

SECCIÓN DOCTRINAL

La influencia de los avances tecnológicos y científicos en el seguro de personas*

EDUARDO MANGIALARDI**
NORBERTO JORGE PANTANALI***
ENRIQUE JOSÉ QUINTANA****

Fecha de recepción: 01 de noviembre de 2006

SUMARIO (primera parte)

- I. Introducción general
- II. Introducción particular
- III. Consideraciones previas al análisis de las respuestas al cuestionario

* Informe general al cuestionario de las Secciones Nacionales de AIDA - XII Congreso Mundial de Derecho de Seguros - Buenos Aires, octubre de 2006, realizado por la Asociación Argentina de Derecho de Seguros.

** Abogado de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Presidente del Comité Iberoamericano de AIDA, CILA. Profesor universitario.

*** Vicepresidente 1° de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros.

**** Secretario de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros.

Primera parte

Consideración del cuestionario

- a1. ¿En su país, se pueden contratar seguros a través de Internet? Caso afirmativo: ¿de qué forma está reglamentado?
 - a2. ¿Se admite el consentimiento del asegurado por vía electrónica?
 - a3. ¿Pueden denunciarse los siniestros por vía electrónica?
 - a4. ¿El documento informatizado es considerado instrumento público o privado?
 - a5. ¿La legislación de su país prevé normas de protección de datos personales (*habeas data*) objeto de procesamiento electrónico?
 - a6. ¿La legislación de su país prevé normas que regulen la privacidad del correo electrónico?; en caso afirmativo, ¿qué sanciones se establecen para el caso de la violación del derecho a la intimidad?
 - a7. ¿En su país, existen coberturas aseguradoras que amparen contra los daños por virus o fallas informáticas, en particular, daños a las redes externas?
 - a8. ¿En caso de contestar afirmativamente la pregunta anterior, cómo se evalúan estos riesgos? ¿Hay límites? ¿Franquicias?
 - a9. ¿Qué porcentaje aproximado del primaje de seguros de su país se comercializa a través de Internet?
 - a10. ¿Existen en su país barreras legales para impedir que la contratación de seguros a través de Internet vulnere el poder impositivo de su país?
- b) Los principios generales de la contratación electrónica
- b1. Equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos respecto de los actos jurídicos escritos
 - b2. La inalteración del vigente derecho de las obligaciones y contratos privados
 - b3. La neutralidad tecnológica
 - b4. Buena fe
 - b5. La libertad contractual en el contexto electrónico
 - b6. Valor probatorio de los documentos electrónicos
- c) La contratación, gestión, ejecución, consumación y rescisión de los contratos de seguros y reaseguros

- c1. Se servirá indicar cómo ha influido la electrificación en los distintos momentos indicados; particularmente indicará si es imperativa o no la entrega del texto escrito de la póliza, y si se ha reglamentado su eventual sustitución por el mensaje electrónico
- c2. ¿Hay autoridad certificante de documentos electrónicos; caso afirmativo, cuáles son las condiciones exigidas para su actuación?
- c3. ¿Existe en su país un servicio de notificaciones telemáticas seguras con plena eficacia jurídica y valor probatorio similar al del correo certificado?
- d) La firma electrónica
 - d1. ¿Existen en su país disposiciones que regulen el uso de la firma electrónica?
 - d2. ¿Según las normas vigentes en su país, la firma digital tiene el mismo valor jurídico que la firma manuscrita?
 - d3. ¿El soporte en que figuran los datos firmados electrónicamente está reconocido como prueba documental en juicio?
 - d4. ¿Cómo están reflejadas en la legislación de su país las características de la firma digital en cuanto a autenticidad, integridad, confidencialidad y no repudio?
 - d5. Sistemas de cifrado de datos: clave simétrica y no simétrica
- e) Acceso a bases de datos
 - e1. ¿Existe en su país alguna regulación que imponga a los aseguradores el suministro de sus bases de datos a organismos oficiales?
 - e2. ¿Esa obligación responde a fines meramente estadísticos o a la detección de activos de origen delictivo (lavado de dinero)?
 - e3. ¿Se puede acceder a bases de datos que contengan información económico-financiera o médica del asegurable?
- f) Exclusiones de cobertura en riesgos de personas
 - f1. ¿Existen en su país tendencia a establecer nuevas exclusiones de cobertura vinculadas al uso de nueva tecnología, como ser, la telefonía celular, los rayos catódicos, el poliuretano expandido, etc.?
 - f2. ¿Existen en la legislación de su país exclusiones de cobertura en seguros de personas y/o salud u hospitalización, respecto a lesiones o muerte causadas por el efecto invernadero y la concentración de gases en la atmósfera?
 - f3. Existen en las pólizas usuales de seguros de personas, salud u hospitalización, en su país, otras exclusiones de cobertura, además de los acontecimientos catastróficos originados por la energía atómica, terremotos o inundaciones (cláusulas referidas al lado oscuro de los avances de la ciencia y tecnología).

- f4. ¿Existen en la legislación de su país exclusiones de cobertura en seguros de personas por daños en la salud causados por compuestos industriales tóxicos (bifenilos policlorados)?
- g. Derecho a la subrogación
 - g1. ¿Las entidades aseguradoras que operan en estas coberturas pueden repetir o subrogarse en los derechos del asegurado para intentar recuperar el costo de los siniestros afrontados, cuando ellos son consecuencia del mal uso de las nuevas tecnologías (v.g. lesiones o muerte causadas por alimentos o cultivos transgénicos, experimentos genéticos, productos farmacéuticos, etc.)?
 - h. Selección de riesgos
 - h1. ¿En su país, se verifica el uso de nuevas tecnologías de diagnóstico médico para los seguros de vida individuales?
 - h2. ¿Existe regulación que limite los estudios de diagnóstico para los casos de HIV o de genoma humano?
 - h3. ¿Existe regulación que limite las discriminaciones tarifarias en virtud al fenotipo del asegurable (vinculadas al medio ambiente, a los antecedentes étnicos, a la demografía, etc.)?
 - h4. ¿Existen en la legislación de su país algunas previsiones respecto a la incorporación de imágenes digitales en documentos electrónicos (v. gr. radiografías, tomografías computadas, ecografías, etc.)?
 - h5. ¿Existen en la legislación de su país algunas previsiones que deben cumplir las recetas médicas y/o de tratamientos prescritos, emitidos en documentos digitales?
 - h6. ¿Existen en su país restricciones al cúmulo que se da cuando por un lado, el asegurado recibe prestaciones por vía de un seguro de personas, salud u hospitalización, y por otro lado reclama por responsabilidad civil cuando el daño en su cuerpo —salud o muerte— se produjo por el mal uso de nuevas tecnologías?

IV. La electrónica en el reaseguro

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

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

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

Cómo no recordar entonces aquí y ahora que al Primer Congreso Mundial de Derecho de Seguros celebrado en Roma del 4 al 7 de abril de 1962, asistieron los doctores JUAN CARLOS FÉLIX MORANDI y EDUARDO STEINFELD.

Cómo no recordar que dos ex presidentes de nuestra asociación tuvieron el privilegio de ser relatores de informes generales en congresos mundiales de derecho de seguros, el Dr. ISAAC HALPERIN desarrollando el tema “El seguro y los actos de violencia contra la comunidad afectando personas o bienes” en el IV Congreso Mundial celebrado en Laussane, Suiza en abril de 1974, y el Dr. JUAN CARLOS FÉLIX MORANDI en el VII Congreso Mundial celebrado en Budapest, Hungría en mayo de 1986, quien efectuó el relato general del tema “La agravación y las otras modificaciones del riesgo”.

Hemos aceptado ser país anfitrión, así como tomar a nuestro cargo el informe general asignado, entendiendo tales distinciones como un justo y merecido homenaje de la comunidad mundial y nacional del derecho de seguros a los siempre recordados maestros ISAAC HALPERIN, JUAN CARLOS FELIX MORANDI y EDUARDO R. STEINFELD, juristas que han excedido con creces nuestras fronteras con sus aportes, con sus enseñanzas, con su doctrina,

resultando indudables referentes del derecho de seguros en todas las latitudes y continentes, y que hoy no se encuentran entre nosotros.

II. INTRODUCCIÓN PARTICULAR

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

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

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

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

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

En coberturas de seguros de personas este lado oscuro tiene una significativa potencialidad siniestral por el elevado número de posibles asegurados afectados en las diversas coberturas, y de allí es que nos interesa pensar respecto de eventos no excluidos en las coberturas, en las posibilidades de subrogación del asegurador en aquellos supuestos

en que se verifican responsabilidades de terceros en la producción del hecho que da origen a la indemnización al asegurado.

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

Descifrar el genoma humano y las aplicaciones de este conocimiento que nos ubica en el campo de la medicina predictiva importará consecuencias difíciles de prever en toda su magnitud respecto de los seguros de personas y por ello la extensión del presente informe en el análisis de esta problemática, con los elementos que hoy se pueden visualizar.

