

Incidencia de las pruebas genéticas en los contratos de seguro*

DANIEL VÁSQUEZ VEGA**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. Pruebas genéticas
2. ¿Tienen que declararse los resultados de las pruebas genéticas practicadas con anterioridad a la toma de un seguro y pueden tenerse en cuenta dichos resultados en la suscripción del mismo?
 - a. ¿El que la configuración genética esté por fuera del control de las personas amerita un trato especial?
 - b. ¿Tienen las pruebas o exámenes genéticos o la información genética en general, un carácter excepcional o novedoso en comparación con otros exámenes o información médica que amerite un trato diferencial?
 - c. La justificación técnica de la discriminación

Fecha de recepción: Octubre 20 de 2014
Fecha de aceptación: Noviembre 15 de 2014

* Ganador del premio Fasecolda al periodismo de seguros 2014. Investigación realizada por el autor, en que analiza los distintos contextos en torno a la admisión, declaración y consideración de las pruebas genéticas en el proceso de suscripción de pólizas por los aseguradores. Así mismo concluye su disertación, tomando una posición respecto a este reciente debate.

** Abogado de la Universidad CES (Col), Especialista en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana (Col), LLM de UCL (RU), profesor de seguros en la especialización de Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad EAFIT, en la especialización de Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad Pontificia Bolivariana, en la especialización de Derecho Comercial de la Universidad del Rosario dictada en Medellín en convenio con la Universidad CES y de diplomados y cursos en seguros de las universidades Autónoma y CES. Abogado de la Dirección de Seguros de la Gerencia de Asuntos Legales de Suramericana. Correo de contacto: dvasquezv@outlook.com

- d. Equidad versus igualdad: la diferencia entre el aseguramiento público o seguridad social y los seguros privados
 - e. Efectos disuasivos si se permite el uso
 - f. Riesgos de la prohibición y ventajas de su autorización
 - g. Conclusiones preliminares
3. Soluciones en el derecho comparado
 4. ¿Tienen que declararse los resultados de las pruebas genéticas practicadas con anterioridad y pueden tenerse en cuenta dichos resultados en la suscripción de seguros de personas? – respuesta de acuerdo con el marco jurídico existente Colombia
 5. Las demás implicaciones de las pruebas genéticas en los seguros
 - a. ¿Puede el asegurador exigir que se practiquen exámenes genéticos para decidir si celebra o no el contrato en los casos en los cuales la persona no se había practicado algún examen de este tipo antes de solicitar el seguro?
 - b. ¿Los resultados evidenciados al practicarse un examen genético tienen incidencia sobre la asegurabilidad de ciertos riesgos de acuerdo con la definición que de los mismos trae el Código de Comercio?

Conclusiones

Bibliografía

RESUMEN

El debate alrededor de si las pruebas genéticas y sus resultados tienen que ser declarados por el tomador de un seguro al asegurador ha sido extenso. Este estudio analiza los diferentes argumentos que existen a favor y en contra y concluye que no existen motivos suficientes para que se otorgue un trato diferente a estos hechos o circunstancias y que por lo tanto deben ser declarados y pueden ser tenidos en cuenta por el asegurador en el proceso de suscripción.

Así mismo se revisa si el marco jurídico colombiano se ajusta a esta conclusión con el fin de verificar si existen normas especiales que regulen las pruebas genéticas que conlleven a que el tomador no tenga que informar estas circunstancias de acuerdo con el régimen general del deber de declarar el estado del riesgo establecido en el artículo 1058 del Código de Comercio.

No solamente se analiza si el tomador tiene que declarar esta información de acuerdo con los parámetros señalados, sino también si el asegurador puede y debe tener en cuenta la misma para determinar si asume o no el riesgo y las condiciones en que lo haría si decide asumirlo.

Las posturas y normas son revisadas a la luz de si los seguros privados fuesen el único mecanismo para garantizar la protección ante riesgos sociales tales como el de alteración a la salud o incapacidad para trabajar. También se exploran los escenarios en los cuales hay sistemas de seguridad social que cubren estos riesgos. Por último, no se dejan por fuera los casos en los cuales los seguros privados pueden impedir o dificultar el acceso a servicios financieros.

Palabras clave: Seguros de vida, seguros de salud, pruebas genéticas, declaración del estado del riesgo, criterios de suscripción.

ABSTRACT

The debate around whether genetic testing and its results have to be disclosed by assureds to insurers has been extensive. This study analyzes the various existing arguments for and against and concludes that there are insufficient grounds for a different treatment of genetic information and therefore it must be disclosed and may be considered by insurers in the underwriting process.

The Colombian legal framework is also revised in this paper in order to see if the existing law on misrepresentation and non-disclosure –provided in section 1058 of the Colombian Commercial Code– holds any exceptions in relation to genetic information.

The study is not confined to the policyholder's duty to disclose this information in accordance with the parameters indicated above, but includes the matter of if the insurer can and should take such information into account in determining whether or not to assume the risk and the conditions in which it would if it chose to accept it.

The different arguments and rules are reviewed in light of whether private insurance are the only mechanism to ensure protection against social risks such as sickness or disability to work. Scenarios in which there is social security systems covering these risks are also explored. Finally, cases in which private insurance can prevent or hinder access to financial services are not left out.

Key words: life insurance, health insurance, genetic testing, misrepresentation and non-disclosure, underwriting criteria.

INTRODUCCIÓN

El 12 de abril de 2003, en un comunicado conjunto, varios países anunciaron al mundo que se había logrado secuenciar tres mil millones de pares de bases de ADN del genoma humano.¹ Este era el resultado de años de investigación adelantados por el Proyecto del Genoma Humano² y el presidente de la Academia Nacional de Ciencia de los Estados Unidos no dudó en caracterizar este hecho como una “fundación sobre la cual construir la ciencia y medicina del siglo XXI”.³ Incluso desde antes de este logro, la imaginación de tanto científicos como legos había volado a pasos agigantados respecto de las implicaciones que estos descubrimientos y adelantos tecnológicos podrían tener en la vida en sociedad.⁴ Dentro de los seis objetivos específicos del proyecto para secuenciar el genoma humano se incluyó el de abordar las implicaciones éticas, legales y sociales del mismo, destinándose parte del presupuesto a un grupo de trabajo conjunto que identificó cuatro áreas de alta prioridad.⁵ La segunda de ellas era el uso justo de información genética por parte de empleadores y aseguradores.⁶

1 (Gannett, 2010)

2 El Proyecto del Genoma Humano fue un esfuerzo internacional encaminado a crear un mapa genético del ser humano (Gannett, 2010).

3 (Gannett, 2010)

4 Por ejemplo, en 1997 la película *Gáttaca* evidencia la preocupación existente alrededor de que los desarrollos genéticos conllevaran a la creación en dos clases de personas: aquellos superiores debido a modificaciones introducidas desde la concepción y otros inferiores con dificultad de acceder a ciertos trabajos.

5 (Gannett, 2010) (Nowlan, 2002, pág. 195)

6 (Gannett, 2010)

El científico David Baltimore predijo que el proyecto del genoma humano revelaría que la creencia de que todos somos iguales era un mito y, de manera similar, el filósofo Marc Lappé advirtió la posibilidad de que el proyecto podría revelar diferencias entre grupos y que las mismas darían lugar a significativas implicaciones éticas en las áreas del cuidado a la salud y de las políticas sociales.⁷ Puntualmente en el mundo de los seguros el debate ha sido feroz en relación con la pregunta acerca de si se debe o no permitir a los aseguradores utilizar información que sea resultado de exámenes o pruebas genéticas en el proceso de suscripción y, en consecuencia, si los tomadores deberían informar dichos resultados al momento de declarar el estado del riesgo.

La reacción inicial en algunos ámbitos internacionales fue prohibir el uso de pruebas genéticas por parte del sector asegurador.⁸ Sin embargo, cómo se verá, se ha cuestionado este tipo de decisiones pues las mismas parecen ser una reacción extrema e injustificada. Por lo tanto, es importante e interesante reabrir el debate sobre si los resultados que revelan las pruebas genéticas deberían poder ser tenidos en cuenta en la suscripción de contratos de seguro, con el fin de determinar cuál es la mejor práctica a implementar. En dicho debate, por un lado, los partidarios de que esta información no pueda ser utilizada por el sector asegurador señalan, entre otras cosas, que no se puede discriminar a las personas por factores que están por fuera de su control, que la información genética es singularmente poderosa, personal y excepcional comparada con otro tipo de información médica y que permitir su uso disuadiría a muchas personas de practicarse exámenes genéticos por temor a ser discriminados en un futuro. En respuesta, los que consideran que el resultado de pruebas genéticas sí se debería poder tener en cuenta, contra argumentan que hoy en día el proceso de suscripción considera factores que se encuentran por fuera del control del individuo, que no existen circunstancias relevantes que permitan diferenciar la información que resulta de una prueba genética a la que brindan otros tipos de exámenes médicos, que los aseguradores ya tenían acceso a información genética por otros medios sin que su uso nunca se hubiese censurado y que prohibir su uso aumentaría el riesgo de selección adversa.

De presente, en el mundo los distintos países han adoptado soluciones que van desde prohibir por completo el uso de pruebas genéticas por aseguradores, hasta darles el mismo tratamiento que los otros exámenes e información médica siempre

7 (Gannett, 2010)

8 Por ejemplo, el Parlamento Europeo adoptó una resolución en 1989 en la que señala que “las compañías de seguros no tienen derecho a exigir la realización de pruebas genéticas antes o después de formalizar un contrato de seguro ni exigir que se informen los resultados de las pruebas de este tipo que ya hubieren sido conducidas”; por otro lado la declaración de Bilbao de 1993 rechazó “la utilización de datos genéticos que originen cualquier discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, del seguro o en cualquier otro”. (Mangialardi, Pantanali, & Quintana, La influencia de los avances tecnológicos y científicos en el seguro de personas (segunda parte), 2006, págs. 16-17)

han tenido.⁹ El panorama en Colombia aún es incierto. Si bien existe literatura al respecto,¹⁰ restan muchas inquietudes por resolver y aún no ha habido reformas legislativas ni desarrollos jurisprudenciales que aborden directamente el problema. El horizonte parece entonces despejado para adentrarnos en una reflexión sobre si, en el derecho de seguros colombiano, el resultado de las pruebas genéticas es un hecho o circunstancia que deba ser declarado en la toma de seguros y si dicha información puede ser considerada por el asegurador para determinar en qué condiciones está dispuesto a asumir el riesgo o, incluso si no está dispuesto a celebrar el contrato.

Ahora, la problemática en el ámbito asegurático no se ha limitado a si los resultados de las pruebas en cuestión pueden ser o no tenidos en cuenta. Entre otros, también ha habido un debate sobre si los aseguradores pueden exigir la práctica de dichos exámenes como condición de ingreso a aquellos que no se las hubiesen practicado antes de solicitar el seguro; y se ha discutido si los resultados que arrojan las pruebas genéticas modifican la noción que se tiene de riesgo.

Pretendemos adentrarnos en todas estas cuestiones. Para estos efectos, en aras de mayor claridad y de sentar las bases en torno a las cuales se presentará la discusión, en primer lugar se harán unas reflexiones alrededor de qué son las pruebas genéticas, los desórdenes que a través de ellas se identifican y las dificultades que existen alrededor de delimitar o distinguir lo genético de lo no genético (**Sección 1**). Luego abordaremos el debate ético-filosófico que se ha dado en el mundo en relación con si tienen que declararse para efectos de un seguro los resultados de una prueba genética y si estos pueden tenerse en cuenta en la suscripción de seguros de personas (**Sección 2**),¹¹ para después detenernos a revisar las soluciones que con base a este debate se han dado en el derecho comparado (**Sección 3**). Posteriormente nos adentraremos en el estado presente de la normativa colombiana para dar respuesta a estas mismas cuestiones pero ya no desde el ámbito ético-filosófico y de derecho comparado, sino de acuerdo con el marco jurídico existente en Colombia (**Sección 4**). Abordada la problemática anterior, haremos una corta referencia a algunas de las demás cuestiones y discusiones que existen sobre los seguros y las pruebas genéticas, concretamente si los aseguradores pueden exigir la práctica de dichos exámenes como condición de ingreso; y si los resultados que arrojan las pruebas genéticas modifican la noción que se tiene de riesgo en el contrato de seguro (**Sección 5**).

