nacional reconoce la posibilidad de una selección adversa. También parece existir la posibilidad que un médico aconseje a un paciente que contrate un seguro a fin de asegurarse la remuneración por un tratamiento médico.

13) Paraguay

En la Sección Paraguaya sostenemos el criterio, que ninguna persona cuerda y en especial aquella imbuida del altruismo que caracteriza a las personas que piensan en el BIENESTAR de su familia JAMAS PODRIA UTILIZAR EN PERJUICIO DEL ASEGURADOR.

13) Portugal

En nuestra opinión, este caso, en teoría, constituye un contrato de seguro no válido, debido a inexactitudes u omisiones (Artículo 429 del Código Comercial Portugués).

Cualquier declaración inexacta, así como la falta de información de hechos o circunstancias conocidas para el titular de la póliza o para la persona responsable de tomar el seguro, que pudiera influir en la existencia del mismo contrato o de las condiciones que contiene, invalida la póliza.

En caso de que hubiera prueba de mala fe por parte del individuo que realiza las declaraciones, el asegurador tiene derecho a retener la prima.

Sin embargo, no se conocen casos de este tipo en concreto ya que se trata de información confidencial a la que el asegurador no tiene acceso. Aun cuando el asegurador tuviera acceso a esta información (suponiendo que se obtuvo autorización del titular de la póliza) no tendría posibilidad de hacer uso de ella (Artículo 11 (2) de la Ley 12/2005).

13) Sudáfrica

No existe legislación o jurisprudencia alguna. La posición actual sobre la obligación de dar a conocer información sustancial y la responsabilidad por la omisión de suministrar información, según I9, se aplicaría también en este caso. En opinión de la Sección Nacional, la omisión de informar este tipo de información afectaría sin duda a los

aseguradores y la situación podría ser utilizada por el asegurado potencial para su propio beneficio.

13) Suiza

La cuestión se encuentra en estudio.

13) Uruguay

Esta Sección Nacional opina que en efecto tal prohibición podría fomentar actitudes fraudulentas en los asegurados que conozcan su condición genética, generando un factor de antiselección peligroso para el asegurador.

14.- La legislación de seguros vigente en su país, o la jurisprudencia existente, ¿tiene forma de impedir tales eventuales perjuicios, ya sea a través de la reticencia o de alguna otra forma? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

14)Alemania

Hasta el momento, no hay ninguna norma que permita a las compañías de seguro evitar la reticencia.

14) Australia

Como se mencionó en la respuesta a la Pregunta 13, existen la Ley de Contratos de Seguros y varias resoluciones importantes de la Suprema Corte relativas a la doctrina de reticencia.

14)Bélgica

La cuestión se encuentra bajo estudio.

14)Brasil

Si, el principio de la buena fe impone que el asegurado informe, con veracidad, todas las condiciones de salud conocidas por el, incluso datos de la condición genética.

14)Colombia

Como lo comentado anteriormente, las compañías de seguros si tienen las herramientas jurídicas y administrativas para prevenir los perjuicios, tales como:

La inclusión de preguntas claves en el cuestionario de salud.

La inclusión de condiciones particulares al contrato de seguro relacionadas con el tema.

La inclusión de exclusiones o limitaciones de cobertura.

La penalización de la reticencia.

La anulación del contrato de seguro en los dos primeros años de vigencia del seguro en vida del asegurado por error en la declaración de asegurabilidad.

Etc.

14)Dinamarca

Ver respuesta a la pregunta 13. En opinión de esta Sección Nacional, el riesgo de abuso es bajo en esta área.

14)Ecuador

La reticencia en la declaración, al menos en teoría, puede ser invocada por el asegurador, en tanto en cuanto demuestre que el asegurado conocía de la circunstancia no declarada.