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

III. CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LAS RESPUESTAS AL CUESTIONARIO

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

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

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

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

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

2. Como un fenómeno propio del desarrollo humano, en todas las épocas de la historia se han producido en prácticamente todos los ámbitos avances tendientes a mejorar la calidad de vida y el confort, a la producción de bienes y servicios, al intercambio de los mismos, al comercio, piénsese en la invención de la rueda, la fabricación de vehículos del transporte terrestre, marítimo o aéreo, la invención de la imprenta, del teléfono, del telégrafo, el maquinismo, los avances en la medicina, la obtención de vacunas, el descubrimiento de la penicilina como antibiótico, los rayos X, etc., etc. Estas breves referencias demuestran que avances hubo siempre,

pero lo que se ha modificado es su velocidad y las fronteras del avance. En la evolución de la humanidad, el cambio social, científico y tecnológico era tan lento que tales cambios pasaban prácticamente inadvertidos durante la vida de una persona. En el último medio siglo en cambio, el avance en prácticamente todas las disciplinas ha sido vertiginoso. Hemos asistido y asistimos a nuevos descubrimientos, innovación, aplicación comercial de los mismos. Tal velocidad a su vez ha acelerado los términos de la obsolescencia de algunos conocimientos y aplicaciones. Hoy hablamos de sociedad del conocimiento, de sociedad tecnocrática. El propio concepto de tecnología ya parece viejo y utilizamos el término innovación tecnológica como modo de precisar la velocidad de los cambios. Lo considerado nuevo cae prontamente en desuso porque un nuevo conocimiento o producto entra en escena para realizar con mayor eficacia las mismas funciones de aquel producto o conocimiento que ya se considera antiguo. Es no obstante la paradoja de la obsolescencia, que al período que se inicia con posterioridad a la finalización de la Segunda Guerra Mundial se lo ha denominado el de la nueva ciencia o tecnología. Los avances además se producen sucesivamente. Veamos algunos ejemplos: en 1962 los doctores CRICK y WATSON recibieron el Premio Nóbel por descubrir la molécula de ADN, hoy ya se encuentra secuenciado el genoma humano, primer avance significativo del siglo XXI.

En 1967 el cardiocirujano CHRISTIAN BARNARD realiza a LOUIS WASKANSKY el primer trasplante exitoso de corazón, y 15 años después, en 1982, se implanta por primera vez un corazón artificial a un hombre. El avance en la ciencia médica cardiológica es sorprendente.

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

En julio de 1978 nació LOUISE BROWN, el primer ser humano producto de la fecundación *in vitro*, concebido fuera del útero materno, el denominado bebé de probeta.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En la realidad actual, el asegurador de seguros de personas se encuentra en una posición desventajosa respecto de otros sujetos, e incluso respecto de los aseguradores de otros riesgos. Supongamos un asegurador de riesgos del trabajo que cubra a los

trabajadores de un establecimiento que utilice determinados insumos. Por un error de un tercero, en vez de proveer un insumo inocuo provee uno altamente tóxico y la emanación de esta sustancia diferente, provoca lesiones graves y muertes a los trabajadores. La aseguradora de riesgos del trabajo deberá satisfacer las prestaciones médicas y en especie, las indemnizaciones por incapacidad y muerte y legalmente quedará subrogada para reclamar contra el responsable del equívoco, lo abonado. Si ese mismo trabajador fallecido, contaba además con un seguro de muerte, el asegurador que paga a los beneficiarios, no tendría tal posibilidad de subrogación. Va de suyo que los causahabientes del trabajador tienen también acción contra el responsable. Doctrinariamente se ha sostenido que si se permitiera la subrogación en seguros de personas podría afectarse la noción de cúmulo, mas entendemos que ello no es así, pues debe verse al asegurador de personas como también damnificado, de tal modo el daño causado por el responsable ha afectado a una pluralidad de damnificados y el daño causado al asegurador de personas es haber tenido que afrontar indemnizaciones provocadas por el hecho de un tercero que no hubieran de ser satisfechas si el hecho de un tercero no la hubiere provocado. No es un tema menor el que propiciamos para debate y estudio y somos conscientes de su significancia en la cotización y en la incidencia respecto a las coberturas de otros riesgos, pero precisamente por ello es que convocamos al debate.

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

duración de la vida humana pero laboralmente se es viejo cada vez más temprano. Conceptualmente, el tránsito de la etapa activa a la pasiva se conocía como tercera edad, hoy se están creando nuevas y diferentes etapas o categorías de edades. Se recortan los gastos públicos de salud, los beneficios para los pasivos, se establecen barreras para el acceso a seguros de salud en razón de edades cronológicas y no es posible continuar ampliando la meta de edad para recibir los beneficios de la pasividad. Tal sumatoria de elementos conexos, contradictorios entre sí, generarán indudables consecuencias sociales de no encontrarse soluciones adaptadas a los contextos económicos y sociales diferentes y distintos a los que fueron característicos de buena parte del siglo XX. Las diversas realidades de países y continentes desiguales, marcarán posiblemente diferentes formas de encarar tal problemática, pero más temprano que tarde, casi todos los países y continentes afrontarán los mismos fenómenos.

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

Las coberturas de rentas vitalicias, los seguros de salud y enfermedad que extiendan la cobertura para atender los fenómenos propios de la mayor edad, seguramente generarán una demanda creciente. Los aseguradores deben estructurar planes técnicos que contemplen esas nuevas necesidades. Es sabido que las erogaciones

en salud se incrementan con el paso del tiempo, pero la demanda insatisfecha por las deficiencias de los sistemas públicos de seguridad social, muestran un mercado potencial de cobertura de seguros privados, para nada desdeñable.

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

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

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

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

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

Respecto de la declaración exacta del riesgo, ¿los cuestionarios actuales de los aseguradores se han modificado acorde a los avances científicos médicos en la cura de enfermedades? ¿Son aquellas enfermedades que antes preocupaban a los aseguradores las que hoy deben ser consideradas desde el punto de vista de la equivalencia de prima y riesgo, en épocas en que la gran mayoría de los órganos pueden ser objeto de trasplante e incluso de trasplantes múltiples? ¿Se tienen en cuenta los avances farmacológicos en las tarifaciones? ¿Deberemos pensar en los

seguros de muerte que ciertas intervenciones quirúrgicas mayores, en vez de agravar el riesgo, hoy lo disminuyen? La probabilidad de encontrarse afectado por una enfermedad grave y superarla puede incluso ser superior a la posibilidad de morir.

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

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

La telefonía celular, los sistemas de transmisión de datos que posibilitan el acceso a Internet mediante sistemas fijos inalámbricos han generado en centros urbanos una gran dispersión de antenas de radiocomunicaciones que emiten radiaciones conocidas como no ionizantes. El ser humano puede absorber sin riesgos para la salud determinados valores o tasas de energía, mas de excederse tales valores no existe una garantía absoluta de que potencialmente no se vea comprometida la salud. La influencia de los campos electromagnéticos en la salud y en la vida no es un tema menor. Del mismo modo, determinados insumos que se utilizan aún industrialmente en tintas de impresión, papel carbónico, plastificantes, como los bifenilos policlorados (PCBS) y también en transformadores de energía, generan riesgos en la salud por resultar agentes probablemente cancerígenos, y de allí su prohibición en muchos países.

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

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

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

7. En el cambiante mundo en que vivimos, debemos incluso preguntarnos si la exacerbada competencia o el trabajo pueden causar enfermedades e incluso la muerte, y no nos estamos refiriendo sólo a esfuerzos físicos relacionados con la actividad laboral, sino de fenómenos tales como estrés y/o perturbaciones psicológicas profundas, provocadas por factores intrínsecos y extrínsecos a la propia labor.
8. El hombre intenta dominar a la naturaleza, modificarla, produce cambios geográficos, calentamiento global al liberar dióxido de carbono en la atmósfera, el denominado efecto invernadero, y la naturaleza reacciona. No es aventurado suponer que lo que denominamos catástrofes naturales sea producto en realidad de consecuencias del obrar humano sobre la naturaleza. Tifones, tornados, huracanes, inundaciones, *tsunamis*, sequías que además producen incendios, olas de calor o

de frío, son moneda constante y recurrente. Las respuestas lógicas para reducir tales fenómenos no parecen ser del agrado de los países altamente desarrollados. Los daños generan no sólo pérdidas económicas, sino, lo que es peor, pérdidas de vidas humanas en número cada vez más creciente, lo que también influye en las coberturas de seguros de personas.

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

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

10. Respecto del primaje mundial de seguros, y conforme surge del informe SIGMA 2/ 2005 publicado en la revista especializada de derecho de seguros de nuestro país, *Mercado Asegurador* en su edición 307, correspondiente a septiembre de 2005, páginas 98/104, que reproduce el trabajo efectuado por Swiss Re sobre los seguros de vida y no vida en todo el mundo en el año 2004, podemos destacar que las primas de seguros mundiales ascendieron a us\$ 3.244.000 millones de dólares en el 2004. De ese primaje us\$ 1.849.000 millones correspondieron a seguros de vida y us\$ 1.395.000 millones, a seguros no vida —ello más allá que algunas coberturas de seguros de personas no se contabilicen en el rubro seguros de vida. Estas cifras demuestran la importancia de los seguros de personas respecto de otros ramos. Existen distribuciones disímiles en el mundo respecto del predominio del seguro de vida sobre las restantes ramas. Siguiendo el agrupamiento del informe citado, Estados Unidos y Canadá tuvieron un primaje de us\$ 524.327 millones en seguros de vida

y us\$ 643.249 millones en seguros de no vida, que representan el 28,36% y 46,10% respectivamente del mercado mundial. Esta tendencia se verifica también en Latinoamérica, en el Caribe y en Oceanía en cuanto al mayor volumen de prima en seguros de no vida respecto a los de vida. En Latinoamérica y el Caribe las primas de seguros de vida alcanzaron a us\$ 20.201 millones que representan el 1,05% del primaje mundial y us\$ 29.121 millones en seguro de no vida, 2,09%. En Oceanía us\$ 27.034 millones en seguros de vida y us\$ 28.144 millones en los otros riesgos 1,46% y 2,02% respectivamente.