9 Por ejemplo, como veremos más adelante en Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Francia Luxemburgo y Noruega se prohibió su uso, pero en Australia, España, Italia, Hungría y Nueva Zelanda se ha dado el mismo tratamiento que recibe la demás información médica.

10 (Camargo García, Echávez Amaya, & Ramírez Ruíz, 2003) (Mangialardi, Pantanali, & Quintana, La influencia de los avances tecnológicos y científicos en el seguro de personas (segunda parte), 2006)

11 Nos referiremos puntualmente a los seguros de personas, con énfasis en los de vida y en los de salud, porque es en estos donde la información genética está llamada a ser relevante.

1. Pruebas genéticas

El término gen, aunque parece referirse a un concepto bien definido, tiene diferentes significados dependiendo del área de la biología en la que esté siendo utilizado. Así, por ejemplo, no significa lo mismo en genética clásica, genética molecular y genética evolutiva.¹² En este sentido, no existe consenso alrededor de qué constituye información genética ni alrededor de qué es una prueba genética (las pruebas de colesterol son un ejemplo de ello).¹³ Esto genera una dificultad al momento de determinar qué incidencias tienen las pruebas genéticas en el contrato de seguro.

El que el concepto de gen sea objeto de discusión conlleva a que el concepto de examen o prueba genética tampoco esté claramente definido. Godard y otros proponen que “[u]na prueba genética es una prueba de cualquier cosa que sea, o que potencialmente pueda ser, heredada de acuerdo con las leyes mendelianas. Esto cubre no solo ADN, ARN y análisis de cromosomas, sino también pruebas de truncamiento de proteínas y exámenes clínicos de condiciones mendelianas de un paciente que puedan ser diagnosticadas por este medio.”¹⁴ Pero esta acepción puede no ser pacífica.

Buscando evitar desacuerdos, algunas legislaciones también han propuesto definiciones y las han incorporado al sistema legal de sus países. Por ejemplo, la Ley de Antidiscriminación de Información Genética de Estados Unidos (GINA por sus siglas en inglés) establece que el concepto de prueba genética no se limita a exámenes de ADN sino que abarca el análisis de ADN, ARN, cromosomas, proteínas o metabolismos que detecten genotipos, mutaciones o cambios cromosómicos.¹⁵

Este trabajo, aunque no perderá de vista que tanto gen y como prueba genética no son conceptos claramente definidos, acepta las anteriores propuestas como definiciones de estas últimas.

Además de la definición de prueba genética, es necesario que nos adentremos en la definición o categorización de los desórdenes genéticos. Tomaremos como punto de partida que las enfermedades o desórdenes genéticos pueden catalogarse, como mínimo, en dos tipos: desórdenes monogénicos y desórdenes multifactoriales.¹⁶

Los desórdenes monogénicos son aquellos que dependen exclusivamente de los genes, esto es, si la persona ha heredado el gen que determina la enfermedad desarrollará la misma si vive lo suficiente.¹⁷ Este tipo de desórdenes son escasos pero

12 (Gannett, 2010)

13 (Joly, Knoppers, & Godard, 2003, pág. 562)

14 (Godard, y otros, 2003, pág. 129) referencias omitidas

15 (Payne, Goldstein, Jarawan, & Rosenbaum, 2009, pág. 328)

16 (Ossa & Towse, 2004, pág. 117)

17 (Godard, y otros, 2003, págs. 124-125)

altamente penetrantes y la prueba genética indicará si la persona tiene o tendrá la enfermedad, incluso si la examinación se hace en etapas presintomáticas, permitiendo así identificar individuos saludables que pueden haber heredado un gen para una enfermedad tardía y que, de ser así, desarrollarán la enfermedad salvo que sufran una muerte prematura por otra causa.¹⁸ Desde el punto de vista del seguro, conocer la presencia de enfermedades monogénicas es de bastante importancia porque las mismas revelan la causa más probable de muerte, restringen la expectativa de vida a un rango estrecho y permiten identificar los costos relacionados con la salud en los cuales seguramente se incurrirá, en consecuencia, el uso de exámenes precisos aumentaría la exactitud con la cual se podrían suscribir ciertos seguros.¹⁹ En la actualidad la historia familiar para algunos desórdenes monogénicos ya está siendo utilizada por la industria aseguradora en la suscripción y esto reduce el impacto que los exámenes genéticos pueden tener en dicho proceso.²⁰

Por su parte, las enfermedades multifactoriales no dependen exclusivamente de los genes, sino que requieren de la interacción de múltiples factores, principalmente los genes y el medio ambiente, incluyendo este último los comportamientos del individuo. A diferencia de los desórdenes monogénicos, los multifactoriales son frecuentes y son desencadenadas por combinaciones específicas de poliformismos de ADN funcional que interactúan con el ambiente de manera que están sujetas a cambios de comportamiento.²¹ Las pruebas genéticas no diagnostican la existencia de una enfermedad, sino que consisten en exámenes de susceptibilidad que permiten determinar si una persona, aún saludable, ha heredado un gen que aumenta el riesgo de desarrollar una enfermedad multifactorial.²² Sin embargo, estos individuos puede que nunca desarrollen la enfermedad en cuestión, pues en estas situaciones, lo máximo que puede hacer la prueba genética es evidenciar una predisposición a la misma.²³ En consecuencia estos exámenes, aunque con menor impacto, pueden ser relevantes y tener implicaciones en los seguros de personas porque pueden ayudar a revelar riesgos mucho antes de que aparezcan síntomas.²⁴

Mucho se ha discutido sobre las implicaciones de los genes en la vida de las personas y sobre en qué medida aquellos predeterminan la misma, sin embargo, como los desórdenes monogénicos son escasos, se ha concluido que en la gran mayoría de los casos los genes y el medio ambiente son necesario para el desarrollo de enfermedades y que, por lo tanto, los genes por sí solos no pueden determinar nada.²⁵ Es por esto

18 (Godard, y otros, 2003, págs. 124-125)

19 (Ossa & Towse, 2004, pág. 117)

20 (Ossa & Towse, 2004, pág. 117)

21 (Godard, y otros, 2003, págs. 124-125)

22 (Godard, y otros, 2003, págs. 124-125)

23 (Godard, y otros, 2003, págs. 124-125)

24 (Ossa & Towse, 2004, pág. 117)

25 (Gannett, 2010)

que algunos han indicado que en estricto sentido solo debe considerarse enfermedad genética aquella en la cual “el factor genético es suficiente para la que enfermedad surja independientemente del medio ambiente o cuando el factor genético es suficiente para que la enfermedad se presente en todos los ambientes conocidos.”²⁶ Mientras que la susceptibilidad genética es una mayor probabilidad de sufrir una enfermedad en todos los ambientes conocidos.²⁷ En este trabajo se llamará enfermedad genética tanto a los desórdenes monogénicos como a los multifactoriales, sin entrar en la distinción entre enfermedad genética y susceptibilidad genética.

Ahora, desde los inicios del Proyecto del Genoma Humano se reconoció que el desarrollo de pruebas genéticas seguramente precedería, tal vez por décadas, la capacidad de tratar de manera exitosa las enfermedades que con estas se pudiesen identificar,²⁸ de ahí la importancia de reflexionar, como se hará a continuación, acerca de las implicaciones éticas, sociales y legales que el uso de las pruebas genéticas puede conllevar.

2. ¿Tienen que declararse los resultados de las pruebas genéticas practicadas con anterioridad a la toma de un seguro y pueden tenerse en cuenta dichos resultados en la suscripción del mismo? – Debate ético-filosófico

Existe debate en torno a si las pruebas genéticas dan pie a cuestiones éticas novedosas o si lo único novedoso son las pruebas genéticas en sí mismas y debemos aplicar a ellas las mismas reglas y principios que aplican a los demás antecedentes médicos u otras circunstancias que deben ser declaradas.²⁹ Desde principios del Proyecto del Genoma Humano se ha expresado escepticismo respecto de las “nuevos dilemas éticos” que podrían surgir, indicando algunos que no hay nuevos dilemas, pues las cuestiones relacionadas con privacidad, confidencialidad y discriminación serían las mismas, simplemente exacerbadas por los nuevos descubrimientos.³⁰ Este debate gira, en parte, en torno al llamado excepcionalismo genético que consiste en que las pruebas genéticas son vistas como excepcionales o diferentes a otros tipos de exámenes.³¹ En consecuencia, para determinar si el resultado de estas pruebas es una circunstancia relevante que tiene que ser declarada por el tomador y si la misma puede ser tenida en cuenta por el asegurador en el proceso de suscripción, es necesario primero, adentrarnos en el debate ético y filosófico que se ha dado en el mundo al respecto, para luego pasar a hacer un análisis de la situación bajo el marco jurídico existente en Colombia y así determinar si el mismo se ajusta a las consideraciones filosóficas expuestas o si por el contrario debe ser reformado para que se adapte a estas.

26 (Gannett, 2010) referencias omitidas

27 (Gannett, 2010)

28 (Gannett, 2010)

29 (Raithatha & Smith, 2004, pág. 395) (Alarcón Fidalgo, 2006, pág. 136)

30 (Gannett, 2010)

31 (Raithatha & Smith, 2004, pág. 395)

El debate se ha estructurado alrededor de una serie de argumentos a favor y en contra del uso de pruebas genéticas por parte de aseguradores. La dinámica, en la mayoría de los casos, ha consistido en un ir y venir de argumentos y contraargumentos, que pueden resumirse principalmente en las siguientes discusiones o preguntas: a) ¿El que la configuración genética esté por fuera del control de las personas amerita un trato especial?; b) ¿Tienen las pruebas o exámenes genéticos o la información genética en general, un carácter excepcional o novedoso en comparación con otros exámenes médicos o información médica que amerite un trato diferencial?; c) la justificación técnica de la discriminación; d) equidad versus igualdad: la diferencia entre el aseguramiento público o seguridad social y los seguros privados; e) efectos disuasivos si se prohíbe el uso; y f) riesgos de la prohibición y ventajas de la autorización.

Todos estos debates han incluso conllevado a que algunos se pregunten si es necesario replantearse algunas cuestiones que en el pasado no han generado mayor discusión, como por ejemplo si las prácticas de suscripción que en la actualidad se encuentran permitidas deben ser reevaluadas.³² Estos debates, sobre todo ante el panorama que se ha abierto a partir de los discusiones antidiscriminación que en razón del sexo se han dado en el sector asegurador europeo,³³ aunque escapan el propósito de este trabajo, no pueden ser pasados por alto. Sin embargo, por el momento nos concentraremos en el problema inicialmente planteado, veamos:

a) ¿El que la configuración genética esté por fuera del control de las personas amerita un trato especial?