14) El Salvador

Nuestra legislación sí contempla la posibilidad de impedir tales perjuicios, dándole al asegurador el derecho de dar por terminado el contrato de seguro cuando el asegurado en sus declaraciones ha actuado de manera dolosa o culposa

14) España

En el caso de incumplimiento del asegurado del deber de contestación veraz del cuestionario presentado por el asegurador (art. 10 LCS), éste podrá rescindir el contrato en el plazo de un mes, a contar desde que tuvo conocimiento de la reticencia o inexactitud. En el caso de haberse producido el siniestro la prestación del asegurador se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. En el caso de que la reticencia del asegurado se hubiera producido con culpa grave dolo, el asegurador quedará liberado del pago de la prestación.

En el caso de incumplimiento del deber de comunicar la agravación del riesgo (art. 13 LCS), el asegurador tendrá la facultad de proponer un modificación del contrato o bien de rescindir el contrato.

En el seguro de vida (art. 89 LCS) el asegurador no tendrá estas facultades transcurrido un año desde la conclusión del contrato, pudiendo las partes fijar un plazo inferior, salvo el caso de dolo del asegurado.

14) Francia

No es posible renunciar por adelantado a un derecho de orden público o a una disposición imperativa (artículo 6 del Código civil). El derecho de no saber constituye un derecho de

orden público. El asegurado no puede renunciar por adelantado a la protección de tal derecho. Toda renuncia por adelantado a ese derecho sería nula y de ningún efecto.-

14) Grecia

La cuestión se encuentra en estudio.

14) Hungría

Esta Sección Nacional no tiene opinión por el momento, aunque lo estamos estudiando.

14) Indonesia

La cuestión se encuentra bajo estudio.

14) Italia

Por las razones expuestas en las respuestas anteriores, no.

De todos modos se observa que según la jurisprudencia, el asegurado incurre en misrepresentation del riesgo solo si no responde a una específica pregunta del cuestionario que le es presentado por el asegurador y no está obligado a ningún comportamiento positivo, como el de divulgar los resultados de los test genéticos a los cuales se ha eventualmente sometido.

14) Japón

No existe legislación al respecto. Pero la jurisprudencia gradualmente se ha vuelto más estricta para el seguro de fraude, y por lo tanto, pareciera existir la posibilidad que se permita la rescisión por mala fe en las pólizas de seguro.

14) Paraguay

En la Sección Paraguaya de AIDA considera que el seguro ES NULO SI SE CELEBRO CON LA INTENCION DE ENRIQUECERSE INDEBIDAMENTE...”, Y LA RETICENCIA HACE ANULABLE EL CONTRATO”, con la expresa salvedad que se deben presentar las pruebas al juez para que éste en un juicio ordinario declare la nulidad del contrato.

14) Portugal

Ver respuesta a la pregunta anterior.

14) Sudáfrica

El derecho de acceso a la información, según el artículo 32 de la Constitución, establece que toda persona tiene derecho a acceder a cualquier tipo de información que otra persona pudiera tener y que fuera necesaria para proteger algún derecho. Además, se aplica la doctrina del “common law” sobre reticencia que se menciona en I9 y I13. La posición del

“common law” que surge de la doctrina puede resumirse de la siguiente manera: Debido al conocimiento íntimo por parte del asegurado de todos los datos relacionados con el riesgo que desea transferir al asegurador, la ley le exige informar todo dato relevante que pudiera conocer al asegurador. Ello permite al asegurador establecer si está preparado para asumir el riesgo del asegurado y llegar a un acuerdo con el asegurado [*Mutual & Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality* 1985 1 SA 419 (A); *Anderson Shipping v Guardian National Insurance* 1987 3 SA 506 (A); *Qilingile v SA Mutual Life Assurance Society* 1993 1 SA 69 (A); *De Waal NO v Metropolitan Lewens Bpk* 1994 1 SA 818 (O); *SA Eagle v Norman Welthagen Investments* 1994 2 SA 122 (A); *Commercial Union Insurance Co of SA Ltd v Lotter* 1999 2 SA 147 (SCA)].

14) Suiza

La cuestión se encuentra en estudio.

14) Uruguay

Como esta Sección Nacional ya ha dicho, existe la institución de la reticencia que podría paliar los perjuicios, pero no sería por cierto aplicable si se prohibiera al asegurador solicitar tales exámenes.