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

Si consideramos individualmente por países la participación en el ramo vida, sólo seis países superan individualmente el 4% de la cuota de mercado mundial. Ellos son Estados Unidos us\$ 494.818 millones, 26,77%, Japón us\$ 386.839 millones, el 20,93%, Gran Bretaña us\$ 189.591 millones, el 10,26%, Francia us\$ 128.813 millones, el 6,97% del total, Alemania us\$ 84.535 millones, el 4,57% e Italia us\$ 82.083 millones, el 4,44% del total. En conjunto, en 6 países se concentra el 73,94% de la producción de seguros de vida.

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

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

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

Nuestro país, Argentina con una producción de seguros de vida de us\$ 1.345 millones, 0,07% del total (valores que han sufrido una importante disminución medidas en la moneda norteamericana luego de la salida de la convertibilidad y la alteración de la paridad cambiaria $1\$ = 1\text{us\$}$ en noviembre de 2001, $3\$ = 1\text{dólar}$ en 2004), se ubica en el puesto 39 del ranking mundial de primas de seguros de

vida, por debajo de Indonesia, lugar 38 y por encima de Nueva Zelanda, país ubicado en el lugar nº 40.

En cuanto a primas *per cápita* en seguros de vida ostentan una marcada primacía Suiza us\$ 3,275,1, Gran Bretaña us\$ 3.190, Japón us\$ 3.044, respecto de otros países. Hay 10 países de Europa que singularmente considerados superan en este indicador el valor *per cápita* de Estados Unidos, de us\$ 1.692,50. En Asia, 5 países superan los 1000 us\$ *per cápita* en primas de seguros de vida. En Oceanía el primaje de Australia asciende a us\$ 1.285,10. En producción de seguros de vida *per cápita* en África el liderazgo lo ostenta Sudáfrica con us\$ 545,50 de primas *per cápita* en dólares y en América Latina y Caribe, Trinidad y Tobago con us\$ 484,50. En Argentina, el valor de prima de seguros de vida *per cápita* alcanza a us\$ 34,50.

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

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

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

PRIMERA PARTE

CONSIDERACIÓN DEL CUESTIONARIO

Entraremos ahora a examinar las respuestas dadas al cuestionario siguiendo el orden de las preguntas formuladas, no sin antes dejar constancia —nuevamente— de la encomiable labor cumplida por todos los países por la profundidad de los informes elaborados los que

denotan claramente que se ha encarado el tema en forma multidisciplinaria, con el aporte no sólo de la cibernética, sino también de todas las ciencias relacionadas.

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

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

INTRODUCCIÓN

1. A poco que nos adentramos en el análisis de la problemática planteada en el cuestionario, fácil es advertir la enorme trascendencia de la cuestión ante el grado de penetración del comercio electrónico que ya se aprecia en todo el orbe. Cuando analizamos la reforma de la legislación de fondo aplicable al contrato de seguro que se está produciendo en muchos países —en particular en las naciones desarrolladas— al conjuro de los avances tecnológicos y científicos, debemos aplaudir el acierto de la decisión tomada por la AIDA de encarar el tema a nivel del congreso mundial. Es que, como se ha visto, dichos avances han provocado una profunda revolución en todos los órdenes de la actividad humana, y en particular en las finanzas y las relaciones económicas internacionales, y por ende, en la actividad aseguradora.
2. El fenómeno inédito que representa el comercio electrónico y su impacto en el seguro llevan inexorablemente, como predijo Swiss Re a la

«necesidad imperiosa de adaptarse y la oportunidad de renovarse» (*Sigma*, n° 5/2000).

En un informe que data de 5 años atrás, se señalaba que,

«Internet se ha transformado de un mero medio de información y comunicación en una de las vías de distribución más importantes. Hace posible acceder a una gran cantidad de personas de un modo jamás imaginado, y al mismo tiempo, poner a disposición valiosa información individualizada... Si bien en un principio la meta se hallaba en las ventas de productos a los consumidores finales (*business-to-consumer*),

ahora es la relación con los clientes comerciales (*business-to-business*) la que reviste cada vez mayor importancia... Sin embargo, la tecnología de Internet no sólo repercute en la distribución, sino que ejerce también su efecto en todos los procesos comerciales. Cuanto más depende el proceso de producción de la preparación de la información, tanto mayor es el potencial de cambios».

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

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

3. Esa tendencia se aprecia con el desarrollo de la *banca-assurance* —como lo señalara ya en 1998 el jurista peruano WALTER VILLA ZAPATA— porque las entidades financieras utilizan su marca para ampliar el abanico de servicios que ofrecen con productos de seguros. Concluye así *Sigma* que, en vista del desarrollo de Internet en manos de nuevos operadores, los aseguradores tradicionales deberán adaptar sus mecanismos comerciales a las nuevas exigencias en cuanto a eficacia, rapidez y calidad del servicio.
4. No obstante, la mayor utilización de Internet no se dará por igual en todas las ramas del seguro. El desarrollo del comercio electrónico podrá causar apreciable impacto en los seguros estandarizables, pero,

«cuando se trata de productos en los que el asesoramiento desempeña un papel central y en los que no es fácil comparar prestaciones y precios, los intermediarios de seguros (tradicionales) se servirán del negocio electrónico y ofrecerán en mayor medida servicios de gestión financiera y de asesoramiento sobre los riesgos».

Elo sucedería principalmente con determinados productos del seguro de vida, de la previsión social, los seguros integrales y la atención de clientes empresariales o corporativos.

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

de coberturas complejas, y la remisión de datos delicados a través de la red, salvo el uso de la firma digital y el encriptado.

Ha dicho bien *Sigma* que cuanto mayor es el nivel de asesoramiento que se requiere en determinadas coberturas, menor es la posibilidad de recurrir a Internet. Y analizando específicamente los tipos de productos, puede colegirse que si bien los seguros de vida con ahorro, los seguros de salud y otros seguros comerciales, no son necesariamente aptos para distribución (o venta) en línea, no obstante Internet favorece la calidad y el servicio a través de la red.

«Es que las modernas tecnologías de comunicación posibilitan productos más a medida, tiempos de respuesta más cortos, mayor flexibilidad en las coberturas y un mejor apoyo en la gestión de riesgos».

6. De cualquier forma, fácil es advertir que hoy en día, en gran parte del mundo, los aseguradores tienen su propia página *web*, con sus portales estandarizados de productos del seguro y servicios financieros, con acceso a sus canales de venta, favoreciendo de tal modo la mayor transparencia y el acercamiento de la institución aseguradora a la comunidad. La intercomunicación electrónica con los asegurados da lugar a que ellos influyan directamente, durante la vigencia de la póliza, a requerir información y a propiciar modificaciones de las coberturas originalmente tomadas.
7. Los informes que nos han presentado distintas secciones nacionales de AIDA ratifican la utilización de Internet para gran parte de la operatoria aseguradora, lo que se puede apreciar en la concreción de coberturas, el pago de las primas, la denuncia de siniestros, y la posibilidad que se le brinda al asegurado de seguir el desarrollo del proceso de liquidación del mismo, pudiendo acceder las 24 horas del día a la página *web* del asegurador. El desarrollo de Internet además, permite al asegurador subcontratar determinados aspectos de su operatoria.

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

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

9. En suma, el avance de las nuevas tecnologías —aún a pesar de los virus, los *hackers* y los *spam*— es sencillamente arrollador, y el operador que no adecue su estructura correrá el riesgo de quedarse en el camino.
10. Empero, debemos señalar que la irrupción del comercio electrónico tiene sus problemas. Los cuerpos directivos de la Federación Interamericana de Empresas de Seguros (FIDES), en su reunión de Miami de marzo de 2001, dejaron constancia de su alta preocupación

«debido a que Internet sobrepasa las legislaciones nacionales y existe incapacidad por parte de las autoridades locales para controlar este fenómeno»,

por lo cual recomendaba la asunción de responsabilidad de las autoridades fiscales para que no se trasgreda, por vía de Internet, el poder impositivo local de cada país (con cita de la Directiva 2000/31/CB del Parlamento Europeo).

11. Estas advertencias nos dan la pauta de la absoluta necesidad de buscar la rápida adecuación del marco legal propio de los contratos —en especial del seguro— en los distintos países. Es que el *e-commerce* es irrefrenable, y por ende, nosotros los juristas, tenemos el gran desafío —y para ello estamos convocados en este congreso— de darle forma a las normas jurídicas que brinden el suficiente sustento a los contratos electrónicos, porque está visto que la realidad nos golpea y sobrepasa de tal modo que ya, muy pronto, aquellas viejas normas incluidas en los códigos tradicionales, sólo servirán para encorsetarnos en esquemas absolutamente superados. Debemos entonces hacer honor a este desafío que es, en definitiva, la tarea fundamental que cabe a los hombres de derecho: aprehender la realidad y trasuntarla en las normas jurídicas que sirvan para proveer a la comunidad de un sistema jurídico sólido y capaz de concebir instituciones aptas para afrontar el gran desafío que nos impone el avance tecnológico.
12. Por último, debemos formular una consideración general respecto a los informes presentados por las distintas secciones nacionales a este congreso, en especial de los países desarrollados. Hemos advertido que con el ánimo de facilitar la comprensión del tema e ilustrarnos a todos sobre esta formidable temática del *e-commerce*, se han expuesto exhaustivos análisis de lo que es la intercomunicación electrónica, la Internet, la protección de los datos, el mecanismo criptográfico, las claves necesarias para asegurar su autenticidad, los certificados digitales, la regulación de los certificadores (que podrían asimilarse a la profesión notarial que conocemos) que son los que relacionan los datos de la firma con su titular y que dan fe que esos datos son correctos. etc. etc. Es decir, seguramente producto de la forma como se concibió el cuestionario, se han hecho consideraciones de orden técnico-electrónica que serían más propias de un congreso de especialistas en sistemas, que de un congreso de derecho. Bienvenidos tales aportes que por cierto, nos ayudan a comprender todos los aspectos de la sofisticación tecnológica electrónica, y que en nuestra profanidad, trataremos sintetizadamente, de exponer en esta relación, sin perder de vista el objetivo último que nos convoca y que hace al impacto de esos

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

a I. ¿EN SU PAÍS, SE PUEDEN CONTRATAR SEGUROS A TRAVÉS DE INTERNET? CASO AFIRMATIVO: ¿DE QUÉ FORMA ESTÁ REGLAMENTADO?