Con frecuencia se afirma que la configuración genética de cada individuo está por fuera de su control y que por lo tanto no puede haber lugar a que sea discriminado con base en el resultado de una prueba genética.³⁴ Normalmente el argumento se formula de la siguiente manera: “nosotros no escogemos nuestros genes y no se nos puede castigar por lo que está más allá de nuestro control”³⁵ y este encuentra soporte en teorías liberales estándares de justicia que establecen que las oportunidades de las personas no deberían ser significativamente limitadas debido a factores que están más allá de su control.³⁶ En consecuencia los aseguradores no deberían tener en cuenta la configuración genética de las personas en la evaluación de un riesgo y en la suscripción de seguros de personas. Sin embargo, este argumento desconoce que de presente las aseguradoras ya discriminan a individuos por razones que están por fuera de su control y que no se ha considerado que dicha práctica esté injustificada: es así como los hombres se encuentran en desventaja al buscar seguros de vida pues

32 (Godard, y otros, 2003, pág. 130)

33 El primero de marzo de 2011 el Tribunal de Justicia de Unión Europea prohibió la discriminación por razón del sexo en la determinación de la prima de los contratos de seguro (Veiga Copo & Sánchez Graells, 2011).

34 (Raithatha & Smith, 2004, pág. 395)

35 (Gannett, 2010)

36 (Francis, 2010, pág. 190)

su expectativa de vida es más corta que la de las mujeres, así mismo las aseguradoras tienen en cuenta información tal y como antecedentes familiares y se hacen preguntas respecto del estado de salud, particularmente enfermedades mentales, asma, enfermedades hepáticas, epilepsia, hemorroides, gota, cáncer, varicocele, diabetes, etc., los solicitantes de seguros tienen que informar si tienen alguna deformidad, presión alta, problemas de visión, de audición o de dicción, incluso se hace preguntas respecto del VIH y muchas de estas condiciones pueden haberse contraído por eventos ajenos a la voluntad y por fuera del control del asegurado.³⁷ El ejemplo más claro de un factor que se encuentra fuera del control de las personas es su edad y este es tal vez el primer elemento que tiene en cuenta una compañía de seguros al momento de establecer las condiciones de asegurabilidad de una persona en un seguro de vida o de salud.

Adicionalmente, también se señala que en el caso de desórdenes multifactoriales, los comportamientos del individuo sí son relevantes de cara a que en últimas la enfermedad, hacia la cual existe predisposición genética, sí se presente o no (este es el caso, por ejemplo, de diabetes tipo II).³⁸

Por lo tanto, si en el presente ya le es permitido a los aseguradores distinguir, diferenciar o discriminar a las personas con base a factores que escapan de su control, la pregunta que sigue debe ser si la información ofrecida por la práctica de exámenes genéticos es diferente o de un carácter excepcional tal que amerite, a diferencia de las demás pruebas o factores que se encuentran por fuera del control del solicitante del seguro, que la misma no pueda ser tenida en cuenta en la suscripción del mismo.

b) *¿Tienen las pruebas o exámenes genéticos o la información genética en general, un carácter excepcional o novedoso en comparación con otros exámenes o información médica que amerite un trato diferencial?*

Como se indicó, la creencia o idea de que las pruebas genéticas o la información genética en general tienen carácter excepcional es comúnmente rotulada como “excepcionalismo genético”.³⁹ Esta postura se soportaba en sus inicios en especulaciones sobre lo determinante que esta información podía resultar en la vida de las personas y hoy en gran medida han sido desvirtuadas pues la mayoría de los desórdenes genéticos no dependen exclusivamente de los genes y, además, los antecedentes médicos y otros exámenes médicos no son substancialmente diferentes a las pruebas genéticas.⁴⁰ Así mismo la información genética no es especial o tan especial como en el principio se pudo haber considerado: no es en sí o por su naturaleza más específica, predictiva, sensible o privada que otro tipo de información médica y por lo tanto amerita que

37 (Malpas, 2008, págs. 549-550)

38 (Raithatha & Smith, 2004, pág. 395)

39 (Gannett, 2010)

40 (Raithatha & Smith, 2004, pág. 395)

la misma enfrente restricciones cuando otros tipos de información médica puede ser utilizada en el procesos de suscripción.⁴¹

Es así como el bioético Thomas Murray se opone al excepcionalismo genético y considera que la información genética no contiene relevancias significativas por las razones ya expresadas y también porque a) muchas enfermedades no pueden ser catalogadas como genéticas o no genéticas; b) la información genética puede ser obtenida por fuentes diferentes al ADN; c) es difícil separar la información genética de la no genética en los registros médicos; d) el excepcionalismo genético surge de, y a su vez promueve mitos de determinismo genético y reduccionismo genético.⁴²

Se indica por ejemplo que la prohibición de que el asegurador pueda utilizar dicha información resulta incoherente cuando se tiene en cuenta que existen otros medios menos técnicos para obtener información genética y que los mismos no han sido proscritos en el pasado.⁴³ Los medios con los que en el presente ya cuentan los aseguradores para obtener información genética de asegurados que es tenida en cuenta en el proceso de suscripción son, por ejemplo, los antecedentes familiares, las historias clínicas que contienen dicha información⁴⁴ y los distintos tipos de exámenes no genéticos que revelan información genética de manera bastante precisa y predictiva sobre el individuo y su familia.⁴⁵ Por esta razón Malpas indica que la información se debe tratar como cualquier otro tipo de información personal,⁴⁶ opinión que es compartida por Alarcón Fidalgo quien indica que como la información genética pueda ser conseguida por otros medios y las pruebas genéticas no son cualitativamente distintas a otros exámenes médicos no se debe dar un trato diferente a la información que a través de aquellas resulta disponible.⁴⁷

c) La justificación técnica de la discriminación

A pesar de lo anterior, las críticas e imputaciones de discriminación se mantienen y parecen desconocer la estructura técnica del seguro: “[e]n el contrato de seguro la discriminación racional, científicamente válida y empíricamente soportada es posible. La discriminación entre riesgos es solamente considerada éticamente problemática cuando no hay una base actuarial válida para la forma en como se clasifican los riesgos, o individuos que se enfrentan a un mismo riesgo son tratados de manera diferente. Por lo tanto, en la medida en que haya más información disponible para el asegurador, más precisa será la discriminación y por lo tanto mayor será la justicia actuarial del

41 (Malpas, 2008, pág. 549)

42 (Gannett, 2010)

43 (Joly, Knoppers, & Godard, 2003, págs. 562-563)

44 (Godard, y otros, 2003, pág. 126)

45 (Malpas, 2008, pág. 549)

46 (Malpas, 2008, pág. 549)

47 (Alarcón Fidalgo, 2006, pág. 132)

sistema.”⁴⁸ Lo anterior se debe a que el contrato de seguro implica una mutualidad de riesgos en la que cada individuo debe contribuir al grupo, son estas contribuciones en su conjunto las que permiten indemnizar las pérdidas producidas por los siniestros que se presenten, el asegurador sirve como un intermediario responsable por la información que permite la sostenibilidad de la mutualidad y por las primas y por lo tanto lo que más beneficiaría a los miembros de la mutualidad es que la información con base en la cual se clasifica el riesgo sea lo más acertada posible.⁴⁹

La técnica que permite clasificar a las personas de acuerdo con su riesgo es la suscripción y para esto los aseguradores catalogan los riesgos por medio de preguntas y a través de investigación médica, extendiéndose las preguntas en algunos casos a las historias médicas de miembros de la familia, e incluso, dependiendo del caso y de la cantidad de cobertura solicitada, las preguntas pueden estar seguidas por exámenes médicos o revisiones médicas completas.⁵⁰ Por ejemplo, en el proceso de suscripción de seguros de personas como los de vida y salud “la expectativa de longevidad y salud son cuantificadas y expresadas como probabilidades estadísticas. [...] Normalmente la suscripción conlleva a la clasificación en tres grupos: estándar, subestándar y no asegurable. Los individuos del primer grupo tienen pocos problemas tomando seguros. Los individuos del segundo grupo deben pagar primas más altas de lo normal dependiendo del riesgo que representan. Los individuos del tercer grupo son excluidos porque el costo de su cobertura no es cuantificable o excedería cualquier prima razonable.”⁵¹ Los riesgos subestándar también pueden llevar a que se incluya exclusiones o condiciones diferentes, esto es, no siempre se tratará de aumentar la prima.

Es en dicho sistema de mutualidad que se basan los seguros privados y en consecuencia discriminar al determinar las condiciones de cobertura primas a pagar es el deber ser, pues la idea es crear una masa homogénea de riesgos para la cual los miembros aportan de acuerdo con el riesgo que representan para la masa, así las personas con mayor exposición aportan más e incluso puede que el riesgo de algunos sea tan grande que no puedan ser admitidos.⁵² Con esto se cumple el propósito de los seguros de esparcir entre un grupo de individuos similares las consecuencias de eventos costosos e impredecibles. El negocio de los aseguradores requiere precisamente discriminar para la evaluación de riesgos, razón por la cual las personas son categorizadas en distintos grupos de acuerdo con su nivel de riesgo incluso con base en circunstancias que en muchos casos están por fuera de su control, pues los aseguradores fijan las primas dependiendo de la probabilidad de ocurrencia del riesgo.⁵³

48 (Joly, Knoppers, & Godard, 2003, pág. 561) citando a Anderlik MR, Rothstein MA: Privacy and confidentiality of genetic information: what rules for the new science. *Ann Rev Genom Hum Genet* 2001; 2: 401–433.

49 (Joly, Knoppers, & Godard, 2003, pág. 562)

50 (Godard, y otros, 2003, pág. 126)

51 (Godard, y otros, 2003, pág. 126) referencias omitidas

52 (Godard, y otros, 2003, pág. 127)

53 (Malpas, 2008, pág. 548)

La anterior claridad ha conllevado a que algunos también planteen que el valor predictivo de las pruebas genéticas, per se, no presenta un dilema ético sino el uso que se le dé a las mismas, considerando que el aumento del valor predictivo conllevaría a primas más apropiadas y por lo tanto más éticas.⁵⁴ Smith & Raithatha señalan que de hecho el único inconveniente ético que las mismas generan es el derivado de que en el presente se obligue en algunos países a tratar las pruebas genéticas de manera diferente a cualquier otro tipo de examen médico, pues esto sí puede dar lugar a discriminación como sería el caso de dos personas que se hayan hecho un examen médico para el diagnóstico de una misma enfermedad, habiéndose hecho el primero un examen genético no tendría que informar su resultado, pero el segundo, habiéndose hecho una prueba no genética sí tendría que hacerlo: ambas personas tienen el mismo riesgo y el mismo conocimiento pero solamente el segundo tendrá que pagar una prima más alta generando inequidad.⁵⁵

Aunque puede parecer injusto que tasas bajas no pueda estar a disposición de todos, Nowlan se pregunta si es más justo que se requiera que individuos de bajo riesgo tengan que subsidiar, en un sistema de aseguramiento privado, la cobertura de personas con mayores riesgos y considera que mientras los seguros de vida sean un asunto de elección personal lo justo es que el asegurador clasifique los riesgos de manera apropiada y establezca las primas correspondientes a los mismos.⁵⁶ En este sentido, los resultados de pruebas genéticas permitirán determinar mejor el riesgo al que están expuestas las personas y en consecuencia fijar primas más acordes al mismo, lo cual trae como resultado mayor equidad al permitir que personas con riesgos similares paguen primas similares.⁵⁷

d) *Equidad versus igualdad: la diferencia entre el aseguramiento público o seguridad social y los seguros privados*

Cosa distinta es si el debate se plantea en el escenario de los seguros sociales, pues también se ha recomendado que los únicos seguros para los cuales se debería restringir el uso de información genética son aquellos necesarios para garantizar el acceso a servicios básicos tales como salud e incapacidad para trabajar, pues es claro que hay necesidad de sistemas basados en la solidaridad para la cobertura de necesidades básicas y que las protecciones opcionales adicionales pueden ser proveídas a través de sistemas basados en la mutualidad.⁵⁸

Como se dijo, los seguros privados funcionan con base en la mutualidad en virtud de la cual los individuos contribuyen a una masa unas primas con base en su