Como se puede observar, la mayoría de los países coincide con la opinión sustentada por la Sección Argentina, en este trabajo, aunque con algunos matices diversos. En efecto, en general se considera que el examen genético previo no debe solicitarse al eventual asegurado con el objeto de no violentar sus derechos individuales y de respetar su “derecho a no saber”. Algunos, cuando la suma asegurada es muy elevada, autorizan el examen mencionado, con autorización del asegurado, a los efectos de evitar la antiselección. En otros varios casos son los propios aseguradores, o las entidades que los nuclean, los que se autolimitan.

DECLARACIONES Y CONVENIOS SUPRANACIONALES:

a) DECLARACION UNIVERSAL SOBRE EL PROYECTO GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS:

La UNESCO, en el mes de septiembre de 1997 emite la Declaración Universal sobre el Proyecto Genoma Humano y los Derechos Humanos, nro 29C/21, firmada por los delegados de casi cien países, con la sola disidencia de Canadá. Esta declaración, a mi juicio, por un lado, exalta y proclama, los derechos humanos al sostener el respeto a la dignidad y derechos del individuo cualquiera sean sus características genéticas; el derecho que se respete el carácter único y la diversidad de cada persona; la necesidad de recabar el consentimiento previo, libre e informado de la persona que haya de someterse a un examen genético; pero, por el otro lado, en el in. “d” del art. 5to., y el art. 9no., se deja abierta una enorme “brecha” para que los Estados signatarios de la declaración, puedan vulnerar los derechos humanos al permitir que se pueda realizar un examen genético a una persona, sin su consentimiento, cuando la misma no estuviera en condiciones de expresarlo y siempre y cuando se obtenga un beneficio directo para su salud.

Pero si esto no fuera posible (el beneficio directo para su salud) igual se podrá realizar el examen, con carácter excepcional, **permitiendo exponer al interesado a un riesgo y coerción mínimos**, cuando de dicha investigación pudiera surgir un beneficio de salud para un grupo de edad o que se encuentre en las mismas condiciones genéticas, a reserva de que dicha investigación se realice dentro de las condiciones que fije la ley y que sea compatible con la protección de los derechos humanos (conf. art. 5to., inc “d”).

A su vez, el art. 9no. establece que con el objeto de proteger los derechos humanos **sólo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello** y a reserva del respeto del derecho internacional público y del internacional relativo a los derechos humanos.

Como se puede observar, los Estados se reservan para sí legislar en la materia pudiendo, no sólo limitar el consagrado principio del consentimiento previo, libre e informado, y de la confidencialidad, sino también, someter a las personas al examen genético bajo coerción y aunque corran un riesgo. Aparece aquí, nuevamente, la cuestión del Postmodernismo, filosofía en la cual se inscribe, en mi criterio, la Declaración de la UNESCO. Por un lado se declaman y exaltan los derechos humanos y, por el otro, se los limita hasta el extremo de permitir los exámenes

genéticos haciendo uso de la coerción y aunque las personas corran riesgos. Coincido con la expresión de Carlos A Ghersi en el sentido que: “.....*la postmodernidad será la contradicción entre la exaltación del ser humano y la retrocesión legislativa y jurisprudencial que lo denigra*”

Ratificando la Declaración de la UNESCO, el 10 de diciembre de 1998 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó por consenso la Declaración Universal sobre el Genoma Humano. El documento fue presentado por iniciativa de Francia a la Asamblea General, con el apoyo de 86 países.

b) CONVENCIÓN DE OVIEDO: Con el auspicio del Consejo de Europa, se elaboró la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina el 4 de abril de 1997, llamada la Convención de Oviedo. El Artículo 11 de esta Convención prohíbe cualquier forma de discriminación sobre la base de la herencia genética y el artículo 12 explícitamente prohíbe la realización de pruebas predictivas por razones que no sean la investigación médica, aun con el consentimiento de la persona involucrada. Según el Artículo 12: “*Sólo podrán realizarse pruebas predictivas de enfermedades genéticas que permitan identificar a un sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad o que permitan detectar una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad con fines médicos o de investigación médica y sujeto al asesoramiento genético adecuado*”.

c) DECLARACIÓN UNIVERSAL DE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS:

Esta Declaración fue aprobada, por aclamación, en la 33ra. Sesión de la asamblea general de la UNESCO el 19 de octubre de 2005. Su texto es el siguiente:

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1 – Alcance

a) La Declaración trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales.