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

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

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

En Suiza, por influjo de los derechos del consumidor, conforme una ley que entrará a regir a inicios del 2007, se establece la obligación del asegurador —en forma previa a la concreción del contrato— de informar al asegurable sobre las condiciones del seguro que extenderá, los riesgos asegurados, el plazo de vigencia, la prima a abonar, los métodos y bases de cálculo y distribución del *Surplus* (suplemento), y la forma como se han de manejar los datos personales.

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

- I. Obligación de información previa al consumidor.

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

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

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

En Sudáfrica también es posible celebrar seguros a través de Internet lo que está regulado por una ley específica 25/02 de comunicaciones y transacciones electrónicas, así como la Ley 37/02 de asesoría financiera y servicios intermediarios.

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

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

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

Corresponde detenerse en el caso de Chile que tiene la característica de que su ley establece que el contrato de seguro es solemne, lo que implica su formalización por escrito. Por ello, los redactores del informe para este congreso han expuesto sus dudas en cuanto a la entera validez de un contrato celebrado por Internet. En cambio, se

disipan los reparos si se trata de un contrato celebrado a través de esta vía usando el sistema de firma electrónica, proveniente de un certificador autorizado que constate la clave privada y la clave pública dotado de absoluta neutralidad tecnológica.

En la exhaustiva relación del tema expuesto en el congreso del CILA llevado a cabo en Rosario (Argentina) en 2001, Chile ha señalado con toda claridad que,

«el derecho del comercio electrónico no se «amarrar» con ninguna forma de comunicación electrónica»,

haciendo también la salvedad que,

«el soporte electrónico de una declaración viciada no produce la convalidación de la misma».

Chile ha expuesto detalladamente las normas de su ley de 2002, la que distingue — al igual que otras legislaciones— dos tipos de modalidades de firma electrónica:

- a) la que llama firma electrónica simple y
- b) la firma electrónica avanzada.

La primera la define como cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente, al autor. La segunda corresponde a aquella firma certificada por un prestador acreditado que ha sido concebida usando medios que el titular mantiene bajo su control, lo que permite la detección de una modificación posterior, la verificación de la identidad impidiendo que se desconozca la integridad del documento y su autoría. De tal modo, la ley 19799/02 de Chile dispone que,

«los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los hechos por escrito en soporte de papel».

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

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

a2. ¿SE ADMITE EL CONSENTIMIENTO DEL ASEGURADO POR VÍA ELECTRÓNICA?

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

Alemania nos ha apuntado que los asegurables expresan su consentimiento adhiriendo a la oferta —con debido detalle— en la página *web* del asegurador. Por su lado, la Ley de Contrato de Seguro de España, que se debe complementar con la «Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico» (LSSI y CE) 34/2002, sientan como principio que,

«Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez».

En similar sentido se pronuncia Italia, que ratifica la admisibilidad del consentimiento por vía electrónica remitiendo a la Directiva Comunitaria 2000/31/CE, que define:

«el contrato electrónico como aquél en el cual sus fases, incluida la expresión final del consentimiento, se desarrollan por vía electrónica».

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

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

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

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

En Sudáfrica también se admite el consentimiento vía electrónica, al igual que Japón.

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

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

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

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

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

Hay otros aspectos importantes que han merecido la atención de los analistas. Una de ellas consiste en determinar en qué momento se entiende perfeccionado el consentimiento, cuestión exhaustivamente abordada por Chile en la ponencia oficial presentada en el VII Congreso del CILA celebrado en Rosario (Argentina) en 2001. Dicha ponencia, que fuera expuesta brillantemente por el profesor OSVALDO CONTRERAS STRAUCH, parte de la premisa de que es determinante precisar ese momento porque ello define la época en la que nacen las obligaciones correspondientes de las partes y el cómputo de la prescripción de las acciones. Además, también interesa precisar el lugar de la formación del consentimiento a fin de establecer la competencia de los tribunales de justicia para el caso de incumplimiento del contrato, y la ley aplicable para la resolución de conflictos. Lo fundamental que se deja sentado es que el contrato electrónico en general se perfecciona como todo contrato no formal, mediante el consentimiento de los contratantes manifestado por el concurso de la oferta y su aceptación. Seguidamente, la relación oficial de Chile refiere a las dos doctrinas principales que se han dado en la legislación universal sobre el tema: la doctrina de la declaración de voluntad y su derivada —la doctrina de la expedición— y la doctrina del conocimiento, con su derivada, la de recepción. Explicando unas y otras, describe la teoría del conocimiento como:

«aquella en que el consentimiento se forma cuando cada parte conoce la voluntad de la otra, hecho que se produce cuando el proponente toma conocimiento de la aceptación de la persona a quien dirigió su proposición».

Para su variante, la teoría de la recepción,

«que busca no dejar a voluntad del oferente determinar el momento en que se forma el consentimiento, considera tal aquél en que el oferente recibe la carta de respuesta».

En lo que interesa particularmente en el tema bajo análisis, la contratación electrónica, se inclina por considerar aplicable la teoría de la recepción, por lo que con auxilio de la Ley Modelo de UNCITRAL de Comercio Electrónico, concluye que,

«el consentimiento se entiende formado en el lugar de recepción del mensaje de datos que contiene la aceptación, o mejor dicho, aun, el lugar de establecimiento del destinatario» (*Memorias del VII Congreso del CILA*, Rosario 2001, relato oficial: «Los riesgos derivados del comercio electrónico y del uso de la Internet y su aseguramiento», presentado por Chile).

a3. ¿PUEDEN DENUNCIARSE LOS SINIESTROS POR VÍA ELECTRÓNICA?

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

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

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

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

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

a4. ¿EL DOCUMENTO INFORMATIZADO ES CONSIDERADO INSTRUMENTO PÚBLICO O PRIVADO?

Las contestaciones a la consulta efectuada, denotan que en la gran mayoría de los países el documento informatizado es un documento privado. (Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Australia, Sudáfrica e Indonesia, y en Latinoamérica Brasil, Chile, El Salvador, Paraguay, Uruguay y Argentina). En Colombia se sostiene que el documento puede ser público o privado según su origen (es decir, si emana de un funcionario público en ejercicio de su cargo, el instrumento es público). En nuestra opinión, el solo hecho de que sea informatizado, no transforma al documento en público.

a5. ¿LA LEGISLACIÓN DE SU PAÍS PREVÉ NORMAS DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (HABEAS DATA) OBJETO DE PROCESAMIENTO ELECTRÓNICO?

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

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

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

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

En Bélgica el tema ha sido motivo de especial regulación desde la llamada «Ley de Privacidad» del año 1992 (corregida por ley de 1998), la que —en consonancia con la Directiva europea 95/46/EC— impone una serie de obligaciones para el procesamiento de datos. Salvo en circunstancias excepcionales, se prohíbe el procesamiento de los siguientes datos personales:

- II. datos relacionados con constancias judiciales, delitos penales y medidas de seguridad; y
- III. datos sobre la salud personal.

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

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

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

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

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

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

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

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

En Argentina, el art. 43 de la Constitución Nacional, según su reforma de 1994, estableció que toda persona podrá interponer la acción de *habeas data* o amparo

«para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos».

En su consecuencia, la Ley 25326, llamada de Protección de Datos Personales, regula la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre. Las disposiciones son también aplicables a los datos relativos a las personas jurídicas. No se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas. La ley define como:

«archivo, registro, base o banco de datos el conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso».

Los «datos informatizados» son definidos como:

«aquellos datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado».

Los datos incluidos en las bases de datos, que deben ser exactos y actualizados, no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención. Los datos total o parcialmente inexactos, o que sean incompletos, deben ser suprimidos o en su caso completados, por el responsable del archivo o base de datos. Se garantiza el ejercicio del derecho de acceso del titular de los datos. El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que se le

equipare. No será necesario el consentimiento cuando los datos se obtengan de fuente de acceso público irrestricto; se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal; se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio; deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento; se trate de operaciones que realicen las entidades financieras. Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar «datos sensibles». Sin embargo, los mismos pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o cuando respondan a finalidades estadísticas o científicas, siempre que no puedan ser identificados sus titulares. En lo que se refiere a los datos relativos a la salud, la ley argentina dispone que,

«los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquéllos, respetando los principios del secreto profesional».

En cualquier caso, los responsables del archivo de datos deben garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales. La transferencia internacional de datos a países u organismos internacionales está restringida a los casos de colaboración judicial o cuando la transferencia de datos tenga por objeto el intercambio de información entre organismos de inteligencia de los distintos países para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico. Toda persona puede solicitar información de sus datos personales incluidos en bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes y el responsable del banco de datos debe proporcionar la información dentro de un plazo perentorio; si no hay respuesta o si el informe evacuado se considera insuficiente, queda expedita la acción de protección o *habeas data*. Todo archivo, registro, base o banco de datos público o privado destinado a proporcionar informes, debe inscribirse en el registro que habilite el organismo de control (Dirección Nacional de Protección de Datos Personales), el que podrá aplicar sanciones en caso de violación de los principios legales previstos en esta normativa. Asimismo, se ha modificado el Código Penal incorporando como delito contra el honor el insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales. La figura se agrava cuando el dato falso se proporcione a terceros, cuando se derive perjuicio a alguna persona o cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público.

a6. ¿LA LEGISLACIÓN DE SU PAÍS PREVÉ NORMAS QUE REGULEN LA PRIVACIDAD DEL CORREO ELECTRÓNICO?; EN CASO AFIRMATIVO, ¿QUÉ SANCIONES SE ESTABLECEN PARA EL CASO DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a7. ¿EN SU PAÍS, EXISTEN COBERTURAS ASEGURADORAS QUE AMPAREN CONTRA LOS DAÑOS POR VIRUS O FALLAS INFORMÁTICAS, EN PARTICULAR, DAÑOS A LAS REDES EXTERNAS?