54 (Raithatha & Smith, 2004, pág. 396)

55 (Raithatha & Smith, 2004, pág. 396)

56 (Nowlan, 2002, pág. 195)

57 (Godard, y otros, 2003, pág. 126)

58 (Godard, y otros, 2003, pág. 131)

riesgo específico, debido a esto es que resulta fundamental que el que desea hacer parte de la mutualidad declare con sinceridad el estado del riesgo, con el fin de que se pueda determinar el nivel de prima que debe aportar. Por el contrario, los seguros sociales funcionan con base en la solidaridad, de tal manera que las partes aportan al fondo de acuerdo con su capacidad de pago y con base al riesgo que para el grupo representan.⁵⁹

Los seguros privados no son un derecho social. El sistema de aseguramiento privado ofrece una seguridad financiera, pero es voluntario y no es, o por lo menos no debe ser, subsidiado. Un seguro es una transacción comercial en virtud de la cual el asegurador acepta pagar un beneficio una vez haya ocurrido el siniestro a cambio de una prima proporcional al riesgo asumido por el asegurador.⁶⁰ Los seguros sociales en cambio consisten, por regla general en programas universales y obligatorios “sin relación directa con el riesgo individual, pues no identifican al individuo para la determinación del riesgo concreto, no están tan inmersos en esta problemática como el seguro privado, en el que la determinación del individuo para poder fijar la prima acorde al riesgo es esencial.”⁶¹

En consecuencia, en los seguros sociales o en los esquemas de seguridad social sí resulta coherente que no se pueda rechazar el ingreso de una persona en consideración a su condición genética, sea esta determinada o no por medio de pruebas genéticas, como no puede ser tenida en cuenta ninguna condición médica en general.⁶²

La importancia de distinguir precisamente entre sistemas privados y públicos de aseguramiento de cara a estos debates conlleva a que, por ejemplo, la comparación entre las normas que sobre la materia existen entre Europa y Estados Unidos deba tener en cuenta la diferencia entre los sistemas de salud que hay en cada uno. En Europa el debate entre genética y seguros ha estado centrado alrededor de seguros de vida que están vinculados a la adquisición de bienes socioeconómicos primarios (por ejemplo, casas, automóviles, préstamos, etc.), mientras que en los Estados Unidos la mayoría de la legislación en la materia ha estado atada al sistema de salud.⁶³ En los Estados Unidos donde, a diferencia de otros países industrializados, no hay un sistema de salud financiado con fondos públicos, la discriminación genética es particularmente preocupante.⁶⁴ Es así como Wilkie indica que los problemas que pueden surgir a raíz de las pruebas genéticas es un problema grave en los Estados Unidos porque gran parte de la población depende de seguros privados para tener acceso al sistema de salud.

59 (Raithatha & Smith, 2004, pág. 395)

60 (Nowlan, 2002, pág. 195)

61 (Alarcón Fidalgo, 2006, pág. 126)

62 Particularmente el sistema colombiano de seguridad social en salud no permite que se niegue el ingreso al mismo en virtud de condiciones médicas preexistentes, sean estas genéticas o no (artículo 164 de la ley 100 de 1993).

63 (Godard, y otros, 2003, pág. 124)

64 (Gannett, 2010)

No así en Inglaterra, donde toda la población tiene acceso gratuito al sistema de salud a través de Servicio Nacional de Salud (NHS por sus cifras en inglés).⁶⁵

La problemática presente en los Estados Unidos no es entonces trasladable al plano colombiano pues aquí sí existe un sistema de aseguramiento público en salud y un esquema de protección ante el riesgo de incapacidad para trabajar, sea temporal o permanente, a través de los tres subsistemas del sistema general de seguridad social.⁶⁶ En este sentido el debate debe partir de la naturaleza privada y complementaria de los seguros en Colombia, conllevando a que no se encuentre justificación para que se deba ofrecer una garantía especial para el acceso al sector asegurador pues los mínimos que el estado desea ofrecer ya se encuentran satisfechos por el sistema de seguridad social.

Una discusión especial sí puede surgir, como se ha presentado en algunos países europeos,⁶⁷ cuando ciertos seguros se tornan indispensables para acceder al sector financiero y a través de este a la posibilidad de satisfacer algunas necesidades específicas, siendo el ejemplo principal poder acceder a créditos hipotecarios que permiten la adquisición de vivienda. Sin embargo este debate no debe limitarse únicamente a si se debe restringir los criterios de suscripción en lo relacionado a información genética o el resultado de exámenes genéticos, sino que debe darse en general alrededor de si el estado debe establecer mecanismos que garanticen que el sector asegurador no constituya una traba para acceder al sistema financiero.

Esta problemática fue abordada tangencialmente en las sentencias T-1165 de 2001 y T-905 de 2007 de la Corte Constitucional. En ambas se discutía si la negativa de una compañía de seguros a otorgar un seguro de vida deudores a una persona con VIH vulneraba el derecho de esta persona a acceder a una vivienda digna (cómo se analizará más adelante, también se debatía si negarse a asegurar a una persona por tener VIH era una discriminación injustificada). En la sentencia T-1165 de 2001, que ha sido fuertemente cuestionada,⁶⁸ se concluyó que sí se vulneraba el derecho a acceder a una vivienda digna y por lo tanto se condenó a la aseguradora a otorgar el amparo. En la sentencia T-905 de 2007, aunque sin haberse aprovechado la oportunidad para llevar a cabo un análisis profundo de la problemática, la Corte varió su postura y, ajustándola al hecho que ninguna norma establece que el seguro de vida deudores

65 (Wilkie, 1998, pág. 119)

66 La incapacidad para trabajar temporal, cuando se debe a un evento común, se encuentra cubierta por el sistema de seguridad social en salud (artículo 206 de la ley 100 de 1993); la incapacidad para trabajar permanente o invalidez, cuando se debe a un evento común es asumida por el sistema de pensiones (artículo 69 y siguientes de la ley 100 de 1993); por último, la incapacidad para trabajar temporal o permanente por un accidente de trabajo o enfermedad profesional es cubierta por el sistema de riesgos laborales (artículo 249 y siguientes de la ley 100).

67 (Godard, y otros, 2003, pág. 124)

68 (Mangialardi, Pantanali, & Quintana, 2006, pág. 58)

es un requisito legal para otorgar un crédito de vivienda,⁶⁹ indicó que no era que la compañía de seguros debía suscribir el seguro, sino que se debía otorgar el crédito sin la necesidad del mismo. La no obligatoriedad del seguro fue reiterada recientemente en la sentencia T-136 de 2013, en la cual la Corte Constitucional, en consonancia con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de junio de 2011, indicó que la “celebración [del seguro de vida deudores] no es obligatoria, ni constituye un requisito indispensable para el otorgamiento de un crédito”.⁷⁰ Esto permite vislumbrar que llegado el caso en el que una persona no fuese asegurable debido a una condición genética, identificada por medio de un examen genético, no habría necesidad de otorgar un seguro so pena de que se entienda violado el derecho a la vivienda digna, sino que el crédito se podría otorgar sin la necesidad del mismo.

Sin embargo, creemos que la situación de los seguros privados que normalmente exigen ciertas instituciones para poder acceder a servicios financieros, es una cuestión que se debe revisar, encaminando la discusión a cuál es la política pública más pertinente. En este sentido Joly, Knoppers, & Godard indican que “[r]esta por ver si en países industrializados con acceso a sistemas de seguridad social en salud con cobertura universal, el acceso a un mínimo de seguros de vida (por ejemplo para acceder a créditos hipotecarios o préstamos generales) seguirá siendo visto como un privilegio y no como un derecho socioeconómico.”⁷¹

e) Efectos disuasivos si se permite el uso

También se ha indicado que el temor a ser discriminado genéticamente por aseguradores (y empleadores) puede ser un factor decisivo para disuadir a alguien que está pensando en hacerse examinar con el fin de mejorar la atención médica que pueda recibir.⁷² Este temor se ha evidenciado entre personas que tienen antecedentes familiares de la enfermedad de Huntington hasta el punto de disuadirlos de hacerse las pruebas genéticas correspondientes⁷³ y varios centros diagnósticos en el Reino Unido han informado personas no dispuestas a hacerse estos exámenes por miedo a ser rechazados por aseguradoras en el futuro.⁷⁴

69 A diferencia de los seguros de incendio y terremoto que de acuerdo con el artículo 101 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero deben ser tomados obligatoriamente por la entidad financiera sobre los bienes que son hipotecados a su favor, ninguna disposición de este estatuto o de la Circular Básica Jurídica 07 de 1996 establece el seguro de vida deudores sea un seguro obligatorio.

70 La no obligatoriedad del seguro de vida grupo deudores también fue reiterada en sentencia de 27 de junio de 2013 de la Superintendencia Financiera de Colombia (radicado interno 2012-0035).

71 (Joly, Knoppers, & Godard, 2003, pág. 561)

72 (Godard, y otros, 2003, págs. 127, 130) (Murthy, Dixon, & Mossialos, 2001, pág. 57)

73 (Godard, y otros, 2003, pág. 127)

74 (Murthy, Dixon, & Mossialos, 2001, pág. 57)

Sin embargo, al compararse las pruebas genéticas con otros exámenes médicos se evidencia por ejemplo que el que los resultados de estos sí tengan que ser informados no ha conllevado que los mismos se dejen de practicar, como ocurre por ejemplo con exámenes de colesterol, pues los riesgos que se identifican con los mismo pueden ser reducidos con diferentes tratamientos y no existe razón para pensar que los individuos tratarán las pruebas genéticas de manera diferente.⁷⁵ Lo anterior incluso se puede predicar de enfermedades que no aún no tienen cura como es el caso del VIH, este es particularmente el caso de Colombia en el que son muy pocas las personas que se han dejado de practicar exámenes de VIH al momento de serles requerido este para la suscripción de un seguro.⁷⁶ La pregunta en últimas radicaría en que, aún si fuese cierto que el que la utilización de pruebas genéticas por parte de aseguradores fuese un hecho significativo en la decisión de las personas de practicarse las mismas, si esto sería razón suficiente para que se prohíba su uso como elemento de suscripción. Personalmente consideramos que la respuesta debe ser negativa y los esfuerzos deben encaminarse a reducir este temor en las personas (si es que este “también” existe en la población colombiana).

f) Riesgos de la prohibición y ventajas de su autorización

Ahora, a favor de que se permita su uso, los aseguradores frecuentemente enarbolan la bandera del riesgo de selección adversa que acarrearía su prohibición y la consecuente puesta en riesgo de la mutualidad.⁷⁷ La posibilidad de selección adversa aparece cuando el tomador tiene acceso a información que no tiene que revelar al asegurador y por lo tanto se puede aprovechar de la misma para obtener seguros en condiciones más favorables debido a la asimetría de la información.⁷⁸ En consecuencia partes del sector asegurador consideran que así se dé por sentado que la información genética es de naturaleza altamente personal y familiar y que esto la diferencia de otra información médica, esta diferencia no justifica un tratamiento diferencial con las consecuencias que acarrearía para la forma como funciona el contrato de seguro.⁷⁹

El sector asegurador también indica que el que se pueda tener en cuenta el resultado de exámenes genéticos en la suscripción de seguros de personas puede en muchos casos ser beneficioso. Señalan que por décadas los aseguradores han pedido información sobre antecedentes familiares⁸⁰ pues la determinación del grado del riesgo depende en la valoración hecha con base en conocimiento científico. El uso del resultado de pruebas genéticas en la suscripción de seguros permite a los solicitantes del seguro beneficiarse de resultados negativos para bajar las primas que, con base en

75 (Raithatha & Smith, 2004, pág. 396)

76 (Mangialardi, Pantanali, & Quintana, 2006, pág. 92)