GHERSI, Carlos A. Ob.citada.

”Un número creciente de países a firmado y ratificado la Convención de Oviedo (www.conventions.coc.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm).

b) La Declaración va dirigida a los Estados. Imparte también orientación, cuando procede, para las decisiones o prácticas de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas.

Artículo 2 – Objetivos

Los objetivos de la presente Declaración son:

- i) proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética;
- ii) orientar la acción de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas;
- iii) promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos;
- iv) reconocer la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico, destacando al mismo tiempo la necesidad de que esa investigación y los consiguientes adelantos se realicen en el marco de los principios éticos enunciados en esta Declaración y respeten la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- v) fomentar un diálogo multidisciplinario y pluralista sobre las cuestiones de bioética entre todas las partes interesadas y dentro de la sociedad en su conjunto;
- vi) promover un acceso equitativo a los adelantos de la medicina, la ciencia y la tecnología, así como la más amplia circulación posible y un rápido aprovechamiento compartido de los conocimientos relativos a esos adelantos y de sus correspondientes beneficios, prestando una especial atención a las necesidades de los países en desarrollo;
- vii) salvaguardar y promover los intereses de las generaciones presentes y venideras; y
- viii) destacar la importancia de la biodiversidad y su conservación como preocupación común de la especie humana.

PRINCIPIOS

En el ámbito de la presente Declaración, tratándose de decisiones adoptadas o de prácticas ejecutadas por aquellos a quienes va dirigida, se habrán de respetar los principios siguientes.

Artículo 3 – Dignidad humana y derechos humanos

a) Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

b) Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

Artículo 4 – Beneficios y efectos nocivos

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se deberían potenciar al máximo los beneficios directos e indirectos para los pacientes, los

participantes en las actividades de investigación y otras personas concernidas, y se deberían reducir al máximo los posibles efectos nocivos para dichas personas.

Artículo 5 – Autonomía y responsabilidad individual

Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.

Artículo 6 – Consentimiento informado

a) Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo podrá llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.

b) La investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en el Artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

c) En los casos correspondientes a investigaciones llevadas a cabo en un grupo de personas o una comunidad, se podrá pedir además el acuerdo de los representantes legales del grupo o la comunidad en cuestión. El acuerdo colectivo de una comunidad o el consentimiento de un dirigente comunitario u otra autoridad no deberían sustituir en caso alguno el consentimiento informado de una persona.

Artículo 7 – Personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento

De conformidad con la legislación nacional, se habrá de conceder protección especial a las personas que carecen de la capacidad de dar su consentimiento:

a) la autorización para proceder a investigaciones y prácticas médicas debería obtenerse conforme a los intereses de la persona interesada y de conformidad con la legislación

nacional. Sin embargo, la persona interesada debería estar asociada en la mayor medida posible al proceso de adopción de la decisión de consentimiento, así como al de su revocación;

b) se deberían llevar a cabo únicamente actividades de investigación que redunden directamente en provecho de la salud de la persona interesada, una vez obtenida la autorización y reunidas las condiciones de protección prescritas por la ley, y si no existe una alternativa de investigación de eficacia comparable con participantes en la investigación capaces de dar su consentimiento. Las actividades de investigación que no entrañen un posible beneficio directo para la salud se deberían llevar a cabo únicamente de modo excepcional, con las mayores restricciones, exponiendo a la persona únicamente a un riesgo mínimo y una carga mínima y, si se espera que la investigación redunde en provecho de la salud de otras personas de la misma categoría, a reserva de las condiciones prescritas por la ley y de forma compatible con la protección de los derechos humanos de la persona. Se debería respetar la negativa de esas personas a tomar parte en actividades de investigación.