En los países en los que la electrónica ya ha tenido suficiente desarrollo, es habitual encontrar coberturas asegurativas que amparen contra los daños por virus o fallas informáticas. Así por ejemplo, en Alemania desde el año 2005 hay pólizas de seguros que cubren los daños causados a la red por virus o fallas en los sistemas lo que se ha estructurado en algunas aseguradoras en lo que se conoce como «Política de seguros de software». En España, Italia, Portugal, Suiza y Bélgica hay pólizas que otorga el mercado asegurador para afrontar estos riesgos, las que usualmente, tienen límites y franquicias. En Francia, existe una forma asegurativa que se conoce como «FIA-NET» que fundamentalmente apunta a amparar los fraudes electrónicos, incluso por las pérdidas financieras que se generen por acciones fraudulentas. Usualmente se cubren las desviaciones o robos de mercadería, provocadas por el uso malicioso de los datos en una

operación de *e-commerce*; por ende, el simple robo o apropiación de mercadería u otros riesgos propios del transporte no están cubiertos. Se excluyen las pérdidas resultantes del uso de Internet si se acredita que el asegurado no ha mantenido los sistemas de seguridad o hubo manipulación indebida del *software*.

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

Es interesante la respuesta de Australia, la que distingue entre los seguros de responsabilidad civil hacia terceros y los que amparan la propiedad, incluyendo las pólizas de ingeniería (seguro técnico). Con respecto a los primeros (daños causados por virus y fallas informáticas) por lo general no están cubiertos. Las cláusulas de exclusión suelen ser muy casuísticas, previendo la falta de cobertura por la responsabilidad civil derivada del error en la creación, ingreso o uso de datos electrónicos, o la imposibilidad de recepción o envío de datos, así como la causada por el uso de Intranet e Internet, incluyendo el correo electrónico. Sin embargo, algunas aseguradoras están ofreciendo pólizas corporativas para cubrir estas contingencias, con límites y franquicias, condicionado a la auditoría del sistema de seguridad del asegurado. En lo que hace a las pólizas de responsabilidad civil por fallas causadas a terceros por la difusión de virus, se ha dicho que son coberturas limitadas y costosas, cuyos resultados se desconocen (las aseguradoras son renuentes a dar esa información). En lo que respecta a los daños materiales a la propiedad es posible cubrirlos en pólizas «paquete» o integrales de riesgos industriales, pero con límites y franquicias. En cuanto a las consecuencias de «fallas de sistema» se cubren dentro de una protección genérica —corporativa— de fallas de maquinarias que, por lo general, no cubren el lucro cesante del asegurado. Australia ha hecho saber que, normalmente, no se cubren los daños a las redes externas.

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

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

a8. ¿EN CASO DE CONTESTAR AFIRMATIVAMENTE LA PREGUNTA ANTERIOR, CÓMO SE EVALÚAN ESTOS RIESGOS? ¿HAY LÍMITES? ¿FRANQUICIAS?

Los países que contestaron afirmativamente la pregunta anterior, otorgan estas coberturas previa evaluación del riesgo y el sistema de seguridad del asegurado, con límites y franquicias. (Alemania, España, Italia, Bélgica, Australia, Sudáfrica, Japón, etc.). En

Francia las pólizas cubren el *hard* y el *software*, el costo de reparación o remplazo, los costos suplementarios generados por los daños directos y la pérdida de ganancia.

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

a9. ¿QUÉ PORCENTAJE APROXIMADO DEL PRIMAJE DE SEGUROS DE SU PAÍS SE COMERCIALIZA A TRAVÉS DE INTERNET?

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

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

a 10. ¿EXISTEN EN SU PAÍS BARRERAS LEGALES PARA IMPEDIR QUE LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS A TRAVÉS DE INTERNET VULNERE EL PODER IMPOSITIVO DE SU PAÍS?

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

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

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

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

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

El concepto de «barreras legales» abarca especialmente esas normas de protección que de antiguo, rigen en nuestro continente. Así en la Argentina lo vemos en una vieja pero vigente ley 12988 del año 1947 que establece la prohibición de que los intereses asegurables ubicados en el país o las personas domiciliadas en él, puedan ser asegurados afuera, salvo lo que pueda surgir de acuerdos regionales, como el MERCOSUR. La violación de dicha norma es penada con una multa de 25 veces el importe de la prima. Por su lado, el decreto ley 73/66 del Brasil conforme la redacción dada por la ley 9932 de 1999 prevé, restrictivamente, que la contratación de seguros en el exterior estará limitada a los riesgos que no encuentren cobertura en el país o que no convenga a los intereses nacionales. En Colombia, el decreto ley 663/93 prevé similares restricciones al

aseguramiento en el exterior. El art. 46 del decreto ley 251 de Chile establece en similares términos que,

«las compañías aseguradoras extranjeras no podrán ofrecer ni contratar seguros en Chile, sea directamente o a través de intermediarios».

En Ecuador, el art. 5° de la Ley 6709 confirma el mismo criterio. En idéntico sentido mencionamos el art. 17 del decreto ley 473/66 de Guatemala, el art. 2° de la Ley de Instituciones del Seguro de Honduras, el art. 2° de la Ley 16426/94 de Uruguay, el art. 4° de la ley de 1994 de Venezuela, el art. 3° de la Ley 1883/98 de Bolivia, el art. 125 de la Ley 827/96 de del Paraguay, el art. 26 de la Ley 59/96 de Panamá y el art. 1° de la ley de 1996 de El Salvador. El art. 3° de la Ley General de Instituciones de Seguros (t.o. 1989) de México prohíbe contratar con empresas extranjeras los seguros de personas domiciliadas en la república así como los seguros patrimoniales de riesgos que pueden ocurrir en México. Excepcionalmente, se permite contratar afuera cuando ninguna aseguradora mexicana pueda otorgar la cobertura que se le hubiera propuesto. Incluso, a nivel del MERCOSUR, se ha aprobado una Directiva Comunitaria (resolución 83/99 del Grupo Mercado Común) que en tanto define lo que se entiende por «reserva del mercado», da la pauta de respetar los principios establecidos por las leyes locales.

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

La gran pregunta es cómo controlar el comercio transfronterizo en el caso de operaciones por vía electrónica. Cómo harán, los países emergentes, para que se respeten las normas que hemos referenciado y qué pasará con el poder de imposición propio de cada país para que no exista una violación a la jurisdicción local. De ahí que se haya sostenido, por el entonces secretario general de FIDES, el colombiano WILLIAM FADUL, en la reunión convocada por el Comité Europeo de Seguros en París en marzo de 1999, que la realización de seguros a través de Internet podría llegar a destruir el mercado de seguros latinoamericano. La apertura, quizás irrefrenable que implica la globalización y la consecuente generalización del *e-commerce*, no puede llevar a la irresponsabilidad de dejar de lado las barreras que permiten defender las economías de los países emergentes.

Por eso es que en el encuentro de los países miembros de FIDES realizado en Miami en marzo del 2001, se dejó constancia de la

«alta preocupación de los cuerpos directivos de FIDES ante el desarrollo del comercio electrónico, debido a que el Internet sobrepasa las legislaciones nacionales y existe incapacidad por parte de los superintendentes y de las autoridades locales para controlar este fenómeno».

Para ello se recomendó a instancia de Argentina:

«(destacar) la responsabilidad de autoridades fiscales para no transgredir, por vía Internet, el poder impositivo local (Directiva 2000/31/CB del Parlamento Europeo); la limitación del uso de contratos electrónicos; la consideración de que el derecho del consumidor no debe acarrear cercenamiento del poder impositivo de cada país».

Advertimos similar preocupación en la relación oficial presentada por Chile en el Congreso del CILA (Rosario, 2001). Es que en función a que no existe una

«soberanía política en Internet, surge el problema de cómo cobrar los impuestos correspondientes a transacciones transnacionales, que en realidad son gravadas de acuerdo a la ley nacional de cada país, buscando conseguir que la Internet no se transforme en una especie de paraíso tributario virtual».

Vale entonces la presunción de que,

«dada la característica de globalidad que tiene la red, es posible imaginar que la evasión de impuestos alcanza grandes magnitudes».

Y ello es así por la dificultad en la fiscalización de la tributación la que se torna

«más difícil y compleja cuando las transacciones se hacen a través del *e-commerce*.

Y por otra parte, el profesor KEES VAN RAAD en el tradicional congreso anual de la *International Fiscal Association* celebrado en Londres en 1998 se hacía estas preguntas:

«¿Cuál es el criterio de fuente en el contexto del comercio electrónico? ¿Puede un determinado *software* constituirse en agente y por tanto establecimiento permanente? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los pagos efectuados en concepto de servicios realizados a través de Internet? ¿Constituyen pagos por concepto de ventas, servicios o por el alquiler de un bien? ¿Sólo se trata de una tecnificación de la transacción?».