77 (Joly, Knoppers, & Godard, 2003, pág. 563)

78 (Godard, y otros, 2003, pág. 126)

79 (Joly, Knoppers, & Godard, 2003, pág. 564)

80 (Joly, Knoppers, & Godard, 2003, pág. 562)

los antecedentes familiares, serían más altas, la prohibición en cambio le impediría a dichas personas beneficiarse de los mismos.⁸¹

En contra de este argumento se dice que si bien las pruebas genéticas pueden beneficiar a algunos individuos, pues si el resultado es negativo evitarán pagar las primas más altas a que darían lugar sus antecedentes familiares, “esto pone a las personas con estos antecedentes familiares ante una encrucijada: tomar el seguro sin haberse practicado el examen y por lo tanto tener que pagar primas mayores o hacerse el examen y arriesgarse a quedar completamente excluido del mercado asegurador.”⁸² Pero el mercado ha respondido que en el caso de resultados positivos los solicitantes sí se podrían enfrentar a un aumento en sus primas, pero que en muchos casos incluso podría resultar que no habría ningún aumento en absoluto pues su riesgo genético ya había sido tenido en cuenta a través de la información derivada de los antecedentes familiares.⁸³

La realidad es que con los avances y desarrollos en materia de exámenes genéticos algunas personas sí podrían quedar excluidas del sector asegurador, pero que en la medida en que existan sistemas de seguridad social que amparen o den cobertura a los riesgos sociales mínimos, estas situaciones no se diferenciarían de la actual en la cual algunas personas por diversos motivos ya no tienen acceso a este sector. En todo caso, los miedos de que el uso de exámenes genéticos conllevará a que se excluya a muchas personas del sector asegurador pueden ser infundados: por un lado el desarrollo de la medicina ha resultado en el incremento en la suscripción de seguros de vida y, por otro, todas las personas tienen la probabilidad de tener algún gen anormal y los aseguradores no podrán negar cobertura a un segmento importante de la población.⁸⁴

En últimas la idea de prohibir el uso de pruebas genéticas en el proceso de suscripción radica en el temor que permitirlo abra las puertas a la creación de una nueva categoría de personas discriminadas que carezca de acceso a la salud y que se encuentre desempleada o atascada en trabajos con bajos salarios.⁸⁵ Sin embargo este temor no encuentra sustento en países donde por otros medios, diferentes a los seguros privados, se garantiza el acceso a la salud y al trabajo digno.

g) Conclusiones preliminares

Como se ha establecido, hay debates éticos intensos alrededor de discriminación genética por parte de aseguradores. Las compañías aseguradoras discriminan en contra de solicitantes de seguros de personas tales como salud, vida e incapacidad cuando

81 (Joly, Knoppers, & Godard, 2003, pág. 562)

82 (Murthy, Dixon, & Mossialos, 2001, pág. 57)

83 (Joly, Knoppers, & Godard, 2003, pág. 562)

84 (Godard, y otros, 2003, pág. 125)

85 (Mangialardi, 2003, pág. 82) (Gannett, 2010)

les son revelados los resultados de pruebas genéticas. La discriminación consiste en rehusarse a proveer el seguro, en cobrar primas más altas, en limitar los beneficios o en excluir ciertas enfermedades. Los aseguradores argumentan que en principio no hay ninguna razón para tratar la información genética de manera diferente a cualquier otro tipo de información médica que se utiliza en el proceso de suscripción y que en el pasado mucha información genética ya estaba disponible y era utilizada. Así mismo hacen referencias al problema de la selección adversa, lo cual amenaza el mercado cuando el asegurador no puede tener acceso a la misma información. Si a los aseguradores se les prohibiera solicitar información genética en el proceso de suscripción podrían decidir ofrecer seguros a un alto costo para aquellas enfermedades para las cuales existen pruebas disponibles bajo la suposición de que todos los solicitantes serían de alto riesgo. Después de todo, los aseguradores están en el negocio de discriminar entre individuos, pues, una suscripción justa y equitativa implica que todos aquellos que tengan el mismo riesgo sean tratados de la misma manera.⁸⁶

En consideración a todo lo anterior es que ninguna de las razones ofrecidas parece suficiente para que no se tenga que declarar que se han practicado pruebas genéticas en el pasado y sus resultados y por lo tanto esta información, desde un punto de vista ético-filosófico, no amerita un trato especial diferente al que recibe otra información médica. Excepcionalmente se puede considerar algunas prohibiciones si los seguros están atados a la satisfacción o protección de algunos derechos, pero esta excepción no debe predicarse únicamente de las pruebas genéticas sino también de otros hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, esta discusión por lo tanto se escapa al objeto de estudio de este trabajo.

Ahora, aunque va más allá de los objetivos de este estudio, debemos de todas maneras indicar que, como los aseguradores argumentan en su defensa que desde antes del desarrollo de pruebas genéticas se ha tenido acceso a información de este tipo y que la misma ha sido tenida en cuenta en el proceso de suscripción, algunos se comienzan a preguntar si no solo se debe prohibir el uso de pruebas genéticas, sino el uso de información genética conseguida a través de cualquier otro medio. Al respecto Godard y otros, expresándose respecto de países en los cuales se ha establecido que el tomador no tiene que declarar el resultado de pruebas genéticas, han indicado que “[e]xiste la necesidad de resolver las inconsistencias en los comportamientos y políticas actuales frente al uso de antecedentes familiares en relación con el uso de resultados de pruebas genéticas. Si el límite para la obtención de un seguro de vida, sin el uso de información genética tiene el propósito de permitir que personas saludables puedan obtener cobertura básica sin tener de informar sus riesgos genéticos de enfermedades de aparición tardía, entonces resulta ilógico que todavía se pueda tener en cuenta los antecedentes familiares. La mayoría de los riesgos relevantes para las aseguradoras de vida contenidos en pruebas genéticas son revelados por unos antecedentes familiares fidedignos. Por lo tanto, sería de poco beneficio para los desaventajados genéticos que una compañía renuncie al uso de pruebas genéticas, pero requiere información

86 (Gannett, 2010)

sobre los antecedentes familiares.⁸⁷ Este debate se reviste de especial importancia cuando prácticas hasta ahora comúnmente aceptadas en el proceso de suscripción están comenzando a ser cuestionadas al considerarse discriminatorios, por ejemplo, la distinción con base en el sexo.⁸⁸

3. Soluciones en el derecho comparado

El debate anterior se ha dado en distintas latitudes. Dependiendo de factores diversos, distintos países han optado por diferentes soluciones al problema que aquí se analiza. Teniendo presente la discusión ético-filosófica expuesta, pasaremos a hacer un somero recuento de algunas soluciones que al respecto se han implementado en algunos países, antes de evaluar la solución que bajo el marco legal existente en Colombia se debe dar al problema en cuestión.

Tres enfoques han sido propuestos para resolver los dilemas originados en la incidencia de pruebas genéticas en el contrato de seguro:⁸⁹ a) prohibición legal; b) moratoria; y c) el mismo tratamiento que se da a otras pruebas o información médica. La prohibición legal o moratoria ha sido total o parcial, dependiendo de si se aplica a todos los seguros o si se limita a seguros por debajo de ciertos valores.⁹⁰ Este sistema de techo permite a los aseguradores evitar parcialmente el problema de la selección adversa y a su vez permite a los individuos acceder a bienes tales como atención en salud y vivienda en los países en que los seguros condicionan en cierta medida el acceso a ellos.⁹¹ El propósito de la moratoria es dar una espera a que se puedan estudiar las consecuencias de las pruebas genéticas en la salud y la investigación médica.⁹²

El enfoque ha variado dependiendo del país. Es así como en Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Francia, Luxemburgo y Noruega se prohibió el uso de información genética (en Bélgica se prohibió su uso incluso en situaciones en que beneficiaría al asegurado). Moratorias indefinidas o por un tiempo determinado se establecieron en Finlandia, Alemania, Francia, Suiza, Suecia, Holanda y el Reino Unido.⁹³ En países como España, Italia, y Hungría no se ha otorgado un trato especial a las pruebas genéticas que las diferencie de los demás exámenes médicos.⁹⁴ En Australia y Nueva Zelanda las aseguradoras de vida no pueden requerir que los potenciales asegurados se hagan pruebas genéticas como condición de asegurabilidad, pero si dichas pruebas ya se han practicado el resultado tiene que ser puesto a disposición de la aseguradora si esta lo

87 (Godard, y otros, 2003, pág. 130) referencias omitidas

88 (Alarcón Fidalgo, 2006, pág. 127)

89 (Joly, Knoppers, & Godard, 2003, pág. 562) (Alarcón Fidalgo, 2006, pág. 138)

90 (Godard, y otros, 2003, pág. 124)

91 (Godard, y otros, 2003, pág. 128)

92 (Godard, y otros, 2003, pág. 128)

93 (Godard, y otros, 2003, pág. 128)

94 (Alarcón Fidalgo, 2006, pág. 140) (Mangialardi, Pantanali, & Quintana, 2006, pág. 54)

solicita.⁹⁵ Lo mismo sucede en Argentina donde la cuestión se resuelve con base en las normas generales que rigen al contrato de seguro.⁹⁶

En el Reino Unido, a pesar de la moratoria acordada con el sector asegurador, el Comité de Genética y Seguros permitió el uso del examen genético para la enfermedad de Huntington, pues consideró que ya existían evidencias suficientes de su utilidad en el proceso de suscripción y de lo certeros de sus resultados.⁹⁷

En Estados Unidos la Ley de Antidiscriminación de Información Genética (GINA) fue promulgada en el 2008. Esta prohíbe que para efectos de la toma de un seguro de salud se discrimine a los potenciales asegurados con base en información genética.⁹⁸ Sin embargo ha habido críticas debido a los errores que subyacen en otorgar a la información genética una protección especial, errores que como se dijo consisten en asumir que existe una diferencia clara entre información, exámenes y enfermedades genéticas y no genéticas, o en creer que la información genética tiene mayor valor predictivo o es una amenaza mayor a nuestra privacidad que información médica no genética.⁹⁹ En consecuencia la protección fue extendida recientemente con la expedición de la Ley de Asistencia Asequible (*Affordable Care Act*, coloquialmente conocida como *Obama Care*) que prohibió que se tenga en cuenta cualquier preexistencia, sin importar si es genética o no, en la suscripción de un contrato de seguro de salud,¹⁰⁰ evidenciando que la protección, si es que se otorga, no tiene razón para circunscribirse al material genético pues este no contiene algo distintivo que así lo amerite.¹⁰¹

Ya en el ámbito internacional la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos de la Unesco establece que nadie puede ser sometido a discriminación con base en características genéticas que infrinjan o pretendan infringir derechos humanos, libertades fundamentales o la dignidad humana. En 1997 en la convención del Consejo de Europa para la protección de los derechos y dignidad humana en relación con la aplicación de biología y medicina se estableció, en el artículo 11, que cualquier tipo de discriminación en contra de una persona con base en su herencia genética estaba prohibida.¹⁰² Así mismo se estableció que el acceso a la información genética de una persona solamente podría estar permitida habiéndose otorgado consentimiento informa-

95 (Malpas, 2008, pág. 549) (Mangialardi, Pantanali, & Quintana, 2006, pág. 49)

96 (Mangialardi, 2003, pág. 88)

97 (Godard, y otros, 2003, pág. 126)

98 (Gannett, 2010)

99 (Gannett, 2010)

100 (Collins & Hamburg, 2013, pág. 2370)

101 Reiteramos que la protección especial que al respecto se otorga en Estados Unidos a los seguros privados de salud radica en la inexistencia de un sistema de aseguramiento público en salud.