Artículo 8 – Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.

Artículo 9 – Respeto de la privacidad y confidencialidad

Se debería respetar la privacidad de las personas interesadas y la confidencialidad de la información que les atañe. En la mayor medida posible, esa información no debería utilizarse o revelarse para fines distintos de los que determinaron su acopio o para los que se obtuvo el consentimiento, de conformidad con el derecho internacional, en particular el relativo a los derechos humanos.

Artículo 10 – Igualdad, justicia y equidad

Se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad.

Artículo 11 – No discriminación y no estigmatización

No se debería discriminar ni estigmatizar a ningún individuo o grupo por ningún motivo, en violación de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 12 – Respeto de la diversidad cultural y del pluralismo

Se debería tener debidamente en cuenta la importancia de la diversidad cultural y del pluralismo. No obstante, estas consideraciones no habrán de invocarse para atentar contra la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales o los principios enunciados en la presente Declaración, ni tampoco para limitar su alcance.

Artículo 13 – Solidaridad y cooperación

Se habrá de fomentar la solidaridad entre los seres humanos y la cooperación internacional a este efecto.

Artículo 14 – Responsabilidad social y salud

a) La promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos es un cometido esencial de los gobiernos, que comparten todos los sectores de la sociedad.

b) Teniendo en cuenta que el disfrute del nivel de salud más alto que se pueda alcanzar es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, convicciones políticas, condición económica o social, los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar:

- i) el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano;
- ii) el acceso a una alimentación y un abastecimiento en agua adecuados;
- iii) la mejora de las condiciones de vida y del medio ambiente;

- iv) la supresión de la marginación y exclusión de personas por cualquier motivo; y
- v) la reducción de la pobreza y el analfabetismo.

Artículo 15 – Aprovechamiento compartido de los beneficios

a) Los beneficios resultantes de toda investigación científica y sus aplicaciones deberían compartirse con la sociedad en su conjunto y en el seno de la comunidad internacional, en particular con los países desarrollados. Los beneficios que se deriven de la aplicación de este principio podrán revestir las siguientes formas:

- i) asistencia especial y duradera a las personas y los grupos que hayan tomado parte en la actividad de investigación y reconocimiento de los mismos;
- ii) acceso a una atención médica de calidad;
- iii) suministro de nuevas modalidades o productos de diagnóstico y terapia obtenidos gracias a la investigación;
- iv) apoyo a los servicios de salud;
- v) acceso a los conocimientos científicos y tecnológicos;
- vi) instalaciones y servicios destinados a crear capacidades en materia de investigación; y
- vii) otras formas de beneficio compatibles con los principios enunciados en la presente Declaración.

b) Los beneficios no deberían constituir incentivos indebidos para participar en actividades de investigación.

Artículo 16 – Protección de las generaciones futuras

Se deberían tener debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética.

Artículo 17 – Protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad

Se habrán de tener debidamente en cuenta la interconexión entre los seres humanos y las demás formas de vida, la importancia de un acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos y su utilización, el respeto del saber tradicional y el papel de los seres humanos en la protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Artículo 18 – Adopción de decisiones y tratamiento de las cuestiones bioéticas

a) Se debería promover el profesionalismo, la honestidad, la integridad y la transparencia en la adopción de decisiones, en particular las declaraciones de todos los conflictos de interés y el aprovechamiento compartido de conocimientos. Se debería procurar utilizar los

mejores conocimientos y métodos científicos disponibles para tratar y examinar periódicamente las cuestiones de bioética.

b) Se debería entablar un diálogo permanente entre las personas y los profesionales interesados y la sociedad en su conjunto.

c) Se deberían promover las posibilidades de un debate público pluralista e informado, en el que se expresen todas las opiniones pertinentes.