Ello ya indica que el tema de la tributación en operaciones electrónicas no es una cuestión fácil. Es que,

«... En las operaciones *on line* se pone en crisis conceptos fundamentales de la tributación, cuales son la «soberanía fiscal», el «establecimiento permanente», la «localización del hecho imponible», etc. y denota la imperiosa necesidad de una regulación que sin perjudicar su crecimiento (el del comercio electrónico) asegure la recaudación fiscal» (GODOY COTONAT, C., en «Problemas de tributación en las operaciones de *e-commerce* elDial-com, del 7/9/06).

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

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

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

b) LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Se servirá indicar si las disposiciones vigentes en su país en materia de contratación electrónica reconocen los siguientes principios generales:

1. De equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos respecto de los actos jurídicos escritos.
2. La inalteración del vigente derecho de las obligaciones y contratos privados.
3. La neutralidad tecnológica.
4. La buena fe.
5. La libertad contractual en el contexto electrónico.
6. Valor probatorio del documento electrónico.

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

b I. EQUIVALENCIA FUNCIONAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS ELECTRÓNICOS RESPECTO DE LOS ACTOS JURÍDICOS ESCRITOS

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

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

España ha informado que su nueva legislación contempla dicha equivalencia al disponer que cuando la ley exija que el contrato

«conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico»

que permita guardar, recuperar fácilmente y reproducir sin cambios el contrato o la información.

Italia también prevé legislativamente la equivalencia, siempre que se adopten determinados recursos técnicos que permitan atribuir el documento con certeza al autor. Portugal nos ha transcrito una norma de derecho interno que reproduce la Directiva Comunitaria sobre Comercio Electrónico, que dispone:

«Un documento electrónico es equivalente a un documento firmado si cumple los requisitos legales establecidos para el caso de firma y certificación electrónica».

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

b2. LA INALTERACIÓN DEL VIGENTE DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS PRIVADOS

Todas las naciones que legislaron sobre la firma electrónica han incorporado como principio rector el respeto de las normas vigentes sobre obligaciones contractuales de las partes. Así, por ejemplo, la nueva ley de Alemania lo recepta expresamente: los mismos derechos y obligaciones contractuales privados se aplican en un contrato celebrado vía Internet.

España nos ha hecho conocer una norma de su LSSI y CE que dispone textualmente:

«Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este título, por los códigos Civil y de Comercio y por las restantes

normas civiles o mercantiles sobre contratos en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial».

Nos ha parecido muy ilustrativo transcribir dicha disposición porque denota cuál es la amplitud del concepto que tiene la legislación española y la reafirmación de la vigencia irrestricta de las disposiciones de fondo por encima de las formas electrónicas, que, como señalara Chile sólo son un soporte y medio de transmisión de la voluntad de contratar.

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

b3. LA NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA

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

b4. BUENA FE

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

b5. LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL CONTEXTO ELECTRÓNICO

El contexto electrónico no perjudica ni condiciona la libertad contractual.

b6. VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

El soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por esa vía es admisible en juicio, con el mismo valor probatorio que los documentos escritos. La ley española lo asimila a la prueba documental. La legislación de Sudáfrica establece que la información brindada en forma de mensaje de datos electrónicos tiene valor probatorio suficiente, sobre todo si se puede garantizar la identidad del emisor y la forma como fue generado.

c) LA CONTRATACIÓN, GESTIÓN, EJECUCIÓN, CONSUMACIÓN Y RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS Y REASEGUROS

c I. SE SERVIRÁ INDICAR CÓMO HA INFLUIDO LA ELECTRONIFICACIÓN EN LOS DISTINTOS MOMENTOS INDICADOS; PARTICULARMENTE INDICARÁ SI ES IMPERATIVA O NO LA ENTREGA DEL TEXTO ESCRITO DE LA PÓLIZA, Y SI SE HA REGLAMENTADO SU EVENTUAL SUSTITUCIÓN POR EL MENSAJE ELECTRÓNICO

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

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

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

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

Bélgica, en su acabado informe, nos ha ilustrado que en tanto se respeten las normas de la Directiva Comunitaria y haya equivalencia funcional con la documentación en papel, con suficiente grado de seguridad jurídica, es posible celebrar contratos por vía electrónica. Pero advierte:

«La cuestión es ahora establecer si la instauración de este marco regulatorio que tiene como fin promover la formalización o celebración de contratos por vía electrónica, promoverá el éxito de la contratación de seguros *on line*. La ley cumple de hecho una condición necesaria aunque no suficiente. Las demás condiciones dependen más de la mentalidad de la estrategia comercial y de la visión de las compañías de seguro frente a las nuevas tecnologías».

Agrega Bélgica que los documentos escritos como la propuesta de cobertura o las condiciones generales de póliza, deben ser entregadas en soporte duradero. El concepto "escrito" se interpreta en sentido amplio como cualquier clase de signos inteligibles (y legibles) que son accesibles y permiten su consulta en el futuro. En la formulación electrónica es trascendente que el documento pueda imputarse a una persona determinada dando fe de la integridad del documento. Si los mensajes electrónicos no cumplen con el requisito de firma electrónica avanzada, es decir, si no pueden ser considerados *actes sous seing privé* (prueba escrita privada de un acto jurídico) electrónicos, podrán ser considerados como principio de prueba por escrito, lo que implicará la complementación con otros medios probatorios en caso de discrepancia.

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

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

c2. ¿HAY AUTORIDAD CERTIFICANTE DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS; CASO AFIRMATIVO, CUÁLES SON LAS CONDICIONES EXIGIDAS PARA SU ACTUACIÓN?

Hemos expuesto precedentemente que lo que obsta al mayor desarrollo de la firma electrónica es el grado de desconfianza en el sistema y particularmente, en la seguridad de los datos que se entregan. Para ello se han encontrado fórmulas que garantizan tanto la transmisión de los datos como el uso de firmas digitales por medio de claves (encriptación). De tal modo se puede certificar la identidad de los contratantes, lo que, como ha puesto de relieve la Sección chilena de AIDA en su enjundioso relato oficial en el congreso del CILA de Rosario (Argentina, 2001), hace a la seguridad de que quienes celebran el contrato electrónico son efectivamente los que dicen ser, evitando el repudio o rechazo de los mensajes y asegurando la integridad de la documentación. De ahí la necesidad de la existencia de entidades de predicamento que acrediten y respalden la autenticidad de la transmisión electrónica. Esas entidades otorgan los certificados de claves con que se firma el documento; es decir, en definitiva se da fe de la identidad de los emisores y receptores de los mensajes firmados electrónicamente. Con razón se ha dicho que la labor de los certificadores implica dar "fe pública" a los actos y contratos que ellos certifican, en una suerte de asimilación con la tarea tradicional de los escribanos o notarios.

En los países en que se ha legislado sobre firma electrónica, por lo general, se han regulado aspectos que hacen a las autoridades certificadoras (proveedores del servicio de certificación) de documentos electrónicos, así como de los recaudos que deben cumplir los certificados que ellas emiten. El certificado es un documento electrónico que relaciona

los datos que verifican la firma con su dueño, confirmando de tal modo la identidad de este último. Los prestadores o proveedores certificantes deben cumplir con una serie de obligaciones, las que en Europa provienen en gran medida, de las directivas comunitarias que han regulado el *e-commerce*”

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

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

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

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

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

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

Debemos también hacer referencia a la legislación de la República de Chile, la que dispone que el certificado de firma electrónica —que da fe del vínculo existente entre el firmante o el titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica—, debe contener ciertos requisitos básicos:

- a) Código de identificación único;
- b) identificación del prestador;
- c) identificación del titular;
- d) plazo de vigencia.

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

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

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

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

c3. ¿EXISTE EN SU PAÍS UN SERVICIO DE NOTIFICACIONES TELEMÁTICAS SEGURAS CON PLENA EFICACIA JURÍDICA Y VALOR PROBATORIO SIMILAR AL DEL CORREO CERTIFICADO?

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

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

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

d) LA FIRMA ELECTRÓNICA

d I. ¿EXISTEN EN SU PAÍS DISPOSICIONES QUE REGULEN EL USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA?

La respuesta generalizada, en especial de los países europeos, ha sido afirmativa. Así, por ejemplo, Alemania, España, Italia, Hungría, Portugal, Francia, Grecia, Dinamarca y Bélgica. Es que la sanción de una ley de firma electrónica fue primeramente dispuesta a nivel de la Comunidad Europea, a través de la Directiva 1999/93/EC, a la cual se han debido adaptar las naciones que la integran volcándolo en su legislación interna. En Bélgica, por ley del año 2000 se ha modificado el Código Civil reconociendo la validez y fuerza probatoria de la firma electrónica en tanto median condiciones de imputabilidad e integridad, y ser producida por un mecanismo de firmas seguro acompañado de un certificado calificado. La firma electrónica avanzada tiene el mismo valor que la firma manuscrita. El documento escrito que lleva firma electrónica que cumpla dichas condiciones tiene *ex lege* el mismo valor que un *acte sous seign prive*. La ponencia de Bélgica sienta como conclusión que,

“para aprobar un contrato de seguro se requiere un documento escrito y firmado. No es necesario que la firma escrita aparezca en el documento; una firma electrónica avanzada o una firma electrónica que garantice la integridad del mensaje y su autenticidad (de conformidad con el art. 1322 del Código Civil) son aceptables y tienen idéntico valor probatorio”.

En Australia la ley de transacciones electrónicas permite a una persona cumplir con el requisito de firmar en forma manual utilizando un medio electrónico que incluya un método que permita identificar a la persona y que indique la aprobación de la información comunicada. La “firma electrónica” es el método por el cual una persona es identificada electrónicamente. Cualquiera sea el método que se elija, debe ser confiable y adecuado a las circunstancias. El método no necesita ser un identificador único. Basta con que identifique a la persona a los fines de la comunicación. La ley es flexible y neutra tecnológicamente. Corresponde al mercado evaluar los sistemas de firmas que resulten más adecuados para sus fines particulares. El propósito de la legislación es derribar los obstáculos que impedían a los australianos efectuar transacciones electrónicas con confianza en su situación legal.