102 (Godard, y otros, 2003, págs. 123-124)

do.¹⁰³ Como se evidencia de la forma como el problema se ha resuelto en las distintas jurisdicciones, esta regulación internacional ha resultado lo suficientemente amplia para que los distintos tipos de soluciones expuestos puedan implementarse.

Más allá de estas soluciones, algunos autores como Raithatha & Smith consideran que la solución más apropiada es permitirle al tomador revelar voluntariamente la información pues de esta forma las personas tienen incentivos tanto para hacerse la prueba, como para reportar el resultado, toda vez que un individuo si no se ha hecho el examen no tendrá la posibilidad de que le reduzcan la prima si el resultado fuese negativo y adicionalmente no podría acceder al cuidado médico indicado si el resultado fuese positivo. Existen incentivos entonces para hacerse el examen. Así mismo si se hace el examen y el resultado es positivo, al no tenerlo que informar su prima no será más alta del peor caso en el que ya se encontrase debido a sus antecedentes familiares, pero se beneficiaría de saber que debe buscar la atención médica adecuada.¹⁰⁴ Desde un punto de vista práctico, si la ley le permite a las personas informar de manera libre su status genético, los aseguradores podrán ofrecer primas más bajas como un incentivo a tomadores que estén dispuestos a someterse a pruebas genéticas cuyo resultado evidencie que su riesgo es bajo.¹⁰⁵ Sin embargo, esta solución, al igual que la prohibición total, encuentra su razón de ser en que los seguros privados son necesarios para acceder a servicios de salud, a ciertos bienes o a servicios financieros y por lo tanto no encuentra suficiente soporte en países en los cuales los seguros privados no cumplen esta función.¹⁰⁶

4. ¿Tienen que declararse los resultados de las pruebas genéticas practicadas con anterioridad y pueden tenerse en cuenta dichos resultados en la suscripción de seguros de personas? – respuesta de acuerdo con el marco jurídico existente Colombia

En Colombia no se ha dictado legislación alguna en relación con el genoma humano y los contratos de seguro.¹⁰⁷ En consecuencia, para resolver si el solicitante de un seguro tiene que informar si se ha practicado exámenes genéticos y los resultados de los mismos y si dicha información puede ser tenida en cuenta por el asegurador para la suscripción del seguro es necesario remitirse a las normas que regulan el contrato de seguro y la actividad aseguradora.¹⁰⁸

103 (Godard, y otros, 2003, pág. 128)

104 (Smith & Raithatha, 2006, pág. 186)

105 (Gannett, 2010)

106 Si se desea información más detallada sobre la regulación de distintos países en la materia, puede consultar en el Apéndice A de 'Genetic information and testing in insurance and employment: technical, social and ethical issues' las normas de los países de la Unión Europea. Para países por fuera de Europa ver 'La influencia de los avances tecnológicos y científicos en el seguro de personas (segunda parte)'.

107 (Mangialardi, Pantanali, & Quintana, 2006, pág. 54)

108 (Mangialardi, Pantanali, & Quintana, 2006, págs. 81, 85-86)

En cuanto a si el solicitante debe compartir esta información con el asegurador, se debe partir de que el artículo 1058 del Código de Comercio establece que el tomador tiene el deber de declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo. Para estos efectos se establece un régimen dual: a) con sujeción a un cuestionario propuesto por el asegurador; o b) de manera espontánea cuando un cuestionario no es propuesto. Las diferencias entre una y otra manera son importantes:¹⁰⁹ por un lado es determinante de cara a la información que tiene que ser declarada, pues cuando existe un cuestionario el asegurador puede indagar tanto por el riesgo objetivo como por el riesgo subjetivo,¹¹⁰ mientras que cuando la declaración se hace sin sujeción a un cuestionario, el deber del tomador se limita a declarar el riesgo objetivo, toda vez que el artículo 1058 establece que el contrato solo será nulo si no se declaran los hechos o circunstancias que conllevan una agravación “objetiva” del riesgo.¹¹¹ Para la discusión alrededor de si se deben declarar los resultados de exámenes genéticos esta diferencia resulta irrelevante pues esta circunstancia agrava objetivamente el riesgo y por lo tanto es importante en los dos escenarios, pero otra diferencia entre los casos en los cuales hay cuestionario y aquellos en que no lo hay, que sí importa para estos efectos, es que, cuando el asegurador sí propone uno, el deber de declarar el estado del riesgo se encuentra circunscrito a las preguntas en él contenido, esto significa que deberá responder verazmente todo lo que allí se le pregunta, pero solamente lo que allí se le pregunta,¹¹² en cambio, cuando no hay cuestionario de por medio, lo que el tomador debe declarar se reduce a aquellas circunstancias que, de acuerdo con el sentido común, impliquen una agravación del estado del riesgo, toda vez que como el tomador no es un especialista en seguros, su deber no puede alcanzar el grado de sutileza que solo podría tener un asegurador.¹¹³

Lo anterior trae como consecuencia que, en los casos en los cuales exista un cuestionario, el tomador solo tendrá que declarar si se ha practicado pruebas genéticas y sus resultados si se le pregunta por ello; de no haber cuestionario, el tomador deberá declarar la circunstancia si, de acuerdo con el sentido común ello implica una agravación del estado del riesgo. Personalmente consideramos que si se trata de un examen genético que revela la existencia de una enfermedad grave, el sentido común indica que sí es relevante que se informe de cara al tipo de contrato que se está celebrando (piénsese por ejemplo en un seguro de enfermedades graves que cubre el riesgo de padecer cáncer y el tomador se ha practicado la prueba genética llamada BRCA 1 que permite identificar una mayor probabilidad de sufrir cáncer de mama), pero esta es una circunstancia que deberá ser resuelta eventualmente por las Cortes.

109 (Vásquez Vega, 2013, págs. 17-18)

110 Sentencia de 11 de abril de 2002 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Jorge Santos Ballesteros y sentencia de 12 de septiembre de 2002 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

111 (Ossa Gómez, 1991, pág. 329)

112 (Ordóñez Ordóñez, 2004, pág. 33)

113 (Ossa Gómez, 1991, págs. 330-332)

Las diferencias entre las dos modalidades propuestas en el artículo 1058 para declarar el estado del riesgo no terminan en las dos descritas. En adición a estas el régimen probatorio cambia en cada caso: cuando no existe cuestionario es el asegurador quien debe demostrar que la declaración fue negligente, mientras que cuando sí lo hubo es el tomador quien tiene que demostrar que a pesar de su error actuó de forma diligente.¹¹⁴ A esta ventaja que representa para el asegurador el sujetar la declaración a un cuestionario se debe sumar la introducida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 1 de septiembre de 2010, con ponencia de Edgardo Villamil Portilla, al establecerse que se presumía que todo aquello que se preguntaba en el cuestionario eran hechos o circunstancias relevantes de cara a la determinación del estado del riesgo, pues un asegurador no preguntaba por “información irrelevante”.

Ahora, lo que se ha dicho respecto de cuando el asegurador ha propuesto un cuestionario es sin duda lo más importante, pues, aunque la ley permite las dos alternativas, la práctica colombiana está más inclinada hacia el uso del mismo.¹¹⁵ En este sentido la ley en Colombia deja a decisión de la compañía aseguradora si el tomador debe declarar que se ha practicado una prueba genética y el resultado de la misma, pues si el asegurador considera que es información relevante para determinar el estado del riesgo, deberá preguntar por ella, de lo contrario el tomador no tendrá que declarar nada al respecto y esta omisión no conducirá eventualmente a la anulación del contrato.

Al haber concluido luego de las apreciaciones ético-filosóficas que existen alrededor del problema que se viene discutiendo, que no existe razón suficiente para que el tomador no tenga que declarar la práctica de exámenes genéticos y sus resultados, consideramos que el régimen colombiano es adecuado y por lo tanto, por lo menos en lo que atañe al deber de información y las pruebas genéticas, la ley no requiere ajuste alguno.

Teniéndose claro que en el panorama actual esta información tendrá que ser declarada si el asegurador pregunta por ella, pasamos entonces a analizar si la misma puede ser tenida en cuenta en el proceso de suscripción, esto es, si con base en dicha información el asegurador puede clasificar al asegurado en un grupo de riesgo específico dependiendo del cual determinará la prima y las condiciones de asegurabilidad o, incluso, si no está dispuesto a asumir el riesgo.

Para dar respuesta a esta cuestión se debe partir de que el artículo 1056 del Código de Comercio establece un régimen de libertad contractual para los aseguradores en Colombia siempre y cuando no se contravenga disposiciones imperativas. En las actas del Subcomité de Seguros del Comité Asesor para la revisión del Código de Comercio se evidencia el sentido de incluir la aclaración “a su arbitrio”, indicándose que “aunque la explicación fuera un poco redundante, es necesario hacer resaltar, la libertad que tiene el asegurador para asumir algunos riesgos y rechazar otros [...]”

114 (Ossa Gómez, 1991, págs. 337-339) (Ordóñez Ordóñez, 2004, págs. 33-35)

115 (Ossa Gómez, 1991, págs. 325, 329) (Ordóñez Ordóñez, 2004, pág. 33)

para evitar interpretaciones jurisprudenciales contradictorias en los litigios a que diera origen el contrato de seguro.”

Sobre esta libertad contractual se ha pronunciado la Superintendencia Financiera en múltiples ocasiones indicando que “[l]as compañías de seguros tienen la posibilidad de seleccionar los riesgos de acuerdo con la experiencia obtenida en el desarrollo de su actividad y decidir si resulta una operación factible o, por el contrario, abstenerse de hacerlo, salvo que se trate de aquellos riesgos cubiertos por los denominados seguros obligatorios.”¹¹⁶ Sin embargo, la Superintendencia ha aclarado que la negativa a suscribir un seguro “no se puede fundamentar simplemente en la autonomía del asegurador, sino que debe fundamentarse en criterios objetivos y razonables, informados al cliente interesado en atención a la solicitud efectuada por éste (sic).”¹¹⁷ Este deber fue incluido en la Ley 1328 de 2009 al establecerse en el artículo 3, literal b que “las entidades vigiladas y los consumidores financieros podrán escoger libremente a sus respectivas contrapartes en la celebración de los contratos mediante los cuales se instrumente el suministro de productos o la prestación de servicios que las primeras ofrezcan. La negativa en la prestación de servicios o en el ofrecimiento de productos deberá fundamentarse en causas objetivas y no podrá establecerse tratamiento diferente injustificado a los consumidores financieros.”

A lo anterior se debe sumar que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se regula algunos aspectos de la prima, adicionales a los establecidos en el Código de Comercio, y, en su artículo 184, indica que la prima o tarifa debe “observar principios técnicos de equidad y suficiencia” y debe “ser el producto de la utilización de información estadística que cumpla con exigencias de homogeneidad y representatividad”. Esto es regulado en detalle en la Circular Básica Jurídica 07 de 1996 donde se señala que por equidad debe entenderse que la “prima y el riesgo deben presentar una correlación positiva, de acuerdo con las condiciones objetivas del riesgo”, que suficiencia se refiere a que la “tarifa debe cubrir razonablemente la tasa de riesgo y los costos propios de operación”, que homogeneidad significa que los “elementos de la muestra de estudio deben tener características comunes de tipo cualitativo y cuantitativo” y que representatividad conlleva que el “tamaño de la muestra debe responder a un número objetivo de elementos de la población que garanticen un nivel de significación razonable y que cubra un periodo adecuado”.

La libertad que tienen los aseguradores, solo limitada por la obligación de que sus decisiones se soporten en causas objetivas y razonables, sumado a que la regulación de las primas reconoce que las mismas deben ser equitativas y suficientes, permite concluir

116 Concepto 2008055627-001 del 11 de septiembre de 2008. Esta postura fue reiterada en sentencias de 18 de abril y de 22 de octubre de 2013 de la Superintendencia Financiera de Colombia (radicado interno 2012-0113 y 2013-0105 respectivamente) indicando que “las disposiciones legales en materia de seguros consagran, como regla general, la facultad de las entidades aseguradoras de seleccionar y asumir, salvo que se trate de seguros obligatorios, los riesgos puestos a su consideración”.