Artículo 19 – Comités de ética

Se deberían crear, promover y apoyar, al nivel que corresponda, comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas con miras a:

i) evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales pertinentes suscitados por los proyectos de investigación relativos a los seres humanos;

ii) prestar asesoramiento sobre problemas éticos en contextos clínicos;

iii) evaluar los adelantos de la ciencia y la tecnología, formular recomendaciones y contribuir a la preparación de orientaciones sobre las cuestiones que entren en el ámbito de la presente Declaración; y

iv) fomentar el debate, la educación y la sensibilización del público sobre la bioética, así como su participación al respecto.

Artículo 20 – Evaluación y gestión de riesgos

Se deberían promover una evaluación y una gestión apropiadas de los riesgos relacionados con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas.

Artículo 21 – Prácticas transnacionales

a) Los Estados, las instituciones públicas y privadas y los profesionales asociados a actividades transnacionales deberían procurar velar por que sea conforme a los principios enunciados en la presente Declaración toda actividad que entre en el ámbito de ésta y haya sido realizada, financiada o llevada a cabo de cualquier otra manera, en su totalidad o en parte, en distintos Estados.

b) Cuando una actividad de investigación se realice o se lleve a cabo de cualquier otra manera en un Estado o en varios (el Estado anfitrión o los Estados anfitriones) y sea financiada por una fuente ubicada en otro Estado, esa actividad debería someterse a un nivel apropiado de examen ético en el Estado anfitrión o los Estados anfitriones, así como en el Estado donde esté ubicada la fuente de financiación. Ese examen debería basarse en

normas éticas y jurídicas que sean compatibles con los principios enunciados en la presente Declaración.

c) Las actividades de investigación transnacionales en materia de salud deberían responder a las necesidades de los países anfitriones y se debería reconocer la importancia de la investigación para contribuir a la paliación de los problemas urgentes de salud a escala mundial.

d) Al negociar un acuerdo de investigación, se deberían establecer las condiciones de colaboración y el acuerdo sobre los beneficios de la investigación con la participación equitativa de las partes en la negociación.

e) Los Estados deberían tomar las medidas adecuadas en los planos nacional e internacional para luchar contra el bioterrorismo, así como contra el tráfico ilícito de órganos, tejidos y muestras, los recursos genéticos y los materiales relacionados con la genética.

PROMOCIÓN DE LA DECLARACIÓN

Artículo 22 – Función de los Estados

a) Los Estados deberían adoptar todas las disposiciones adecuadas, tanto de carácter legislativo como administrativo o de otra índole, para aplicar mediante leyes o reglamentos los principios enunciados en la presente Declaración. Esas disposiciones deberían respaldarse con actividades en el ámbito de la educación, la formación y la información al público.

b) Los Estados deberían alentar la creación de comités de ética independientes, multidisciplinarios y pluralistas, tal como se dispone en el Artículo 19.

Artículo 23 – Educación, formación e información en materia de bioética

a) Para promover los principios enunciados en la presente Declaración y entender mejor los problemas planteados en el plano de la ética por los adelantos de la ciencia y la tecnología, en particular para los jóvenes, los Estados deberían esforzarse no sólo por fomentar la educación y formación relativas a la bioética en todos los planos, sino también por estimular los programas de información y difusión de conocimientos sobre la bioética.

b) Los Estados deberían alentar a las organizaciones inter gubernamentales internacionales y regionales, así como a las organizaciones no gubernamentales internacionales, regionales y nacionales, a que participen en esta tarea.

Artículo 24 – Cooperación internacional

a) Los Estados deberían fomentar la difusión de información científica a nivel internacional y estimular la libre circulación y el aprovechamiento compartido de los conocimientos científicos y tecnológicos.

b) En el contexto de la cooperación internacional, los Estados deberían promover la cooperación científica y cultural y llegar a acuerdos bilaterales y multilaterales que permitan a los países en desarrollo crear las capacidades necesarias para participar en la creación y el intercambio de conocimientos científicos y de las correspondientes competencias técnicas, así como en el aprovechamiento compartido de sus beneficios.

c) Los Estados deberían respetar y fomentar la solidaridad entre ellos y deberían también promoverla con y entre individuos, familias, grupos y comunidades, en particular con los que son más vulnerables a causa de enfermedades, discapacidades u otros factores personales, sociales o ambientales, y con los que poseen recursos más limitados.