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

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

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

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

En Colombia, la ley respectiva sienta como principio que cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquélla tenía la intención de acreditar ese mensaje y de ser vinculado con el contenido del mismo. El uso de la firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, siempre que incorpore los siguientes atributos:

1. Es única a la persona que la usa;
2. Es susceptible de ser verificada;
3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa;
4. Está ligada a la información o mensaje de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada;
5. Está conforme a las reglamentaciones dadas por el gobierno nacional.

En Uruguay, —donde como hemos adelantado sólo rige en la administración pública y limitado al ámbito bancario— se ha dispuesto por una ley especial que el uso de la

firma electrónica y la firma digital tendrán idéntica validez y eficacia que la firma autógrafa siempre que estén autenticadas por claves u otros procedimientos seguros.

En Argentina legalmente se considera firma electrónica a aquella a la cual le falta alguno de los requisitos formales de la firma digital (en especial la certificación de un certificador licenciado). Por tanto, conforme nuestra legislación y ante la falta de un organismo licenciante, en la actualidad solamente existe la posibilidad de uso de firma electrónica (no así de la digital).

d2. ¿SEGÚN LAS NORMAS VIGENTES EN SU PAÍS, LA FIRMA DIGITAL TIENE EL MISMO VALOR JURÍDICO QUE LA FIRMA MANUSCRITA?

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

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

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

d3. ¿EL SOPORTE EN QUE FIGURAN LOS DATOS FIRMADOS ELECTRÓNICAMENTE ESTÁ RECONOCIDO COMO PRUEBA DOCUMENTAL EN JUICIO?

Por lo que venimos viendo en los puntos anteriores, en todos los países en que se halla reglamentada la firma electrónica con los requisitos de autenticidad, integralidad y certificación, el soporte puede ser reconocido como prueba documental en juicio. Así lo encontramos, por ejemplo, en la Ley de Procedimiento Civil de Alemania, en la Ley de Firma Electrónica de España y en la ley italiana. En Portugal se ha dispuesto que cuando la firma electrónica está avalada por un organismo de certificación acreditado por la autoridad, los documentos respectivos tienen la misma condición de prueba que se reconoce a un documento privado suscrito con firma ológrafa. En Bélgica, con remisión a la Directiva de la Comunidad Europea 1999/93/EC, la ley respectiva ha incluido una cláusula de no invalidación de la firma electrónica:

“no dejará de surtir efecto legal o de ser admisible como prueba en un procedimiento legal”

por presentarse en formato electrónico; o no estar basada en un certificado calificado o que el proveedor de certificación no esté habilitado. En estos casos (es decir, cuando no estamos en presencia de una firma electrónica avanzada) es el juez quien tiene que determinar si se verifican condiciones de autenticidad e integridad.

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

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

d4. ¿CÓMO ESTÁN REFLEJADAS EN LA LEGISLACIÓN DE SU PAÍS LAS CARACTERÍSTICAS DE LA FIRMA DIGITAL EN CUANTO A AUTENTICIDAD, INTEGRIDAD, CONFIDENCIALIDAD Y NO REPUDIO?

Todos aquellos países que han regulado especialmente sobre la firma electrónica y su certificación, han previsto condiciones de autenticidad, integridad, confidencialidad y no repudio. Según informa Alemania, el procedimiento regulado hace que el receptor del documento pueda estar seguro de que el autor es la misma persona que el remitente del documento y que éste no ha sido falsificado. En España, la Ley de Comercio Electrónico (LCE) prevé que la firma electrónica avanzada está vinculada al firmante de manera exclusiva y que éste la mantiene bajo su control. Italia asevera que los procedimientos

técnicos garantizan que el documento electrónico proviene del firmante con lo que se verifica la autenticidad, integridad y no posibilidad de repudio.

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

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

d5. SISTEMAS DE CIFRADO DE DATOS: CLAVE SIMÉTRICA Y NO SIMÉTRICA

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

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

Para entrar a considerar esta cuestión debe previamente precisarse conceptualmente qué se entiende por procedimiento criptográfico. La *criptografía* ha sido definida como la ciencia que se ocupa de transformar textos o mensajes claramente expresados y escritos en un idioma determinado, en formas aparentemente ininteligibles para terceros a quienes se quiere mantener ajenos a su conocimiento y que se encarga de devolverlos después a su idioma original (MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Madrid, 2000).

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

describir el proceso de creación de firma digital, el procedimiento de codificación y de validación, tan bien graficados en el informe de Portugal, al que remitimos.

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

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

En definitiva, podemos apreciar que existen dos tipos de técnicas criptográficas:

- a) la de *clave privada*, que implica que emisor y receptor usen la misma clave privada. En este sistema la clave secreta tiene que ser transmitida por una parte a la otra, y acotan bien los chilenos, que cuando dos personas utilizan la misma clave es imposible garantizar la autenticidad e inviolabilidad de la firma electrónica;
- b) la de *clave pública*, que en cambio implica como hemos visto, el uso de dos claves, una privada y otra pública. El usuario encripta un mensaje usando su clave privada y transmite su clave pública a todos los que quiere comunicarse, la que sólo puede utilizarse para desencriptar mensajes codificados con la clave privada del usuario, con lo que se autentica la firma digital.

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

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

e) ACCESO A BASES DE DATOS

e1. ¿EXISTE EN SU PAÍS ALGUNA REGULACIÓN QUE IMPONGA A LOS ASEGURADORES EL SUMINISTRO DE SUS BASES DE DATOS A ORGANISMOS OFICIALES?

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

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

e2. ¿ESA OBLIGACIÓN RESPONDE A FINES MERAMENTE ESTADÍSTICOS O A LA DETECCIÓN DE ACTIVOS DE ORIGEN DELICTIVO (LAVADO DE DINERO)?

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

Por virtud de normas que se han dictado en gran parte de los países para reprimir el lavado de dinero de origen ilícito y que se han consensado en el Banco Mundial, en la IAIS y en el FMI, las aseguradoras, los bancos, los intermediarios de seguros y otros operadores, están obligados a informar a sus respectivas unidades de información financiera las operaciones que se consideren sospechosas.

e3. ¿SE PUEDE ACCEDER A BASES DE DATOS QUE CONTENGAN INFORMACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA O MÉDICA DEL ASEGURABLE?

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

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

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

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

f) EXCLUSIONES DE COBERTURA EN RIESGOS DE PERSONAS

fi. ¿EXISTEN EN SU PAÍS TENDENCIA A ESTABLECER NUEVAS EXCLUSIONES DE COBERTURA VINCULADAS AL USO DE NUEVA TECNOLOGÍA, COMO SER, LA TELEFONÍA CELULAR, LOS RAYOS CATÓDICOS, EL POLIURETANO EXPANDIDO, ETC.?

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

f2. ¿EXISTEN EN LA LEGISLACIÓN DE SU PAÍS EXCLUSIONES DE COBERTURA EN SEGUROS DE PERSONAS Y/O SALUD U HOSPITALIZACIÓN, RESPECTO A LESIONES O MUERTE CAUSADAS POR EL EFECTO INVERNADERO Y LA CONCENTRACIÓN DE GASES EN LA ATMÓSFERA?

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

f3. EXISTEN EN LAS PÓLIZAS USUALES DE SEGUROS DE PERSONAS, SALUD U HOSPITALIZACIÓN, EN SU PAÍS, OTRAS EXCLUSIONES DE COBERTURA, ADEMÁS DE LOS ACONTECIMIENTOS CATASTRÓFICOS ORIGINADOS POR LA ENERGÍA ATÓMICA, TERREMOTOS O INUNDACIONES (CLÁUSULAS REFERIDAS AL LADO OSCURO DE LOS AVANCES DE LA CIENCIA Y TECNOLOGÍA).

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

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

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

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

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

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

f4. ¿EXISTEN EN LA LEGISLACIÓN DE SU PAÍS EXCLUSIONES DE COBERTURA EN SEGUROS DE PERSONAS POR DAÑOS EN LA SALUD CAUSADOS POR COMPUESTOS INDUSTRIALES TÓXICOS (BIFENILOS POLICLORADOS)?

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

g. DERECHO A LA SUBROGACIÓN

g1. ¿LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUE OPERAN EN ESTAS COBERTURAS PUEDEN REPETIR O SUBROGARSE EN LOS DERECHOS DEL ASEGURADO PARA INTENTAR RECUPERAR EL COSTO DE LOS SINIESTROS AFRONTADOS, CUANDO ELLOS SON CONSECUENCIA DEL MAL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS (V.G. LESIONES O MUERTE CAUSADAS POR ALIMENTOS O CULTIVOS TRANSGÉNICOS, EXPERIMENTOS GENÉTICOS, PRODUCTOS FARMACÉUTICOS, ETC.)?

La legislación de la mayoría de los países del mundo (expuesta por primera vez en la ley belga de 1874) recepciona el instituto de la subrogación, por el cual el asegurador como consecuencia del pago de la indemnización, se subroga en los derechos del asegurado (ocupa su misma posición sustancial y procesal) para dirigir su acción de recupero de lo abonado contra el responsable civil del daño. Ello es así por cuanto si el asegurado conservara su acción una vez satisfecho por el asegurador, al decir de la doctrina italiana (DONATI, GASPERONI), aquél obtendría

“una ganancia repugnante al principio indemnizatorio de los seguros de daños”.