117 Concepto 2008055727-001 del 3 de septiembre de 2008

que no solo el tomador tiene que declarar si se ha practicado exámenes genéticos y sus resultados, si ello le fue preguntado, sino que esta información podrá ser tenida en cuenta por el asegurador en el proceso de suscripción, permitiendo incluso que dicha circunstancias se configure en un motivo para cobrar una extra prima, establecer una exclusión adicional o incluso negarse a la suscripción del contrato de seguro. Incluso se podría concluir que no solo puede tenerse en cuenta, sino que así debe ser pues ¿qué más objetivo que exámenes médicos que permiten determinar la mayor o menor probabilidad de padecer determinadas enfermedades que reducen la expectativa de vida o implican la necesidad de recibir ciertos tratamientos médicos?

La anterior conclusión sin embargo debe contrastarse con lo que se dijo en las sentencias T-1165 de 2001 y T-905 de 2007 de la Corte Constitucional. En ellas, como ya se mencionó, se debatía si el que una aseguradora no otorgara un seguro de vida deudores como garantía de un préstamo hipotecario constituía una violación al derecho de vivienda. También se discutió si el no otorgar un seguro porque una persona padece de VIH era discriminatorio. La respuesta que la Corte dio a esta última pregunta en ambos casos evidenció un profundo desconocimiento de la técnica del seguro, pues se afirmó rápidamente que sí era un trato discriminatorio, sin tan siquiera revisar los esquemas de mutualidad y dispersión del riesgo sobre los cuales se fundamenta la asunción de los mismo por parte del sector asegurador, ni estudiar las normas que sobre asunción de riesgos y fijación de primas existen en el ordenamiento jurídico Colombiano. Aunque es posible que una conclusión similar se extienda a la distinción y clasificación en grupos que eventualmente pueden hacer las aseguradoras con personas que han recibido resultados positivos de ciertas pruebas genéticas, así como mediante las sentencias T-905 de 2007 y T-136 de 2013 la Corte recapacitó sobre la decisión de obligar al asegurador a otorgar el seguro, esperamos que la Corte recapacite sobre considerar que este tipo de decisiones constituyen una práctica discriminatoria injustificada, acercándose más bien a la postura técnicamente correcta expuesta por la Superintendencia Financiera. Este tipo de análisis profundos y técnicamente acertados no son extraños a la Corte Constitucional, la cual en el pasado ha soportado sus sentencias en estudios juiciosos que reconocen las particularidades de la actividad aseguradora.¹¹⁸

Puestas las sentencias de la Corte Constitucional a un lado, para nosotros es claro que el régimen legal consagra una libertad de suscripción soportada en la objetividad y razonabilidad de los criterios que se utilicen para determinar las condiciones de cobertura. Esto implica entonces que el asegurador puede basar su decisión en los resultados que hayan arrojado ciertos exámenes genéticos si los mismos soportan, desde un punto de vista técnico y actuarial, un tratamiento diferencial para ciertas personas. Lo anterior no tiene que generar en Colombia especial preocupación, no solo porque ello ya es así de cara a otras pruebas o padecimientos que se escapan a lo genético, o incluso para algunos padecimientos genéticos que se identifican por otros medios,

118 Ver por ejemplo la sentencia C-232 de 1997 o, para decisiones más recientes, las sentencias T-751 de 2012 y T-136 de 2013.

sino porque, como ya se refirió, Colombia cuenta con un sistema general de seguridad social que abarca los riesgos sociales más importantes, por ejemplo, enfermedad e incapacidad para trabajar. Reiteramos que el punto que tal vez sí amerita reflexión, pero incluso más allá de un tratamiento especial para pruebas genéticas, es el que rodea a los seguros de vida que condicionan el acceso al sector financiero, pues, si bien por el momento existe la solución establecida en la sentencia T-905 de 2007, sería importante que se debata con mayor profundidad las políticas sociales que al respecto se deberían adoptar.

Las anteriores conclusiones evidencian que el régimen legal colombiano comulga con nuestra postura en el debate ético-filosófico, esto es, que las pruebas genéticas y sus resultados no son circunstancias o hechos que ameriten o tengan un régimen especial o particular en cuanto al deber de declarar el estado del riesgo o de cara al proceso de suscripción en general. Lo anterior, sin embargo, no significa que las aseguradoras puedan negar cobertura o aumentar primas de manera arbitraria simplemente porque el resultado de una prueba genética fue positivo. Como ya se señaló las primas o tarifas de un seguro y el riesgo deben presentar una correlación positiva, de acuerdo con las condiciones objetivas del riesgo y, para determinar este, los elementos de la muestra de estudio deben tener características comunes de tipo cualitativo y cuantitativo, teniendo que responder el tamaño de la muestra a un número objetivo de elementos de la población que garanticen un nivel de significación razonable y que cubra un periodo adecuado. Esto significa que, salvo que los reaseguradores aporten información estadística significativa que permita evidenciar, de acuerdo con las características ya señaladas, el impacto de ciertos desórdenes genéticos en la siniestralidad de los seguros de personas, en Colombia habrá, de facto, una moratoria similar a la implementada en algunas legislaciones extranjeras hasta que exista una muestra que permita un estudio como el requerido por la Circular básica Jurídica 07 de 1996 para garantizar la equidad y suficiencia de la prima.

5. Las demás implicaciones de las pruebas genéticas en los seguros

Más allá de si el tomador tiene que declarar o no que se ha practicado exámenes genéticos y que el resultado de los mismo pueda ser tenido en cuenta por parte los aseguradores en el proceso de suscripción, hay otros problemas que, si bien no han sido objeto de tanto debate, también evidencian la incidencia de las pruebas genéticas en el contrato de seguro.¹¹⁹ Aquí se tratará someramente los siguientes: a) ¿Puede el asegurador exigir que se practiquen exámenes genéticos para decidir si celebra o no el contrato en los casos en los cuales la persona no se había practicado algún examen de este tipo antes de solicitar el seguro?; y b) ¿Los resultados evidenciados al practicarse un examen genético tienen incidencia sobre la asegurabilidad de ciertos riesgos de acuerdo con la definición que de los mismos trae el Código de Comercio?

119 (Alarcón Fidalgo, 2006, pág. 147)

a) *¿Puede el asegurador exigir que se practiquen exámenes genéticos para decidir si celebra o no el contrato en los casos en los cuales la persona no se había practicado algún examen de este tipo antes de solicitar el seguro?*

Las implicaciones que puede tener el conocer que se padecen ciertas enfermedades catastróficas sobre la forma como se vive la vida dan lugar a que se argumente que existe un derecho a no saber.¹²⁰ “[L]as personas tienen derecho a no conocer su estado genético”¹²¹ es la consigna que enarbolan algunos para afirmar que las aseguradoras no puedan exigir, como requisito para tomar un seguro de personas, que el candidato a asegurado se practique una prueba genética. Adicionan que el que los aseguradores puedan exigir exámenes genéticos a los asegurados conllevaría a que estos conociesen información que tal vez no desearan conocer o a que tengan que tener acceso a la misma sin la asesoría adecuada.¹²² Autores como Godard y otros indican que hay consenso general alrededor de que a los solicitantes de seguros no se les debe someter a exámenes genéticos como condición para obtener el seguro.¹²³ Sin embargo la realidad muestra que al respecto no existe una posición uniforme en el mundo.

Si bien algunos países han prohibido que el asegurador solicite pruebas genéticas para la suscripción, en otros no se ha dado ningún tratamiento especial a estos exámenes y por lo tanto es posible o no dependiendo del régimen general que exista para los demás exámenes médicos.¹²⁴ Así, por ejemplo, en el estado de Vermont se permite a los aseguradores de vida tener en cuenta la información genética del solicitante, sin embargo no se les permite ordenar pruebas genéticas.¹²⁵ En el Reino Unido las compañías de seguros no les pueden pedir a los individuos que se sometan a exámenes médicos, genéticos o no, que el individuo ya no se hubiese practicado antes de solicitar el seguro.¹²⁶

Nowlan justifica dichas prohibiciones porque considera que la asimetría de la información no es un problema si aún no se han hecho pruebas genéticas.¹²⁷ Sin embargo este argumento por sí solo resulta insuficiente porque en todo caso es más beneficioso para el esquema de la mutualidad que el suscriptor pueda contar con la mayor cantidad de información posible para catalogar el riesgo.

Ahora, Mangialardi, Pantanali, & Quintana indican que en algunos países que no tienen regulación al respecto, eventualmente podría deducirse una prohibición

120 (Mangialardi, 2003, pág. 88)

121 (Gannett, 2010)

122 (Godard, y otros, 2003, pág. 131)

123 (Godard, y otros, 2003, pág. 128)

124 (Mangialardi, Pantanali, & Quintana, 2006, págs. 62-67)

125 (Nowlan, 2002, pág. 196)

126 (Raithatha & Smith, 2004, pág. 395)

127 (Nowlan, 2002, pág. 196)

derivada del derecho a “no saber”.¹²⁸ Pero nosotros consideramos que, al no ser las pruebas genéticas per se lo suficientemente distintas a los demás exámenes médicos, no se debe prohibir que el asegurador los requiera. Más razonable nos parece la postura de Alarcón Fidalgo que propone que solamente algunos exámenes que sí dan a conocer resultados sensibles deben recibir un trato especial.¹²⁹

Mangialardi, Pantanali, & Quintana también afirman que en Colombia, desde el punto de vista técnico, no es factible que las compañías de seguros exijan la práctica de pruebas genéticas a aquellos que buscan tomar un seguro, pero no se indica en que se soporta dicha afirmación. Sin embargo luego señalan que desde un punto de vista puramente jurídico no existe reglamentación que autorice o prohíba dicha práctica, entendiéndose por lo tanto permitido, pues para los particulares se entiende lícito todo aquello que no está prohibido.¹³⁰

Indirectamente en Colombia se ha permitido la realización de exámenes médicos para la toma de un seguro, así se deriva de lo establecido en el artículo 1158 del Código de Comercio¹³¹ y de la aceptación tácita de la práctica en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia,¹³² por lo tanto, de cara a sí se puede ordenar la práctica de pruebas genéticas, de nuevo habrá que remitirse a si hay algo en ellas que justifique un trato diferente a los demás exámenes médicos. Ahora, también se ha propuesto que en Colombia se podría derivar el derecho a no saber de los principios constitucionales establecidos en los artículos 15, 16 y 20 de la Constitución Política, esto es, el derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libre expresión de información,¹³³ esto, sin embargo, no ha sido analizado a profundidad.

En este punto consideramos que, por regla general, no existen motivos suficientes para que se otorgue un trato diferente a este tipo de exámenes, sin embargo, algunos exámenes genéticos específicos, por el tipo de información que sus resultados ofrecen, sí pueden ameritar una reglamentación especial, pero, no en razón de tratarse de exámenes genéticos. Por el momento, con la regulación existente, consideramos que un asegurador podría exigir este tipo de pruebas médicas.

128 (Mangialardi, Pantanali, & Quintana, 2006, págs. 68-73)

129 (Alarcón Fidalgo, 2006, pág. 133)

130 (Mangialardi, Pantanali, & Quintana, 2006, págs. 62-64)

131 El artículo 1158 del Código de Comercio establece que “[a]unque el asegurador prescinda del exámenes médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1058”, reconociéndose así tácitamente la validez de que el asegurador exija este tipo de exámenes para ingresar al seguro.