Artículo 25 – Actividades de seguimiento de la UNESCO

- a) La UNESCO deberá promover y difundir los principios enunciados en la presente Declaración. Para ello, la UNESCO solicitará la ayuda y la asistencia del Comité Intergubernamental de Bioética (CIGB) y del Comité Internacional de Bioética (CIB).
- b) La UNESCO deberá reiterar su voluntad de tratar la bioética y de promover la colaboración entre el CIGB y el CIB.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 26 – Interrelación y complementariedad de los principios

La presente Declaración debe entenderse como un todo y los principios deben entenderse como complementarios y relacionados unos con otros. Cada principio debe considerarse en el contexto de los demás principios, según proceda y corresponda a las circunstancias.

Artículo 27 – Restricciones de los principios

Si se han de imponer limitaciones a la aplicación de los principios enunciados en la presente Declaración, se debería hacer por ley, en particular las leyes relativas a la seguridad pública para investigar, descubrir y enjuiciar delitos, proteger la salud pública y salvaguardar los derechos y libertades de los demás. Dicha ley deberá ser compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Artículo 28 – Salvedad en cuanto a la interpretación: actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana

Ninguna disposición de la presente Declaración podrá interpretarse como si confiriera a un Estado, grupo o individuo derecho alguno a emprender actividades o realizar actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana.

Esta Declaración viene, en nuestro criterio, a solucionar las “brechas” que había dejado la anterior de 1997, y que más arriba criticamos, al no permitir realizar exámenes genéticos bajo coerción e impedir que los países puedan limitar los derechos que de ella emanan.

Para finalizar debemos decir que el Proyecto Genoma Humano es un notable avance científico para la humanidad que no debe ser utilizado para discriminar, ya que ello significaría un enorme menoscabo a los derechos personalísimos. Si así sucediera la raza humana habrá retrocedido substancialmente en su lucha por la igualdad.

BIBLIOGRAFIA

ALARCÓN FIDALGO, Joaquín, “El Seguro de Personas y el Genoma Humano”, ponencia presentada en el IX Congreso Iberolatinoamericano de Derecho de Seguros, Guadalajara, México, marzo de 2006.

AMGEN INTERNATIONAL en www.amgen.es/biotecnología/genoma.htm

DIARIO “El Nacional” en www.une.edu.ve/salud/articulos/elnacional/1298/declaración-clonación.htm

DIARIO “Ambito Financiero” del 28 de julio de 1999, pag. 18.

FERNÁNDEZ DEL RIESGO, Manuel “La Posmodernidad y la Crisis de los Valores Religiosos”, pag. 89, “En torno a la Posmodernidad”, Vattimo G. y otros, editorial Anthropos, año 1994.

GHERSI, Carlos A. “La Posmodernidad Jurídica”, diario La Ley, 8 de mayo de 1997, año LXI nro. 88.

HALPERIN - MORANDI, “Seguros”, pag. 50/51, editorial Depalma, 2da. edición, año 1991.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “Aspectos Jurídicos del Proyecto Genoma Humano”, E.D. T. 153, pag. 929/945.

KIPER, Claudio Marcelo “La Discriminación”, La Ley, T. 1995B, paga. 1025/1034.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio “El Código Genético y el Contrato de Seguros”, “El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano”, Volumen III, pag. 41, Fundación BBV, Madrid 1994.

SCHAEGIS, Chrystelle “Progrès scientifique et responsabilité administrative”, CNRS Droit, CNRS Editions, París, octubre de 1998.

SIGNORINO BARBAT, Andrea, “El Genoma Humano y el Seguros de Personas”, ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Guadalajara, México, marzo de 2006.

U.N.E.S.C.O. “Declaración Universal sobre el Proyecto Genoma Humano y los Derechos Humanos”, nro 29C/21, septiembre de 1997.

U.N.E.S.C.O. “Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos”, octubre de 2005.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., “Resarcimiento de daños-Daños a las personas”, pag. 94, Editorial Hammurabi, año 1994)