Por otra parte, como enseña VITERBO, el reembolso de las sumas erogadas por siniestros contribuye a mejorar, en alguna medida, el resultado de la siniestralidad, y de forma indirecta influye sobre la determinación de las primas futuras. Sintéticamente, este instituto responde a una idea de justicia y equidad, y como dice DONATI:

“es consecuencia de una política legislativa que, eliminando el enriquecimiento del asegurado, salvaguarda el principio de responsabilidad” (*Manual*, pág. 301).

En el mismo sentido se expide HALPERIN quien, con cita de VIVANTE y BESSON y PICCARD, señala acertadamente que la institución que estamos analizando

“es más de política legislativa que estrictamente jurídico: como consecuencia del pago de la indemnización, el asegurado no tiene ningún interés en perseguir la indemnización debida por el tercero, que si se le autorizara recoger lo enriquecería indebidamente; y como tampoco el tercero se debe beneficiar por el contrato celebrado

por la víctima y quedar impune su acto ilícito, se le impone que responda hacia el asegurador” (*Seguros*, actual. por BARBATO, pág. 810). Esa transferencia al asegurador se produce *ope legis*.

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

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

h. SELECCIÓN DE RIESGOS

hI. ¿EN SU PAÍS, SE VERIFICA EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS DE DIAGNÓSTICO MÉDICO PARA LOS SEGUROS DE VIDA INDIVIDUALES?

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

h2. ¿EXISTE REGULACIÓN QUE LIMITE LOS ESTUDIOS DE DIAGNÓSTICO PARA LOS CASOS DE HIV O DE GENOMA HUMANO?

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

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

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

h3. ¿EXISTE REGULACIÓN QUE LIMITE LAS DISCRIMINACIONES TARIFARIAS EN VIRTUD AL FENOTIPO DEL ASEGURABLE (VINCULADAS AL MEDIO AMBIENTE, A LOS ANTECEDENTES ÉTNICOS, A LA DEMOGRAFÍA, ETC.)?

No es fácil encontrar regulación legal específica sobre el punto. En Alemania existen normas que restringen la discriminación tarifaria en lo que hace a la composición étnica y étnica. En España, Italia, Francia e Hungría esas discriminaciones están prohibidas. En Portugal el principio de no discriminación está detalladamente regulado: ninguna persona sufrirá perjuicio a causa de enfermedad o herencia genética; nadie puede ser discriminado por resultados de evaluaciones de heterocigocidad, pruebas genéticas de diagnóstico, o evaluaciones para obtención de seguros de vida o de salud. La norma agrega que ninguna persona será discriminada por negarse a un examen genético, especialmente para recibir tratamiento médico o psicológico.

En Australia hay una legislación específica que prohíbe la discriminación con base a la edad, raza o sexo, o padecer SIDA. Sin embargo, las aseguradoras pueden imponer sobreprimas para amparar determinados riesgos. De cualquier forma, solicitar un examen

genético puede violar la ley si lo que se quiere es que el seguro no se otorgue a determinada clase de personas sin una base actuarial sólida.

h4. ¿EXISTEN EN LA LEGISLACIÓN DE SU PAÍS ALGUNAS PREVISIONES RESPECTO A LA INCORPORACIÓN DE IMÁGENES DIGITALES EN DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS (V. GR. RADIOGRAFÍAS, TOMOGRAFÍAS COMPUTADAS, ECOGRAFÍAS, ETC.)?

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

h5. ¿EXISTEN EN LA LEGISLACIÓN DE SU PAÍS ALGUNAS PREVISIONES QUE DEBEN CUMPLIR LAS RECETAS MÉDICAS Y/O DE TRATAMIENTOS PRESCRITOS, EMITIDOS EN DOCUMENTOS DIGITALES?

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

Sin perjuicio de ello, vemos que en Alemania está casi reconocida la posibilidad que el médico pueda realizar recetas en forma electrónica. La llamada “tarjeta sanitaria”, —recién implementada—, debe estar rodeada de varios requisitos de seguridad (autenticación, encriptación, firma electrónica).

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

Australia nos ha destacado que si bien es posible la generación de recetas por computadora, deberá contar con la firma del médico. También nos informa de las limitaciones del ejercicio profesional en los distintos estados: un médico habilitado en uno no puede dar una receta en otro por correo electrónico. El sistema de *Medicare*

generalizado en Australia, impide el pago de un servicio si no ha habido una atención personal del paciente. Por ende, el médico puede cobrarle la consulta efectuada por correo electrónico, pero el paciente no podrá recuperar el costo del sistema.

h6. ¿EXISTEN EN SU PAÍS RESTRICCIONES AL CÚMULO QUE SE DA CUANDO POR UN LADO, EL ASEGURADO RECIBE PRESTACIONES POR VÍA DE UN SEGURO DE PERSONAS, SALUD U HOSPITALIZACIÓN, Y POR OTRO LADO RECLAMA POR RESPONSABILIDAD CIVIL CUANDO EL DAÑO EN SU CUERPO —SALUD O MUERTE— SE PRODUJO POR EL MAL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS?

El fenómeno del “cúmulo” de prestaciones ha preocupado de antiguo a la AIDA al extremo de haber constituido en 1980 un grupo de trabajo específico que desde entonces se ha venido reuniendo regularmente. Remitimos, por razones de brevedad, al informe del grupo de trabajo presentado en el congreso de Sidney en 1994 y cuyo desarrollo estuviera a cargo del entonces presidente de la AIDA Argentina, profesor JUAN CARLOS MORANDI.

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

“en el seguro sobre la vida nada impide que el beneficiario acumule ambas acciones (la prestación propia del seguro y la debida por el tercero), dado el distinto origen o causa de ellas y la característica fundamental de los seguros de personas, que no tienen límite para el valor asegurable” (HALPERÍN, ob. cit.).

Portugal no obstante, nos ha ilustrado con el concepto de “enriquecimiento injusto” contemplado en su Código Civil que obliga a reintegrar la suma obtenida de manera irregular. Pero este concepto que también lo podemos encontrar en muchas legislaciones de raíz románica, no es el sustrato de la hipótesis planteada en el cuestionario, que responde a la realidad que se advierte en la práctica cuando se recibe una prestación de un seguro de salud por un lado (cuyo costo no se puede reclamar al tercero responsable, sin perjuicio de la acción de regreso que tenga el prestador del servicio) y a la vez se obtiene el resarcimiento derivado de una acción de responsabilidad civil contra el responsable causante de los daños corporales por mal uso de nuevas tecnologías, por el otro.

IV. LA ELECTRÓNICA EN EL REASEGURO

No queremos cerrar este capítulo de la relación sin hacer una breve consideración al impacto del avance tecnológico en el reaseguro. Para ello vamos a recurrir al auxilio de un destacable trabajo de los juristas NANCY ANAMARÍA VILÁ de Argentina y ARTURO DÍAZ BRAVO

de México, presentado en el último congreso del Comité Iberoamericano de Derecho de Seguros (CILA) de la AIDA celebrado en Guadalajara, México en marzo del presente año, bajo el título de “El contrato electrónico de reaseguro en Argentina y en México”.

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

Por el momento, el e-reaseguro (reaseguro electrónico)

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

Los Dres. VILÁ y DÍAZ BRAVO se detienen en analizar el momento de perfeccionamiento del contrato y la importancia de la buena fe, que sigue siendo una nota de singular trascendencia en el reaseguro, advirtiendo que de cualquier forma, con arreglo a la nueva regulación electrónica en sus países —México y Argentina— (aun cuando en este último todavía no se han modificado los códigos civil y comercial que recepten el contrato electrónico)

“el requisito de formalidad debe entenderse satisfecho en la medida en que la información contenida en un mensaje de datos se mantenga íntegra y accesible para su ulterior consulta, cualquiera sea el formato adoptado”.

Nos permitimos agregar que, como hemos visto, también deben contemplarse aspectos tales como la ley aplicable a los contratos celebrados por Internet; la autenticación de dichas contrataciones; el valor probatorio de los registros digitales; la protección de la privacidad; la responsabilidad civil derivada del uso de la electrónica, etc. aspectos todos estos que de algún modo quisimos incluir en el cuestionario sometido a las secciones nacionales, y que merecieron las fundamentadas y exhaustivas respuestas de los países que conforman AIDA las que hemos considerado en el decurso de la presente.

Por último, los mencionados juristas señalan, —en conceptos que pueden ser perfectamente aplicables tanto al seguro como al reaseguro—, que,

“es fácil advertir los peligros y complicaciones que en la práctica puede ofrecer este mecanismo (electrónico), que aparecen ya en los vocablos carentes de contenido jurídico y además, de difícil inteligencia para los legos en la jerga computacional. De inmediato se aprecian los efectos jurídicos de todo lo expuesto: terminología extraña, colmada —tal vez fatalmente— de expresiones técnicas, y por tanto asaz confusas, que el legislador supone al alcance de los justiciables y del juzgador”,

lo que por cierto, todavía suena como expresión de deseos. Hemos pasado revista a innúmeros problemas que presenta *ele-commerce*, por ejemplo, las consecuencias que acarrea la carencia, más o menos prolongada de corriente eléctrica, las fallas o descomposturas en las líneas telefónicas o en los “servidores”, la actuación de los “piratas informáticos” (*hackers*), el devastador efecto de los virus, la descompostura de los equipos, etc.

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

De cualquier modo, los mencionados juristas destacan que,

“directivos de reaseguradoras europeas discuten todavía sobre la conveniencia o no del reaseguro *on line*, y consideran que aún no están dadas las condiciones para un portal madre pues “están muy lejos de poder disponer de estándares de información y falta de productos estandarizados” (*GR Global Reinsurance*, London, set. 2004, “Going Digital”).

Continúa volumen N° 25. Segunda parte