132 Por ejemplo en la sentencia de 2 de agosto de 2002, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, el debate giraba en parte alrededor de si, después de ordenado un examen médico por parte del asegurador antes de la celebración del contrato, este debía ordenar más exámenes si así lo recomendaba su médico.

133 (Mangialardi, Pantanali, & Quintana, 2006, págs. 69-70)

b) ¿Los resultados evidenciados al practicarse un examen genético tienen incidencia sobre la asegurabilidad de ciertos riesgos de acuerdo con la definición que de los mismos trae el Código de Comercio?

La pregunta también se puede plantear de la siguiente manera: ¿lo que permiten determinar las pruebas genéticas elimina la incertidumbre a un punto tal que ya no puede predicarse la existencia de un riesgo?

El régimen legal colombiano define en el artículo 1054 del Código de Comercio que riesgo es todo “suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario”, los hechos ciertos por lo tanto no son asegurables, salvo la muerte, pues esta se establece como excepción en este artículo. La incertidumbre tiene que ser objetiva, pues allí también se indica que la incertidumbre subjetiva no constituye riesgo, así que el suceso, además de incierto debe ser futuro. Bajo esta perspectiva el resultado de una prueba genética de ninguna manera afecta o limita lo que se puede asegurar mediante un seguro de vida, pues para este tipo de seguro el riesgo es la muerte y padecer determinado desorden genético, si bien puede reducir la expectativa de vida, no permite despejar la incertidumbre alrededor del cuándo fallecerá la persona asegurada y, por lo tanto, sigue existiendo un riesgo por amparar.

Esta opinión es compartida por Alarcón Fidalgo quien considera que la investigación genética no afecta a la propia existencia del seguro de vida “ya que el análisis genético pone de manifiesto cierto número de predisposiciones patológicas pero no elimina la certidumbre sobre el momento de su exteriorización (el cuándo).”¹³⁴

La respuesta para los seguros de salud puede ser más compleja. La distinción entre desórdenes monogénicos y enfermedades multifactoriales es crucial para analizar la incidencia de los resultados de las pruebas genéticas en relación con el riesgo en estos seguros. Si lo diagnosticado con la prueba genética es un desorden multifactorial, aún existirá riesgo susceptible de ser asegurado, pues estos desórdenes solo implican una mayor probabilidad de padecer una enfermedad en particular, más no determinan que la enfermedad efectivamente se padecerá, en consecuencia, al existir incertidumbre, así sea en menor grado, hay riesgo asegurable para el contrato.

Distinto es el caso de los desórdenes monogénicos, pues estos sí indican que la enfermedad se padecerá en el algún momento de la vida, lo cual sí puede impedir, si nos apegamos a la definición de riesgo que trae el código, que dicha enfermedad sea amparada por el seguro de salud, pues el único hecho cierto susceptible de ser asegurado es la muerte. Ahora, en estricto sentido el desorden monogénico no debería ser asegurable habiéndose practicado o no la prueba genética, pues es tan cierto antes de haberse practicado la prueba, como después de obtenido el resultado, la única diferencia consistiendo en que antes de la prueba la incertidumbre era subjetiva, que, como se dijo, no constituye riesgo, pero esto conllevaría a que, contrario a la práctica

134 (Alarcón Fidalgo, 2006, pág. 129) referencias omitidas



actual, estos desórdenes no se pueden asegurar. El problema no es tan sencillo entonces de resolver y tal vez en este punto sea necesario estudiar si se deben introducir reformas que permitan asegurar estas enfermedades que desde el punto de vista médico no son tan inciertas como se creía, de la misma manera como se permite la asegurabilidad de la muerte en razón a la incertidumbre que rodea al cuándo.

CONCLUSIÓN

El debate alrededor de si las pruebas genéticas y sus resultados tienen que ser declarados por el tomador de un seguro al asegurador ha sido extenso. Si bien existen muchos argumentos a favor y en contra, consideramos que no existen motivos suficientes para que se otorgue un trato diferente a estos hechos o circunstancias y por lo tanto deben ser declarados y pueden ser tenidos en cuenta por el asegurador en el proceso de suscripción.

El marco jurídico colombiano se ajusta a esta conclusión, pues, al menos por ahora, no existen normas especiales que regulen las pruebas genéticas y por lo tanto el tomador tiene que informar estas circunstancias de acuerdo con el régimen general del deber de declarar el estado del riesgo establecido en el artículo 1058 del Código de Comercio, esto es, de proporcionar al asegurador un cuestionario, el tomador tendrá que informar los exámenes genéticos que hayan sido practicados y sus resultados si el asegurador pregunta por ello; y, de no existir un cuestionario, el tomador deberá declarar esta circunstancia si el sentido común indica que es un hecho que interesaría al asegurador para determinar el estado del riesgo.

No solamente el tomador tiene que declarar esta información de acuerdo con los parámetros señalados, sino que el asegurador puede y debe tener en cuenta la misma para determinar si asume o no el riesgo, y las condiciones en que lo haría si decide asumirlo. Lo anterior debido a que en Colombia los aseguradores cuentan, en gran medida, con la libertad de suscribir los seguros que deseen y en las condiciones que deseen siempre y cuando justifiquen su decisión en causales objetivas y razonables, lo cual conlleva, particularmente al momento de determinar la tarifa o prima del seguro, que la misma deba ser equitativa y suficiente.

Estas conclusiones podrían variar si, como sucede en otros países, los seguros privados fuesen el único mecanismo para garantizar la protección ante riesgos sociales tales como el de alteración a la salud o incapacidad para trabajar. Sin embargo, como en Colombia existe un sistema de seguridad social que ampara estos riesgos, los seguros pueden mantener su carácter de contrato comercial y por lo tanto, con las restricciones ya indicadas, se encuentran supeditados a la libertad contractual. En este análisis sin embargo se evidencia que existe la necesidad de revisar y debatir cuáles son las políticas públicas más adecuadas para casos en los cuales los seguros privados pueden impedir o dificultar el acceso a servicios financieros. Este debate, sin embargo, no se debe circunscribir a la incidencia de las pruebas genéticas en el contrato de seguro.

Tampoco existe claridad en el mundo si el asegurador puede exigir, para el ingreso a un seguro, que una persona se practique determinadas pruebas genéticas. También en este punto consideramos que, por regla general, no existen motivos suficientes para que se otorgue un trato diferente a este tipo de exámenes, sin embargo, algunos exámenes genéticos específicos, por el tipo de información que sus resultados ofrecen, sí pueden ameritar una reglamentación especial, pero, no en razón de tratarse de exámenes genéticos. Por el momento, con la regulación existente, consideramos que en Colombia un asegurador podría exigir este tipo de pruebas médicas.

En el régimen legal colombiano, de acuerdo con la definición que de riesgo establece el artículo 1054 del Código de Comercio, el resultado de una prueba genética de ninguna manera afecta o limita lo que se puede asegurar mediante un seguro de vida, pues para este tipo de seguro el riesgo es la muerte y padecer determinado desorden genético, si bien puede reducir la expectativa de vida, no permite despejar la incertidumbre alrededor del cuándo fallecerá la persona asegurada y, por lo tanto, sigue existiendo un riesgo por amparar. En el caso de los seguros de salud, los desórdenes multifactoriales aún podrán ser asegurados, pues los mismos solo implican una mayor probabilidad de padecer una enfermedad en particular, más no determinan que la enfermedad efectivamente se padecerá, en consecuencia, al existir incertidumbre, así sea en menor grado, hay riesgo asegurable para el contrato; distinto es el caso de los desórdenes monogénicos, pues estos sí indican que la enfermedad se padecerá en el algún momento de la vida, esto sí impide, si nos apegamos de manera estricta a la definición de riesgo, que dicha enfermedad sea amparada por el seguro de salud haya o no prueba genética de por medio, por lo tanto es importante revisar si se amerita crear una excepción para este tipo de enfermedades.

Las anteriores conclusiones se enmarcan, a nuestro leal saber y entender, dentro del estado actual de la normativa colombiana, pero no habiendo desarrollos legislativos o jurisprudenciales específicos sobre la materia, lo aquí dispuesto está sujeto a los cambios que eventualmente el legislador desee introducir o a los desarrollos interpretativos de las Cortes. Esperemos que de llegar dicho momento lo que aquí se considera sea tenido en cuenta.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Fidalgo, J. (2006). El genoma humano y el seguro de personas. *Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 24, 121-148.
- Camargo García, L. A., Echávez Amaya, H. J., & Ramírez Ruíz, J. (2003). *Implicaciones jurídicas de genoma humano en el contrato de seguro de personas*. Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario.
- Collins, F. S., & Hamburg, M. A. (2013). First FDA Authorization for Next-Generation Sequencer. *The New England Journal of Medicine*, 2369-2371.
- Francis, L. P. (2010). You are born with your genes: justice and protection against discrimination in the use of genetic information. *Mount Sinai Journal of Medicine*, 188-196.

- Gannett, L. (Otoño de 2010). *The Human Genome Project*. (E. N. Zalta, Editor) Obtenido de The Stanford Encyclopedia of Philosophy: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/human-genome/>
- Godard, B., Raeburn, S., Pembrey, M., Bobrow, M., Farndon, P., & Aymé, S. (2003). Genetic information and testing in insurance and employment: technical, social and ethical issues. *European Journal of Human Genetics*, 123-142.
- Joly, Y., Knoppers, B. M., & Godard, B. (2003). Genetic information and life insurance: a 'real' risk? *European Journal of Human Genetics*, 561-564.
- Malpas, P. J. (2008). Is genetic information relevantly different from other kinds of non-genetic information in the life insurance context? *J Med Ethics*, 548-551.
- Mangialardi, E. (2003). El proyecto del genoma humano. Su incidencia en las relaciones laborales y asegurativas. *Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 20, 79-94.
- Mangialardi, E., Pantanali, N. J., & Quintana, E. J. (2006). La influencia de los avances tecnológicos y científicos en el seguro de personas (segunda parte). *Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 26, 11-115.
- Murthy, A., Dixon, A., & Mossialos, E. (2001). Genetic testing and insurance. *Journal of the Royal Society of Medicine*, 94, 57-60.
- Nowlan, W. (12 de July de 2002). A rational view of insurance and genetic discrimination. *Science*, 297, 195-196. Obtenido de www.sciencemag.org
- Ordóñez Ordóñez, A. (2004). *Lecciones de derecho de seguros N. 3: las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ossa Gómez, J. E. (1991). *Teoría general del seguro: el contrato* (Segunda ed.). Bogotá, D.C.: Temis.
- Ossa, D., & Towse, A. (2004). Genetic screening, health care and the insurance industry: Should genetic information be made available to insurers? *Eur J Health Econom*, 116-121.
- Payne, P.W., Goldstein, M. M., Jarawan, H., & Rosenbaum, S. (2009). Health insurance and the Genetic Nondiscrimination Act of 2008: implications for the public health policy and practice. *Public Health Reports*, 124, 328-331.
- Raithatha, N., & Smith, R. D. (31 de January de 2004). Disclosure of genetic tests for health insurance: is it ethical not to? *The Lancet*(363), 395-396.
- Silvers, A. (s.f.). Predictive genetic testing: congruence of disability insurers' interest with the public interest. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 52-58.
- Smith, R., & Raithatha, N. (2006). Why disclosure of genetic tests for health insurance should be voluntary. *J Health Serv Res Policy*, 184-186.
- Vásquez Vega, D. (2013). A comparative analysis of utmost good faith in Colombian and English insurance law. *Sin publicar*, 1-26.
- Veiga Copo, A. B., & Sánchez Graells, A. (2011). Discriminación por razón del sexo y prima del contrato de seguro. *Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 34, 77-116.
- Wilkie, T. (1998). Genetics and insurance in Britain: why more than just the Atlantic divides the English-speaking nations. *Nature Genetics*, 20, 119-121.